

REVISTA DE
DERECHO
ARAGONÈS

XXIX ♦ 2023

REVISTA DE
DERECHO ARAGONÉS
XXIX
AÑO 2023

REVISTA DE DERECHO ARAGONÉS (RDA)

Órganos de Dirección, Consejo Asesor y Consejo de Redacción

1. CONSEJO DE DIRECCIÓN

Director (en funciones):
JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA
Catedrático de Derecho civil Unizar

Coordinadora:
MARÍA ÁNGELES RUIZ BLASCO
Decana Colegio Registradores Aragón

Secretario:
GUILLERMO VICENTE Y GUERRERO
Profesor Filosofía del Derecho Unizar

2. CONSEJO ASESOR

MANUEL BELLIDO ASPAS
Presidente del TSJA

ÁNGEL DOLADO PÉREZ
Justicia de Aragón

ASUNCIÓN LOSADA SABATER
Fiscal Superior de Aragón

LUIS ESTAÚN GARCÍA
Director Desarrollo Estatutario DGA

LUIS RUFAS DE BENITO
Vicepresidente Cámara de Cuentas

ALFREDO SÁNCHEZ-RUBIO TRIVIÑO
Abogado, Zaragoza

SAÚL GAZO ORTIZ DE URBINA
Abogado, Huesca

ISABEL MARÍA NAVARRETE CALVÉ
Abogado, Teruel

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO
Catedrática Derecho civil Univ. Santiago

ANA PAYRÓS FALCÓ
Notaria, Zaragoza

CARMEN LERMA RODRIGO
Registradora de la propiedad

MIGUEL ÁNGEL LORIENTE ROJO
Registrador de la propiedad

JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA
Catedrático de Derecho civil Unizar

RAFAEL BERNAD MAINAR
Director Grado Derecho Univ. San Jorge

CARMEN BAYOD LÓPEZ
Catedrática de Derecho civil Unizar

MARIA CARMELA BENUTTI
Catedrática Derecho civil Univ. Palermo

ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA
Catedrática Derecho civil Univ. Navarra

ADOLFO CALATAYUD SIERRA
Notario, Zaragoza

3. CONSEJO DE REDACCIÓN

SOFÍA DE SALAS MURILLO
Catedrática de Derecho civil Unizar

TERESA PICONTO NOVALES
Catedrática Filosofía de Derecho Unizar

ZOILA COMBALÍA SOLÍS
Catedrática Derecho eclesiástico Unizar

JOSÉ JAVIER PÉREZ MILLA
Profesor Dcho Internacional Privado Unizar

REGINA GARCIMARTÍN MONTERO
Profesora de Derecho procesal Unizar

ROBERTO CEAMANOS LLORENS
Profesor de Historia Contemporánea Unizar

FRANCISCO BALTAR RODRÍGUEZ
Catedrático Historia del Dcho Unizar

JOSÉ LUIS ARGUDO PÉREZ
Profesor de Derecho civil Unizar

ANDRÉS GARCÍA INDA
Profesor Filosofía del Derecho Unizar

MIGUEL LACRUZ MANTECÓN
Profesor de Derecho civil Unizar

BELÉN MAYO CALDERÓN
Profesora de Derecho penal Unizar

REVISTA DE DERECHO ARAGONÉS

XXIX
AÑO 2023



INSTITUCIÓN FERNANDO EL CATÓLICO
Excma. Diputación Provincial
Zaragoza, 2023

Publicación número 3941
de la Institución Fernando el Católico
Organismo autónomo de la Excma. Diputación de Zaragoza
Plaza de España, 2
50071 ZARAGOZA (España)
Tff.: [34] 976 28 88 78/79
ifc@dpz.es
<https://ifc.dpz.es>

FICHA CATALOGRÁFICA

REVISTA de Derecho Aragonés / Institución Fernando el Católico. Año I, N.º 1 (1995).— Zaragoza: Institución Fernando el Católico, 1995.— 24 cm

Anual

ISSN: 1135-9714

I. Institución «Fernando el Católico», ed. 347
(460.22)

Toda correspondencia, peticiones de envío, canje, etcétera, deben dirigirse a la Institución Fernando el Católico. Las normas de presentación de originales se encuentran al final de la revista.

Motivo cubierta:

Grabado del blasón de Aragón sostenido por un ángel custodio y al pie dos leones pasantes, medio cortado y partido: 1.º, los palos (cuatro) de Aragón; 2.º, la cruz de San Jorge con las cuatro cabezas de moros; y 3.º, la cruz de Íñigo Arista. Se trata del prototipo del grabado utilizado posteriormente en la *Crónica* de Vagad, con una variante muy significativa: no aparece el cuartel dedicado al árbol de Sobrarbe, potenciando con el doble de espacio el cuartel dedicado al *senyal* real. Xilografía impresa en el frontis de los *Fori Aragonum* (Zaragoza, Hurus, 1496). Este grabado en madera fue de nuevo estampado en los *Fueros* editados por el jurista aragonés Miguel del Molino en su *Opus universorum fororum* (...), (Zaragoza, Coci, 1517).



© Los autores.

© De la presente edición: Institución Fernando el Católico.

I.S.S.N.: 1135-9714

e-ISSN: 2603-7661

Déposito Legal: Z-3.869/95

Preimpresión: Cyan, Proyectos Editoriales, S.A. Madrid

Impresión: Solana e hijos, Artes Gráficas, S.A.U.

IMPRESO EN ESPAÑA – UNIÓN EUROPEA

ÍNDICE / INDEX
RDA, 2023, XXIX

ESTUDIOS / STUDIES	9
BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, «La distribución hereditaria por el disponente en el Derecho civil aragonés» / <i>The distribution of inheritance by the disposing party in Aragonese Civil Law.....</i>	11
SERPE, Alessandro, «Nel dominio del fatto. Bobbio: diritto potere democrazia» / <i>In the domain of fact. Bobbio: law, power, democracy / En el dominio de los hechos. Bobbio: Derecho, poder, democracia.....</i>	61
VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, «Diego Vincencio de Vidania y su Derecho natural innato de base grociana» / <i>Diego Vincencio de Vidania and his grotian-based inborn Natural Law</i>	77
ARJONA HERRAIZ, Marcos, «El pensamiento de Rudolf von Jhering y Otto von Gierke bajo la perspectiva de dos estudios de Felipe González Vicén» / <i>The thought of Rudolf von Jhering and Otto von Gierke under the perspective of two studies by Felipe González Vicén</i>	103
TOMÁS PLA, Ángel Santiago, «Legítima defensa en un contexto de violencia de género: ¿es posible su apreciación en situaciones de no confrontación?» / <i>Self-defense in a gender violence context: ¿is it possible its application to non-confrontation situations?.....</i>	133
URZAINQUI BIEL, Carlos, «Un instrumento público en la Corte del Justicia de Aragón» / <i>A public instrument in the Court of Justice of Aragon</i>	167

NOTAS Y CUESTIONES PRÁCTICAS / NOTES AND PRACTICAL ISSUES.....	191
CALATAYUD SIERRA, Adolfo, «El Código del Derecho foral de Aragón en las notarías» / <i>The Code of Aragonese Foral Law in notary's offices</i>	193
PALAZÓN VALENTÍN, María Pilar, «Más de una década de vigencia del Código del Derecho foral de Aragón en los registros de la propiedad» / <i>More than a decade of validity of the Code of Foral Law of Aragon in land registries</i>	203
CHÁRLEZ ARÁN, M ^a Cristina, «Al respecto de la determinación de la capacidad jurídica, medios de apoyo y salvaguardias para su ejercicio en Aragón» / <i>On the determination of legal capacity, means of support and safeguards for its exercise in Aragon</i>	211
COMENTARIOS DE SENTENCIAS / COMMENTS OF JUDGEMENTS	217
MATEO AYALA, Eladio José, «La trascendencia del consentimiento informado a efectos del derecho al respeto de la vida privada y familiar: comentario de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo en el asunto Reyes Jiménez contra España» / <i>The significance of informed consent for the purposes of the right to respect for private and family life: commentary on the judgment of the Strasbourg Court in the case of Reyes Jiménez v. Spain.</i>	219
MATERIALES / MATERIALS.....	245
Informe de la Comisión aragonesa de derecho civil, a petición del Gobierno de Aragón, sobre «Reformas a introducir en el Código del Derecho Foral de Aragón para el mejor ajuste a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y al Derecho procesal español	247
NOTICIAS / NEWS.....	265
Noticias del Justicia de Aragón / <i>News from the Ombudsman of Aragon</i>	267
Cursos, charlas y seminarios sobre Derecho civil aragonés. Por Carmen Bayod López / <i>Courses, talks and seminars regarding Aragonese Civil Law by Carmen Bayod López</i>	285

«In Memoriam. Manuel Gómez de Valenzuela». Por Miguel L. Lacruz Mantecón / <i>In Memoriam. Manuel Gómez de Valenzuela by Miguel L. Lacruz Mantecón</i>	291
BIBLIOGRAFÍA / BIBLIOGRAPHY	295
A) Recensiones / <i>Reviews</i>	297
ALBERT, Marta; ARLETTAZ, Fernando; COMBALÍA, Zoila; ELÓSEGUI, María; GARCÍA INDA, Andrés; ROSSELL, Jaime; SOLAR CAYÓN, José Ignacio; VERGARA, Óscar; y VICENTE Y GUERRERO, Guillermo (coord.), <i>Desarrollos, crisis y retos actuales de la libertad religiosa</i> , COLEX, La Coruña, 2023, ISBN: 978-84-1359-928-1, 249 págs. Por María Vakas Giner / <i>Current developments, crises and challenges of religious freedom</i> , by María Vakas Giner.....	297
BAYOD, Carmen; CEBRIÁN, Enrique; COFRADES Lucía; GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo; GUERRERO, Pablo; HERRÁIZ, Olga; LACAMBRA, Raquel; MOREU, Elisa; RUBIO, Carmen; y OLIVÁN DEL CACHO, Javier y TUDELA ARANDA, José (coords.), <i>El Estatuto de Autonomía de Aragón: una mirada de futuro, El Justicia de Aragón y Fundación Giménez Abad</i> , Zaragoza, 2023, ISBN: 978-84-92606-53-5, 367 págs. Por María Vakas Giner / <i>The Statute of Autonomy of Aragon: a look into the future</i> , by María Vakas Giner.....	303
DE LORA, Pablo, <i>Los derechos en broma: La moralización de la política en las democracias liberales</i> , Barcelona, Deusto, 2023, ISBN: 978-84-234-3610-1, 256 pp. Por Alejandro Gomis de Francia / <i>Rights in Jest: The Moralisation of Politics in Liberal Democraci</i> , by Alejandro Gomis de Francia	308
GARCÍA INDA, Andrés, <i>Como un buen samaritano. Los deberes, entre la Ética y el Derecho</i> , Sibirana, Zaragoza, 2021, ISBN: 978-84-948715-9-7. Por Alejandro Magallón Montañés / <i>Like a Good Samaritan. Duties, between Ethics and Law</i> , by Alejandro Magallón Montañés.....	312
GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José, <i>Derechos versus democracia. Ironía de la globalización</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, ISBN: 978-84-113044-4-3, 234 pp. Por Jaime Magallón Salegui / <i>Rights versus democracy. Irony of globalisation</i> , by Jaime Magallón Salegui	318
LACRUZ MANTECÓN, Miguel L., <i>Inteligencia Artificial y Derecho de Autor</i> , Editorial Reus, Madrid, 2021, ISBN: 978-84-290-2555-2, 200 páginas. Por Gerardo Aguas Valero / <i>Artificial Intelligence and Copyrig</i> , by Gerardo Aguas Valero	323

Índice

TOMÁS FACI, Guillermo, LALIENA CORBERA, Carlos, y DE LA TORRE GONZALO, Sandra, El original de la Letra Intimada. La carta autógrafa del Justicia de Aragón Juan Jiménez Cerdán (1435), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2021, 200 páginas. Prólogo de Ángel Dolado. Por María Vakas Giner / <i>The original of the Letra Intimada. The autograph letter of the Justicia de Aragón Juan Jiménez Cerdán (1435), by María Vakas Giner</i>	328
VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, Constitución y revolución en los inicios del Estado nacional noruego, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022, I.S.B.N. 978-84-259-1939-8, 326 pp. Por Andrea García Ruiz / <i>Constitution and revolution in the early days of the Norwegian nation state, by Andrea García Ruiz</i> ...	330
B) Repertorio de bibliografía. Por José Antonio Serrano García / <i>Bibliography repertoire, by José Antonio Serrano García</i>	335
NORMAS DE EDICIÓN / PUBLISHING STANDARDS	349

ESTUDIOS

STUDIES

LA DISTRIBUCIÓN HEREDITARIA POR EL DISPONENTE EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS¹

THE DISTRIBUTION OF INHERITANCE BY THE DISPOSING PARTY IN ARAGONESE CIVIL LAW

ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA

Profesora de Derecho civil

Universidad de Zaragoza

RESUMEN

En la regulación legal de la distribución de la herencia realizada por el disponente hay que distinguir fundamentalmente dos periodos: a) Antes de la Ley de Sucesiones de Aragón de 1999, es de aplicación supletoria el Código civil siempre que no sea contrario a los principios jurídicos aragoneses. b) Después de la citada Ley (refundida en el CDEFA), será de aplicación específica el artículo 368 CDEFA complementado por la normativa aragonesa y subsidiariamente por las normas del Código civil que no vayan contra los principios del ordenamiento aragonés. Solo hay partición testamentaria cuando el testador nombra dos o más herederos y en pago de sus cuotas les adjudica determinados bienes

Palabras claves: Disponente; fiduciario; testamento; pacto sucesorio; sucesión legal, partición; normas particionales; herencia; cuota; adjudicación; bien hereditario determinado; herederos; herederos ex re certa; legatario; legatario de parte alícuota.

¹ Un tratamiento más amplio sobre la cuestión objeto del presente artículo, extensivo a los diferentes ordenamientos civiles españoles puede verse en la obra de la autora: «La partición efectuada por el causante. Régimen del Código civil y aragonés, con breve referencia a otros Derechos forales», Editorial Reus, 2018. En lo relativo al ámbito de este trabajo ha sido debidamente actualizado en Doctrina, Jurisprudencia y Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antes Dirección General del Registro y Notariado).

ABSTRACT

There are two periods must be distinguished in the legal regulation of the distribution of the inheritance carried out by the disposer; a) Before the Aragonese Inheritance Act 1999, the Spanish Civil Code is of supplementary application as long as it is not contrary to the Aragonese legal principles b) After the aforementioned Law (recast in the Aragonese Local Law), article 368 of the Aragonese Local Law will be of specific application, complemented by the Aragonese regulations and subsidiarily by the rules of the Spanish Civil Code that do not go against the principles of the Aragonese legal system. There is only a testamentary partition when the testator names two or more heirs and award them certain assents in payment of their inheritance portion.

Key words: Disponent; trustee; will; succession agreement; legal succession, partition; partitional rules; inheritance; inheritance portion; award; determined hereditary asset; heirs; ex re certa heirs; legatee; aliquot part legatee.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. II. LA COMUNIDAD HEREDITARIA. III. LA PARTICIÓN REALIZADA POR EL DISPONENTE DEL ARTÍCULO 368 CDFA. A. NORMATIVA APLICABLE. B. SUJETOS Y FORMA. C. CONCEPTO. D. PARTICIÓN POR EL CAUSANTE Y NORMAS PARTICIONALES. E. LIBERTAD DE DISPOSICIÓN DEL CAUSANTE, CON LA LEGÍTIMA COMO ÚNICO LÍMITE. F. NATURALEZA DE LAS DIFERENTES FORMAS DE DISTRIBUIR LA HERENCIA POR EL CAUSANTE. IV. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN. A. ¿ES INCOMPATIBLE LA DESIGNACIÓN DE CONTADORES PARTIDORES CON LA PARTICIÓN REALIZADA POR EL CAUSANTE? B. CUESTIONES SOBRE LOS BIENES OBJETO DE LA PARTICIÓN REALIZADA POR EL CAUSANTE. C. ¿PUEDEN LOS COHEREDEROS, DE COMÚN ACUERDO, PRESCINDIR O CAMBIAR LA PARTICIÓN QUE PRACTICÓ EL CAUSANTE? D. PARTICIÓN TESTAMENTARIA O PACTADA EN PACTO SUCESORIO Y CONTINUIDAD DE LA EMPRESA. V. ESTUDIO SOBRE LA INEFICACIA DE LA PARTICIÓN TESTAMENTARIA. A. LA INEFICACIA DE LA PARTICIÓN POR CAUSAS COETÁNEAS A LA PARTICIÓN. B. SUPUESTOS DE INEFICACIA SOBREVENIDA. C. ¿SON CAUSA DE INEFICACIA EN LA PARTICIÓN TESTAMENTARIA LAS DIFERENCIAS DE VALOR ORIGINARIAS O SOBREVENIDAS? VI. ADJUDICACIÓN DE LOS BIENES DISTRIBUIDOS Y SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. A. LA PARTICIÓN Y LA ADQUISICIÓN POR EL COHEREDERO DE LA PROPIEDAD DEL BIEN ADJUDICADO. B. INSCRIPCIÓN DE ADQUISICIONES HEREDITARIAS. C. CRITERIO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO/ DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA. D. NECESIDAD DE ACTO PARTICIONAL INTER-VIVOS EN DOCUMENTO PÚBLICO A EFECTOS DE INSCRIPCIÓN. E. LOS LEGITIMARIOS Y LA INSCRIPCIÓN DE LOS BIENES ADJUDICADOS. VII. LA DISTRIBUCIÓN DE TODA LA HERENCIA EN LEGADOS Y LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL. VIII. LA DISTRIBUCIÓN DE TODA LA HERENCIA EN HEREDEROS EX RE CERTA Y LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL. IX. CONCLUSIONES. X. REFLEXIÓN FINAL.

I. PLANTEAMIENTO

El principio general —tradicional y sistemático— más importante del Derecho civil aragonés es el de «*standum est chartae*». Desde su origen, va más allá de consagrar una mera autonomía de la voluntad contractual, identificándose propiamente con el término libertad civil que, en sede de sucesiones, se proyecta en la libertad de disposición del causante y en la consideración de su voluntad como ley de la sucesión. Así es en su Derecho civil vigente y lo ha sido, en mayor medida en su derecho tradicional histórico.

Manifestaciones jurídicas institucionales del principio «*standum est chartae*» son, entre otras, la partición realizada por el causante, la distribución de la herencia en legados o entre herederos instituidos «*ex re certa*». Es una forma de ordenar la sucesión que puede deberse a diferentes y variados motivos tenidos en cuenta por el testador o disponente: asegurar el cumplimiento de su voluntad en la división y adjudicación de su patrimonio; no querer la intervención de otras personas en el proceso particional, entender que se encuentra en mejor situación que cualquier otra persona para conocer las aptitudes de sus sucesores y la utilidad y entidad de los bienes que posee, y además, posiblemente la mayoría de las veces, su voluntad de evitar conflictos particionales.

Sin embargo, estos instrumentos jurídicos regulados por el Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA) presentan problemas tanto teóricos y doctrinales como de índole práctica que examinaremos a lo largo del texto y que quizá expliquen por qué la partición hecha por el testador que normalmente tiene por finalidad evitar cuestiones entre herederos o desavenencias familiares no es una cláusula habitual en los testamentos y pactos sucesorios aragoneses.

También distinguiremos cuando la distribución de la herencia constituye o no partición, por ser diferentes los efectos que produce en uno u otro caso. En el primer supuesto, una vez fallecido el disponente, la propiedad de los bienes adjudicados se transmite automáticamente a los herederos adjudicatarios, mientras que en el segundo las disposiciones son directrices que requieren una partición posterior para la transmisión de las titularidades de lo adjudicado.

No menos importantes son la determinación, en su caso, de las normas supletorias del Código de Derecho Civil, así como las reglas que regulan la ineficacia de las cláusulas que contienen las instituciones citadas, la posición de los acreedores y legitimarios o los requisitos que se exigen para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles adjudicados.

Con la intención de contribuir a la clarificación de las citadas cuestiones se analizará en el texto de forma pormenorizada el Código de Derecho Foral de Aragón y los principios que lo informan, complementado por la Doctrina, Jurisprudencia y Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antigua Dirección General de los Registros y del Notariado).

II. LA COMUNIDAD HEREDITARIA

En el estudio de la distribución de la herencia por el causante, bien realizando él mismo la partición o distribuyendo toda su herencia entre legatarios o herederos ex re certa, se hace preciso efectuar una breve referencia a la comunidad hereditaria por ser una institución íntimamente unida a la partición; no en vano, hasta que ésta se produce adjudicando a los coherederos bienes concretos o cuotas sobre ellos, no acaba la situación de transitoriedad que comienza con la adquisición de la herencia a título universal.

La comunidad hereditaria resulta del llamamiento universal de uno o más herederos a una herencia en situación de indivisión y por tanto de carácter transitorio; transitoriedad que se inicia con la aceptación por los instituidos y termina con la partición de la herencia y subsiguiente adjudicación de bienes concretos o de cuotas sobre ellos.

En consecuencia, no habrá comunidad hereditaria o comunidad de partícipes por no ser necesaria o porque ya se ha dividido el activo: a) en el caso del heredero único; b) cuando el causante adjudica a cada uno de los coherederos bienes en pago de sus cuotas; c) cuando atribuye toda la herencia en instituciones ex re certa; d) si distribuye todo su haber hereditario en legados de cosas ciertas determinadas.

Ello no implica que no siga subsistiendo, en protección de los acreedores, el pasivo de la herencia de la comunidad, así como, en potencia, el activo de la misma, ante la posibilidad de la existencia de bienes que no se hayan incluido, bien intencionadamente bien por desconocimiento de su existencia o por adquisición posterior. Es por ello por lo que el desconocimiento de la composición de la herencia futura pueda dar lugar, al momento del fallecimiento del causante, a una partición adicional a cargo de los propios herederos o de un contador partidor que la realice sobre la composición definitiva del patrimonio hereditario.

III. LA PARTICIÓN REALIZADA POR EL DISPONENTE DEL ARTÍCULO 368 CDFA

A. NORMATIVA APLICABLE

1. Antes de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte.

Ni el Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón de 1925, ni la Compilación de Aragón de 1967, hacen referencia a la partición realizada por el causante, por lo que, hasta la promulgación de la Ley de

Sucesiones, se aplicó con carácter supletorio el Código Civil en todo aquello que no fuera en contra de los principios aragoneses.

A modo de ejemplo, en este período no se planteaban cuestiones que sí planteaba la doctrina en el Código civil, como la posibilidad de la partición conjunta por los cónyuges entre sí de los bienes de la herencia, por la facultad de hacerlo en Aragón en testamento mancomunado; ni tampoco el carácter vinculante del acto particional inter vivos, pues lo es en derecho aragonés el pacto sucesorio si se cumple su régimen.

2. A partir de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte, hoy refundida en el Código del Derecho Foral de Aragón aprobado por Decreto Legislativo 1/ 2011, de 22 de marzo (CDFA).

La citada Ley de Sucesiones por Causa de Muerte, hoy refundida en el Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), regula diferentes aspectos de la partición y en concreto la realizada por el causante en su artículo 368 que establece en su apartado primero:

«El causante o su fiduciario pueden hacer la partición de la herencia o parte de ella, así como establecer normas vinculantes para su realización, en acto de última voluntad o de ejecución de la fiducia. También podrán hacerlo en acto entre vivos sin sujeción a forma determinada salvo que se refieran a la herencia deferida por sucesión legal».

En todo lo demás se aplicará la normativa del Código Civil —siempre que no vaya en contra de los principios de derecho aragonés tomando en consideración su doctrina y Jurisprudencia— y así, entre otros:

- El causante puede distribuir los bienes hereditarios en testamento unipersonal o mancomunado o en pacto sucesorio. En consecuencia, por la permisibilidad de que se ordene la sucesión en pacto sucesorio, no se cuestiona el significado de la remisión del artículo 1271 del Código civil a su artículo 1056. 2, porque ni uno ni otro se aplican en Aragón.
- El causante puede encargarle la partición a un fiduciario que la realizará al ejecutar la fiducia.
- La partición realizada en actos inter vivos solo tendrá carácter vinculante si reúne los requisitos del pacto sucesorio.
- Se tendrá en cuenta en tema de lesión cuantitativa y cualitativa de la legítima el régimen de legítima colectiva del CDFA.

B. SUJETOS Y FORMA

1. Antes de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte hoy refundida en el Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA). Como ya se ha hecho constar, ni el Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón de 1925, ni la Compilación de Aragón de 1967, hacen referencia a la partición realizada por el causante, por lo que en este periodo es de

aplicación supletoria el régimen del Código civil en todo aquello que no fuera en contra de los principios aragoneses; en consecuencia, las connotaciones y las cuestiones que se plantean no pueden ser las mismas que las del régimen del Código civil, especialmente en relación a la forma, por la posibilidad en Derecho aragonés y no en el Código civil de ordenar la sucesión tanto en pacto sucesorio como por testamento, unipersonal o mancomunado, y por tanto, la partición en los citados instrumentos jurídicos,

2. A partir de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte, hoy refundida en el CDFA.

2.1. Después de la Ley de Sucesiones de Aragón de 1999, hoy refundida en el CDFA, será de aplicación el artículo 368 del Código foral, y supletoriamente las normas del Código civil que no vayan contra los principios de aquel.

El artículo 368 establece en su apartado primero:

«1.- El causante o su fiduciario pueden hacer la partición de la herencia o parte de ella, así como establecer normas vinculantes para su realización, en acto de última voluntad o de ejecución de la fiducia. También podrán hacerlo en acto entre vivos sin sujeción a forma determinada salvo que se refieran a la herencia deferida por sucesión legal».

Cabe resaltar:

- La referencia al causante o su fiduciario supone que no solo el testador, sino también el instituyente del pacto sucesorio, y en su caso el fiduciario, pueden realizar la partición; motivo por lo cual el citado artículo 368 se intitula, en referencia plural, «partición por el disponente».
- La partición por el disponente, como señala la norma aragonesa, puede realizarse en referencia a la sucesión legal; en el régimen del Código civil esta forma de distribución de bienes por el testador se admite por la Jurisprudencia, pero no está recogida en ningún precepto legal.
- También puede realizarse la partición en acto inter vivos sin sujeción a forma determinada, salvo que se refieran a la herencia deferida por sucesión legal en la que se requiere documento público.
- En base a los artículos 377 y ss. CDFA, la partición será vinculante con efecto mortis causa si se cumple el régimen del pacto sucesorio desde el momento del otorgamiento y devendrá efectiva una vez fallecido el disponente.
- Y si la distribución se hace en el pacto denominado de institución de presente, los bienes adjudicados se adquieren por los herederos al otorgamiento del pacto, conforme al artículo 389. 1 CDFA: *«En la institución de presente de heredero universal, el instituido adquiere todos los derechos de que sea titular el instituyente al otorgamiento del pacto, salvo los que se hubiera reservado»*, o el artículo 390: *«Salvo pacto en contrario, el poder de disposición sobre los bienes que le hayan sido transmitidos corresponde al instituido con las limitaciones establecidas»*.

C. CONCEPTO

1. El Código de Derecho Foral de Aragón, admite y regula algunos aspectos de la partición realizada por el causante, pero no la define, por lo que la primera cuestión que se plantea es la determinación teórica de su concepto.

La partición tiene por objeto y resultado la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados, bien en propiedad exclusiva o bien en proindivisión, pudiendo ser judicial o extrajudicial. Para efectuar tanto una como otra resulta necesaria la existencia de una comunidad hereditaria en situación de indivisión.

En el supuesto de la partición realizada por el causante, en testamento o pacto sucesorio, aunque también hay un llamamiento universal, los bienes están ya adjudicados a los herederos y, en consecuencia, no cabe hablar de una comunidad hereditaria o cotitularidad unitaria que recaiga sobre la universalidad de la herencia, y por ello se ha planteado si la distribución de la herencia realizada por el causante es verdadera partición.

La Jurisprudencia establece que la partición realizada por el testador no es una partición «post-mortem» porque no llega a surgir el proindiviso hereditario entre los sucesores, pero sí coincide sin embargo en su esencia, que es la de concluir o impedir el nacimiento de la comunidad hereditaria ².

Y como señala Rodríguez Adrados³, para evitar problemas prácticos incluso como justificación teórica, especialmente si se trata de una partición total, hay que tomar la expresión partición del testador en un sentido muy amplio haciendo referencia a todos los actos a través de los cuales, el testador va realizando la transmisión de los bienes concretos a sus herederos, aunque técnicamente no sean actos particionales.

Así en este sentido cabría entender que hay partición por parte del causante siempre que el mismo disponga de sus bienes entre sus herederos, adjudicándolos en pago de sus cuotas (el causante en testamento o pacto sucesorio instituye herederos a sus cuatro hijos y les adjudica bienes concretos en pago de sus cuotas) o instituyendo herederos ex re certa (el causante sin determinar cuotas asigna bienes concretos a cada uno de los cuatro hijos como herederos ex re certa).

Vallet de Goytisolo⁴ señala que se trata fundamentalmente de una cuestión de interpretación de la voluntad del testador-partidor y añade que todo causante

² Sentencias del Tribunal Supremo del 4 de noviembre de 2008, 22 de mayo de 2009, 26 de enero de 2012.

³ «La partición hecha por el testador», Revista de Derecho Notarial, 1970, pág. 14 y ss.

⁴ Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo XIV, Vol. 2, artículos 1.035 a 1.087 del Código civil, pág. 127

puede pretender ya sea evitar la comunidad hereditaria en su sucesión o bien tan solo predeterminar la partición en algún aspecto. Reconoce Vallet que a veces puede ser muy estrecha la distancia existente entre la partición y la predeterminación de algunos de los aspectos de la partición. Y que la distinción esencial debe basarse en la intención del testador de efectuar la partición o de predeterminar únicamente algunos de los aspectos de la misma.

Según este autor, el testador puede evitar la comunidad hereditaria:

- a) Atribuyendo todo su haber mediante instituciones «ex re certa».
- b) Distribuyendo todo su haber en legados de bienes determinados que agoten su caudal.
- c) Efectuando la distribución total: parte en instituciones de cosas ciertas y otra parte en legados de bienes determinados.
- d) Realizando él mismo la partición de su herencia.

D. PARTICIÓN POR EL CAUSANTE Y NORMAS PARTICIONALES

1. Planteamiento

El causante puede distribuir los bienes hereditarios en testamento, pacto sucesorio, o actos inter vivos, conformando la partición regulada por el artículo 368 del Código Foral o establecer algunas reglas para la realización de la misma, a las que se denominan *normas particionales*.

Resulta relevante la diferencia existente entre ambos supuestos porque cuando el causante divide la herencia en título sucesorio o actos inter vivos, realiza una verdadera partición, siendo uno de los efectos fundamentales la transmisión de la propiedad de los bienes adjudicados a partir de la aceptación de la herencia, mientras que las otras son reglas o indicaciones de cómo ha de realizarse la división de los bienes hereditarios.

Así la Resolución de 26 de enero de 2022 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en un supuesto de distribución que no es partición testamentaria sino normas particionales señala: «*La partición hecha por el testador, propiamente dicha, es aquella en que el testador procede a adjudicar directamente los bienes a los herederos, y en buena lógica implicaría la realización de todas las operaciones particionales —inventario, liquidación, formación de lotes con la adjudicación de los mismos—, mientras que en las normas para la partición el testador, se concreta en expresar la voluntad de que, cuando se lleve a cabo la partición, ciertos bienes se adjudiquen en pago de su haber a ciertos herederos que indique*».

Además, si es partición testamentaria, no cabe la valoración de las cuotas y bienes asignados porque, salvo lesión de legítima, se respeta la adjudicación realizada por el testador. En cambio, si son normas o directrices particionales, al fallecimiento del testador se realizará la partición siguiendo sus instrucciones, pero será necesario la práctica de las operaciones particionales que exige el Código civil, entre las que se encuentra el avalúo o valoración de la cuota y la de

los bienes asignados en pago de la misma, que se deberá completar o compensar dependiendo de si lo adjudicado es de valor inferior o superior a aquella.

En este sentido la Resolución de 1 de agosto de 2012 de la entonces denominada Dirección General de los Registros y del Notariado, en un supuesto de partición en el que el testador designa ocho herederos adjudicando en pago de sus cuotas hereditarias determinados bienes estableciendo que si resultara diferente valor en dichas adjudicaciones se consideren mejoras, que: *«La cuestión es fundamental a efectos de determinar el título de adjudicación, pues en el primer caso (partición testamentaria), se trata de una partición que no solo se pasará por ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056 del código civil, sino que confiere la propiedad de los bienes adjudicados como cualquier otra partición, conforme a lo dispuesto en el artículo 1068 del propio Código, mientras que si se tratase de meras normas particionales, el título de adjudicación haría tránsito de una pretendida partición del testador a una partición que habrían de realizar todos los herederos y no un solo grupo de ellos, teniendo en cuenta eso sí, las normas particionales del testador»*.

Sin embargo, no siempre es fácil distinguir si la distribución realizada por el causante es una verdadera partición o son normas particionales. Ni la Ley, Doctrina o Jurisprudencia dan una respuesta única y clarificadora de cuándo estamos ante una u otra situación. Y la citada Dirección General no adopta en sus resoluciones el mismo criterio pues:

- aplica en ocasiones una postura restrictiva, de manera que supuestos que objetivamente constituyen una partición testamentaria, pasan a ser normas particionales porque, si bien el causante alega que realiza la partición en base al artículo 1056, por otro lado, ordena que se realice la partición⁵.
- otras veces adolece de falta de claridad, así cuando el Centro Directivo señala que no es lo mismo adjudicar un bien a título de legado con delimitación de cuota, que atribuir un legado de cuota con asignación de bienes pues en el primer caso habría partición testamentaria y en el otro, se trataría de normas particionales al hacerse necesario realizar una operación de avalúo, impropia de la partición testamentaria, para saber cuál es la cuota legítima y aplicar bienes en pago de la misma⁶.

⁵ Vid. Resolución de 8 de enero de 2014, entiende que el testador no ha realizado una partición sino el señalamiento de normas particionales en el siguiente supuesto: - En la cláusula primera del testamento se establece: «...*Instituye herederos por partes iguales a sus cuatro hijos...y los sustituye aun para el caso de conmorienca, por sus respectivos descendientes por stirpes; y en su defecto, ordena tenga lugar el derecho de acrecer*»- Y en la cláusula segunda del testamento se dispone: «*Como acto particional, al amparo del artículo 1056 del Código civil, ordena que al hacerse la partición de mis bienes se hagan, a cuenta de todo o parte del haber que corresponda a cada adjudicatario, las siguientes adjudicaciones ordenando que al efecto se practiquen las modificaciones hipotecarias, tales como...*» - A continuación, se mencionan las adjudicaciones que ordena la testadora.

⁶ Vid. Resolución de 5 de julio de 2016. Se resuelve un supuesto en el que el testador lega a su esposa su cuota legal usufructuaria y el tercio de libre disposición; lega a su nieto la legítima estricta que le corresponde; lega a sus hijas y por partes iguales, además de su legítima estricta,

E. LIBERTAD DE DISPOSICIÓN DEL CAUSANTE, CON LA LEGÍTIMA COMO ÚNICO LÍMITE

1. El testador tiene plena libertad para realizar la partición sin estar sometido a la obligación de realizar las operaciones particionales típicas, de inventario, avalúo y liquidación. Tampoco está obligado a ajustarse a los criterios de igualdad del artículo 1061 del Código civil (*«En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie»*). Ni tiene que realizar una valoración exacta y real de los bienes adjudicados. Y a los herederos no les alcanza la obligación recíproca de evicción y saneamiento de los bienes adjudicados que contempla el artículo 1071.1º del Código civil.

Sin embargo, la partición realizada por el causante no puede lesionar cuantitativa ni cualitativamente la legítima. Ahora bien, como dice DE LOS MOZOS⁷, esta limitación no es algo específico de la partición realizada por el testador, sino que es un principio que rige en la sucesión cuando el testador tiene legitimarios, por lo que, si la legítima no puede lesionarse, tampoco puede perjudicarse en su ejecución.

Cuando el testador realiza la partición atribuyendo bienes en pago de unas cuotas, cabe que exista infracción o perjuicio de la legítima en las cláusulas dispositivas, en las particionales o en ambas. Si el perjuicio se produce solo en la partición, cabe cuestionarse si el legitimario puede utilizar en su defensa la acción de complemento de legítima o/y la acción rescisoria por la discrepancia entre las cláusulas dispositivas y particionales.

2 ¿Cuál es la vía que deberán emplear los legitimarios en caso de que la partición testamentaria perjudique su legítima, cuantitativa o cualitativamente?

En el régimen del Código civil no es cuestión pacífica la naturaleza y vía de la acción del legitimario que ve lesionado su derecho por la partición realizada

el tercio de mejora en nuda propiedad, y, como norma particional, adjudica para el pago de los derechos legitimarios del nieto hasta donde su importe alcance, los derechos que al testador le correspondan sobre... Si los derechos del testador no alcanzase la legítima estricta, en pago de la misma se pagará... hasta cubrir la legítima estricta. Como norma particional, adjudica para pago de sus derechos a una de sus hijas y con cargo a la porción hereditaria, los derechos que el testador corresponda sobre..., sin perjuicio de la disposición a favor de la viuda, instituye herederas universales a sus dos hijas. Y señala sobre la naturaleza de la distribución de bienes hereditarios realizada por el testador: *«... no hay partición sino norma particional o pautas a seguir porque el testador hace un legado de cuota legítima con asignación de cosas y no un legado de cosas con delimitación de cuota. De tratarse de un legado de cosa cabría aceptar una partición pendiente de las acciones de complemento de legítima por parte del nieto. Pero se trata de un legado de cuota que exige el avalúo de todo el caudal hereditario para su determinación. En consecuencia, no nos encontramos ante una auténtica partición del testador, por lo que debemos concluir en que las menciones que se hacen en el testamento son unas normas de partición...»*

⁷ Revista de Derecho Notarial, año VIII, núm XXVII, enero-marzo 1960, pág. 221

por el testador; se plantea desde la nulidad de la partición, hasta su rescisión o el ejercicio de la acción de complemento⁸.

Sin embargo, lo señalado en el Código civil no es aplicable en Aragón por su diferente régimen legitimario; en este sentido, en la Exposición de Motivos del Código de Derecho Foral de Aragón, después de señalar en el punto 29 (titulado «*regulación parcial de las sucesiones por causas de muerte*»), que «*El legislador no ha pretendido agotar o llegar al límite de la competencia autonómica en materia de Derecho de sucesiones por causa de muerte, sino regular lo que ha entendido necesario, oportuno y acorde a las circunstancias... y que, el Código civil seguirá siendo supletorio en materia de sucesiones por causa de muerte, pues la nueva regulación no trata de excluir su aplicación entre nosotros... La nueva regulación procura evitar, mediante la inclusión de normas específicas, la injerencia de aquellos preceptos del Código civil que no armonizan con los principios del Derecho aragonés o dificultan la aplicación o desarrollo de sus instituciones propias*», señala en su punto 36 (titulado «*la legítima*») en referencia a la legítima que, «*... su regulación pormenorizada que evite la injerencia de normas del Código civil que, en esta materia aún más que en otras, corresponden a un sistema radicalmente distinto*».

El artículo 368 del CDFA, al regular la partición realizada por el causante, no hace referencia a la legítima; ello no significa que el disponente tenga facultad de lesionar la legítima aragonesa, que como ahora veremos es legítima colectiva, sino que al ser dicho respeto a la legítima norma imperativa de la sucesión y por ende de la partición, no es necesaria su mención para tenerla en cuenta.

En las Actas de la Comisión del Derecho civil de Aragón⁹ se planteó establecer en el artículo 368 CFDA el respeto a la legítima, pero se entendió improcedente porque, de establecerse como un requisito, podría pensarse que si quedaba vulnerada de alguna forma, la partición sería nula, conclusión no acertada puesto que la legítima tiene sus propios mecanismos de defensa, por lo cual no

⁸ CÁMARA, entiende que la vía escogida por el legislador para corregir esta infracción por el testador de su deber legitimario no es la acción de suplemento de legítima, sino la de rescisión, según resulta del artículo 1.075 Cc; señalando que «*la diferencia es importante no solo porque la acción rescisoria es en principio solo personal, sino porque, además, permite que el perjuicio se subsane mediante una compensación en metálico conforme el artículo 1077 Cc*». No es de la misma opinión LACRUZ BERDEJO, que en base al artículo 1075 del Código civil, entiende nula la partición efectuada por el testador cuando se haya perjudicado la legítima, por lo tanto, según este autor es la vía de la nulidad y no la de rescisión la que debe emplear el legitimario perjudicado. VALLET DE GOYTISOLO, al hacer referencia a la sentencia TS de 6 de marzo de 1945, señala que conforme a la parte dispositiva del artículo 1056. 1º, el Código otorga al testador una amplia libertad no solo en la disposición cualitativa de los lotes, «*sino también en la distribución valorativa, al admitir como medio normal único de impugnación la acción por lesión de legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la cuarta parte*». Observa ROCA SASTRE, que el artículo 1056 Código civil señala que el único límite a la partición es la legítima, pero entendiéndolo como límite a la libertad dispositiva no como causa que dé lugar a la ineficacia de la partición. En consecuencia, el legitimario perjudicado deberá defender su derecho a su arbitrio y según lo señalado en su régimen sucesorio.

⁹ Actas de la Comisión de Derecho civil, CDIV-2-224 R124.073.

se consideró necesaria la referencia a la legítima ya que, además de su carácter imperativo, ésta se impone por sí sola, aunque no se mencione expresamente.

Para que en la partición no haya lesión de legítima será necesario que la mitad del valor de los bienes atribuidos lo sea al menos a un descendiente o legitimario, en virtud del artículo 486 CDFA que determina: *«La mitad del caudal fijado conforme al artículo 489 debe recaer en descendientes, de cualquier grado, del causante, que son los únicos legitimarios. Esta legítima colectiva puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo»*.

Y en caso de lesión, por no alcanzar los beneficios percibidos por el conjunto de los descendientes la cuantía de la legítima colectiva, el artículo 494 CDFA, establece un sistema de reducción de las liberalidades hechas en favor de no descendientes, en la forma regulada en el artículo 495, es decir, primero, las liberalidades por causa de muerte a prorrata con independencia de su título de atribución, estableciendo la posibilidad de que el pago en vez de hacerse en bienes de la herencia se haga en metálico, cuando la reclamación se haga contra el cónyuge viudo o cuando el bien a reducir sea indivisible y la reducción no absorbe la mitad de su valor.

De manera que se produciría la rescisión de la partición en la medida que ha sido lesionada la legítima según el sistema de reducción establecido en la citada norma y se mantendrá en su caso, cuando se den los supuestos mencionados por el artículo 495, en los que cabe la compensación de la lesión en metálico. Estarán legitimados para ejercitar la acción de complemento de legítima, los legitimarios de grado preferente en un plazo de cinco años contados desde el fallecimiento del causante o desde la delación de la herencia si la partición la ha realizado el fiduciario, o si el legitimario de grado preferente tuviera menos de catorce años, el plazo finalizará para él, cuando cumpla los diecinueve (artículos 493 y 494 CDFA). En consecuencia, en tema de legítima no será de aplicación subsidiaria el Código civil. La vía y naturaleza es la establecida en el régimen de derecho sucesorio recogido en el Código de Derecho foral de Aragón.

F. NATURALEZA DE LAS DIFERENTES FORMAS DE DISTRIBUIR LA HERENCIA POR EL CAUSANTE

1. Introducción. El causante puede distribuir la totalidad o parte de su herencia a título universal o particular, como crea conveniente, o bien limitarse a establecer instrucciones imperativas que deban seguirse para llevar a cabo la partición.

No toda distribución de herencia efectuada por el testador conforma la denominada partición testamentaria, por lo que resulta relevante distinguir ésta de otras figuras afines por su especial regulación y efectos.

En especial, para calificar la distribución realizada por el causante habrá que tener en consideración si el llamamiento lo es a título universal o particular. Si es a título universal, los adjudicatarios serán herederos, responderán de las deudas según el valor de lo recibido, y la distribución por parte del causante de su herencia, conformará una partición testamentaria (o en su caso en pacto sucesorio).

La Jurisprudencia y la Dirección General de referencia entiende mayoritariamente que hay partición testamentaria cuando el testador nombra herederos y en pago de sus cuotas les adjudica determinados bienes. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2012 declara que no hay partición en un supuesto en el que, tanto el padre como la madre en sus respectivos testamentos, legan a determinados hijos la legítima estricta, estableciendo legados de parte alícuota e instituyendo herederos por partes iguales al resto de los hijos. Entiende la Sala que la partición hecha por el testador a la que se refiere el artículo 1056 Código civil supone no solo la fijación de cuota que corresponde a cada heredero sino también el señalar los bienes que integran tal cuota, estableciendo —y esto es relevante— no ser necesaria la práctica de las operaciones particionales para calificar de partición la operación realizada por el testador, además de afirmar que «...el artículo 1056 admite como una de las posibles formas de hacer la partición la que de sus propios bienes realice el testador y a la que atribuye fuerza vinculante —se pasará por ella dice el precepto— es indudable que sus efectos son los mismos que si se tratara de partición judicial o de partición extrajudicial practicada por los propios herederos o por albaceas partidores, es decir sus efectos es de conferir a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, ello claro es, sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1075, en relación con el 1056, concede a los herederos forzosos en la hipótesis de que perjudique sus legítimas, o de que aparezca o racionalmente se presume que fue otra la voluntad del testador y sin perjuicio también, de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad, operaciones que en modo alguno suponen que la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados a cada heredero no se haya verificado como efecto de la partición desde el momento de la muerte del testador»

2. ¿Es partición testamentaria la distribución de la herencia entre herederos ex re certa?

2.1. No es cuestión pacífica considerar como partición del disponente a la distribución de bienes hereditarios entre herederos ex re certa. El artículo 368 CDFA, única norma que regula la partición hecha por el disponente, no hace ninguna referencia al heredero ex re certa.

La cuestión que se plantea es si es necesaria la previa determinación de cuotas para hablar de partición realizada por el testador o por el disponente y en su caso del fiduciario. El citado artículo 368 CDFA, no resuelve la cuestión, solo en su apartado segundo se hace referencia a las cuotas para el supuesto de que su valor discrepe de las particionales.

El CDFA regula expresamente la figura de la institución del heredero ex re certa en su artículo 467.1. y tampoco hace mención de la figura de la partición realizada por el disponente, pero del tenor de la norma se deriva el reconocimiento de heredero al llamado ex re certa con los efectos propios del llamamiento universal: la responsabilidad frente a las cargas y deudas de la herencia en proporción al valor de lo recibido.

Se trata de supuestos en los que se evita el nacimiento de la comunidad de herederos al distribuir todos los bienes de la herencia entre herederos ex re certa, pero con la subsistencia, en protección de los acreedores, del pasivo de la herencia de la comunidad, al responder de las deudas hereditarias cada uno de ellos por el valor de lo adjudicado. Por lo que no cabe diferenciar a estos efectos, entre instituir herederos fijando cuotas y asignando bienes en pago de las mismas, o distribuir todos los bienes a título de heredero, determinándose sus cuotas por el valor del bien adjudicado.

Así las cosas, podría concluirse que, en Derecho aragonés, la partición realizada por el causante puede consistir en la distribución de bienes en pago de unas cuotas ya predeterminadas o directamente adjudicando aquellos entre herederos ex re certa,

Es decir, si el causante instituye herederos en cosa cierta agotando la totalidad del caudal, la distribución reúne todos los requisitos de la partición del artículo 368 CDFA. Sin embargo, no hay que ignorar la dificultad de la valoración de las cuotas tácitas que coinciden con la respectiva participación de cada heredero en el caudal repartido, necesarias para hacer frente a las deudas de la herencia o para distribuirse bienes omitidos o de nueva aparición.

2.2 ¿Y si aparecen nuevos bienes se sigue considerando la partición testamentaria? En base a lo establecido en el artículo 467. 2 del Código foral, si toda la herencia ha sido distribuida entre herederos en cosa cierta y determinada —por su llamamiento a título universal y no existir derecho de acrecer—, sucederán en los bienes de nueva aparición en proporción al valor de lo recibido por cada uno; constituyendo así una comunidad ordinaria. Esta comunidad ordinaria no es incompatible con la partición testamentaria, hay que recordar que según artículo 398 CDFA, el disponente puede distribuir su herencia total o parcialmente.

3. Si el causante deja el bien o bienes principales de su herencia a uno en calidad de heredero y a otro u otros deja bienes de poca relevancia a título de legado ¿es partición del artículo 368 del CDFA?

Entiendo que no se da la partición del artículo 368 del Código Foral porque el causante no distribuye el caudal hereditario entre los herederos. El heredero al que se le deje bienes de la herencia a título de heredero es un heredero ex re certa y los otros adjudicatarios son legatarios.

4. Si el causante distribuye la herencia entre dos o más herederos ex re certa y un legatario de parte alícuota, ¿es partición testamentaria?

La distribución de la herencia por el causante no cabe entenderlo como partición dada la necesidad de la previa liquidación de la herencia para determinar si el valor de la parte alícuota del legatario coincide con el del valor del bien adjudicado, lo que es incompatible con el espíritu del artículo 368 CDFA.

5. Si el causante atribuye a una persona el único bien que tiene, que representa prácticamente toda su fortuna, y señala que en el resto nombra herederos a otras personas ¿se da la partición del artículo 368?

En este supuesto no se da la partición del artículo 368, porque no se ha distribuido los bienes entre herederos, solo hay un heredero instituido ex re certa al que se le ha dejado el bien que representa prácticamente toda la fortuna del causante, y los demás también son herederos, pero no se les ha adjudicado bienes en pago de sus cuotas.

6. ¿Es partición testamentaria del artículo 368 CDFA la distribución de la herencia en legados?

En Derecho aragonés, no es requisito esencial para la validez del testamento la institución de heredero, así el artículo 465 del Código foral dispone que el pacto sucesorio y el testamento serán válidos, aunque no contengan institución de heredero, por lo que cabe la posibilidad de que el testador distribuya la totalidad de su herencia en legados, en cuyo caso cabe cuestionarse si el reparto constituye una partición testamentaria.

La distribución de toda la herencia en legados no constituye la partición del artículo 368 del Código foral, al no ser llamados a título universal, y ello a pesar de que los legatarios responden de las deudas de la herencia en proporción a sus cuotas como señala su artículo 469. 1: *«Si la voluntad del disponente ha sido distribuir toda la herencia en legados, se prorratearán las deudas y cargas entre los legatarios en proporción a sus cuotas, a no ser que se hubiera previsto otra cosa»*.

Y si alguno de los legatarios no quiere o no puede suceder, lo adjudicado en el legado pasará a los herederos legales, en virtud del artículo 323 del Código foral que señala que, en caso de legado ineficaz, si no hay sustituto legal o voluntario, el legado se refundirá en la masa de la herencia; y al no haber herederos voluntarios sucederán los llamados por ley.

Y si aparecen nuevos bienes sucederán igualmente los herederos legales, conforme al ya citado artículo 323 y al 469. 2 CDFA, que mantiene la responsabilidad de los legatarios por la parte que proporcionalmente se derive de sus cuotas, aunque concurren con herederos legales sobrevenidos por la aparición de nuevos bienes.

En la práctica notarial, a pesar de no ser partición testamentaria, con las ventajas que ello conlleva, es la distribución de la totalidad de la herencia más habitual, que suele ir acompañada de una cláusula en la que se señala que los bienes omitidos o de nueva aparición hereden los legatarios por partes iguales.

7. ¿La distribución de la herencia entre legatarios de parte alícuota es partición testamentaria?

La figura del legatario de parte alícuota es admitida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a pesar de que el Código civil no la regula pues solamente hace una breve referencia a la misma; sin embargo, el legislador aragonés, al igual que en el caso del heredero instituido ex re certa, es consciente del vacío legal existente y regula respectivamente ambas figuras en los artículos 467 y 468 del Código foral.

Del heredero instituido ex re certa ya se ha tratado en el apartado anterior, y en cuanto al legatario de parte alícuota su régimen se establece en el artículo 468 CDFA que señala:

«Si es voluntad del disponente que el llamado a parte alícuota de la herencia sea legatario, no será deudor de las obligaciones y cargas de la herencia y concurrirá a la partición con el heredero, pero cuando no sea legitimario solo tendrá derecho a percibir el valor de lo legado en bienes del activo hereditario líquido si el heredero no opta por pagarlo en dinero, aunque no lo haya en la herencia».

El legatario de parte alícuota no es deudor de las obligaciones y cargas hereditarias, pero le afectan indirectamente porque para hallar el activo líquido será necesario realizar la liquidación de la herencia deduciendo las deudas, las cargas hereditarias y los demás legados, ya que no cabe precisar la cuantía del legado ni incluso que su derecho sea efectivo hasta que se liquide la herencia. Por lo que resulta afectado por el pasivo hereditario, en cuanto influye en el valor de su adquisición, a pesar de no ser responsable ni legitimado pasivamente frente a los acreedores hereditarios.

Y merece especial atención del legislador su posición en las particiones, permitiéndole ser partícipe (artículo 468 CDFA), legitimándole para solicitar la división de la herencia (artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento civil), así como pedir la anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad (artículos 42.6 de la Ley Hipotecaria y 146.3º y 152 del Reglamento Hipotecario) con derecho a que se le pague con los bienes de la herencia si es legitimario, y si no lo es, el heredero podrá optar por pagarle en metálico, aunque no haya en la herencia.

Sin la existencia de herederos, resulta complicado que toda la herencia esté distribuida en legatarios de parte alícuota, y tanto la previa liquidación para la valoración de las partes alícuotas como el llamamiento a título particular son contrarias a la naturaleza de la partición testamentaria por lo que su tratamiento, sus efectos y naturaleza será la misma que si toda la herencia está distribuida en legados. En consecuencia, no conformará una partición del artículo 368 del Código foral.

La complejidad de la figura desaconseja su práctica en la sucesión testada o paccionada.

IV. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

A. ¿ES INCOMPATIBLE LA DESIGNACIÓN DE CONTADORES PARTIDORES CON LA PARTICIÓN REALIZADA POR EL CAUSANTE?

Ha constituido criterio jurisprudencial considerar que la designación de contadores partidores es un indicio de que no existe partición testamentaria, reservando el testador la práctica de las operaciones particionales a los contadores partidores nombrados por él expresamente.

Así por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1989 (citando las del 9 de marzo de 1961, 25 de enero de 1971, 15 de febrero de 1988) y la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2009, el alto Tribunal entiende que no existe partición del testador sino normas particionales por las que el testador ordena que determinado bien o que determinados bienes, muchos o pocos, se adjudiquen a unos u otros herederos, incluyéndose en la porción que deba percibir cada uno de ellos.

Según este criterio, al haber nombrado el testador un contador partidor persiste la comunidad hereditaria que deberá dividirse por medio de la partición entre coherederos; por el contrario, si se hubiera tratado de una partición testamentaria en sentido estricto la comunidad hereditaria no se hubiera extinguido sino evitado.

B. CUESTIONES SOBRE LOS BIENES OBJETO DE LA PARTICIÓN REALIZADA POR EL CAUSANTE

1. ¿Han de ser propiedad del testador en el momento de realizar la partición los bienes que el mismo reparte?

Observa Albaladejo¹⁰, que la condición de ajenidad de un bien, a los efectos sucesorios, ha de fijarse en el momento de apertura de la sucesión y no en el de otorgamiento del testamento o, en su caso el del documento particional. De manera, que cabe que se repartan bienes propios del testador en el momento de la partición pero que a su fallecimiento ya no formen parte de su patrimonio, porque los ha vendido o donado, o al revés, bienes que no son del todo propios como los bienes comunes del matrimonio pero que, a la apertura de la sucesión por haberle correspondido al efectuarse la liquidación de la sociedad conyugal, pertenezcan a su patrimonio.

Es decir, puede que bienes que haya repartido el testador ya no existan porque haya dispuesto de ellos o bienes que en el momento de la distribución no le pertenezcan, pero sí sean de su propiedad a su fallecimiento. Ninguno de ambos supuestos afecta a la validez de la partición: en el primer caso, porque la enajenación siendo voluntaria supone revocación de la cláusula testamentaria de adjudicación

¹⁰ Derecho civil V, I, op. cit. pág 136

del bien enajenado y en el segundo porque el bien adjudicado forma parte del patrimonio hereditario distribuido en la partición.

El artículo 368 CDFA señala al patrimonio hereditario como objeto de la partición: «*El causante o su fiduciario puede hacer la partición de la herencia o parte de ella...*». Y dado que la herencia está constituida por el patrimonio del causante a su fallecimiento, los bienes que la integran y que han sido objeto de partición, no han tenido que pertenecer al finado necesariamente en el momento de la partición, por ejemplo, por haberlos adquirido con posterioridad a ella, lo que importa es que pertenezcan al testador al tiempo de la apertura de la sucesión.

2. ¿Puede el testador practicar la partición incluyendo en ella los bienes consorciales?

Antes de la Ley de 1999 es interesante tener en cuenta la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo. La expresión «sus bienes» utilizada en el artículo 1056 del Código civil, hace que se plantee la cuestión de la validez de la partición cuando en la misma se reparten bienes gananciales, al no ser propios del testador. La cuestión que se debate es si cabe la adjudicación de un bien de carácter ganancial en la partición hecha en el testamento, sin la previa liquidación de la sociedad conyugal¹¹.

A partir de la Ley de Sucesiones de 1999, hoy refundida en el CDFA, la disponibilidad en testamento o pacto sucesorio de los bienes consorciales es regulada por el artículo 255 del Código foral que establece: «*La disposición por causa de*

¹¹ Han sido dos los criterios jurisprudenciales: a) Jurisprudencia en contra de la adjudicación de bienes gananciales (en Aragón, consorciales). Hay una línea jurisprudencial que entiende que los bienes objeto de la partición han de ser privativos del testador, por lo que no podrá disponer de los bienes gananciales ya que no pertenecen privativamente a ninguno de los cónyuges hasta que no se proceda a la disolución y liquidación de la sociedad económico conyugal. Es representativa de este criterio la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1998 que argumenta su posición de la siguiente manera: «*la partición hereditaria solo puede recaer sobre bienes de la exclusiva propiedad del testador, y la otra mitad de los bienes gananciales no lo son, y así se proclama en la emblemática Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 13 de octubre de 1916, cuando entre otras cosas establece que es necesario que los bienes distribuidos en una partición testamentaria sean propios del causante; así como la sentencia de esta Sala de 7 de diciembre de 1988 que proclama que como requisito condicionante de la validez y de la partición que contempla el artículo 1056 Cc, es que la misma se refiera a bienes que forman parte del patrimonio del testador que la hace, como exige el citado precepto*». En el mismo sentido, consideran que el testador no puede por sí solo practicar la partición de los bienes gananciales, las Sentencias del Tribunal Supremo del 12 de diciembre de 1959, 2 de mayo de 1965, 17 de mayo de 1974, 20 de mayo de 1975, 5 de junio de 1985, 7 de diciembre de 1988, 22 de febrero de 1997, 21 de diciembre de 1998. b) Jurisprudencia a favor de la adjudicación de bienes gananciales (en Aragón, consorciales). El criterio jurisprudencial actual considera válida la partición testamentaria que recaiga sobre bienes gananciales. Así: Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1986: declara plenamente válida y eficaz una partición realizada por ambos padres en sus respectivos testamentos distribuyendo los bienes, todos de carácter ganancial. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1992: admite que ambos cónyuges en testamentos separados, aunque paralelos, con idénticos contenidos, distribuyan bienes gananciales, no infringiendo con ello la prohibición de testar mancomunadamente, resultando innecesario en tal caso, tras el fallecimiento de ambos cónyuges, la previa liquidación de gananciales para la eficacia de la partición.

muerte mientras la masa común no haya sido dividida se regirá por lo dispuesto en el artículo 238 (que regula la disposición de bienes comunes por causa de muerte)» que, como señala Jesús DELGADO ECHEVERRÍA¹², atiende a necesidades o intereses de la práctica, especialmente notarial, tratando de dar a la voluntad del disponente la mayor eficacia en cada caso y nos es de gran utilidad para el estudio de la partición testamentaria de uno o ambos cónyuges incluyendo en ella los bienes consorciales.

El párrafo primero del citado artículo 238 CDFA «Cualquiera de los cónyuges podrá disponer por causa de muerte de su participación en el patrimonio común».

Por lo que la regla general de este artículo es la permisividad de poder repartir (disponer) los bienes comunes o los derechos que se tenga sobre los mismos previamente determinados. Y el párrafo segundo lo corrobora al establecer, en defecto de otra previsión, la aplicación de determinadas reglas.

Dentro de las reglas a aplicar a los diferentes supuestos, solo hay un supuesto en el que no es necesaria la previa liquidación del consorcio y es cuando la disposición del bien consorcial la realizara un cónyuge a favor de otro ya que según señala la norma en su apartado 2. A: *«Si la realizara un cónyuge a favor del otro, este adquirirá su propiedad directamente al deferirse la herencia de aquél, sin necesidad de liquidación del consorcio»*.

En los demás supuestos, para la determinación del bien adjudicado y una vez fallecido el primer testador se requiere la previa liquidación del régimen económico matrimonial, incompatible con el espíritu de la partición testamentaria. En estos supuestos, podría entenderse que las disposiciones tienen el carácter de normas particionales, posibilidad también recogida en el artículo 368 del Código foral.

En este sentido la reciente Resolución del 7 de febrero de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, tratando de un supuesto regulado por el derecho gallego, y cuyo criterio es igualmente aplicable al derecho civil aragonés. Se trata de un matrimonio que otorgan sendos testamentos individuales de contenido similar, distribuyendo los bienes gananciales, si bien en el remanente de la herencia el marido instituye herederas a las tres hijas comunes del matrimonio y la mujer, nombra heredera a una nieta. Se trata de una distribución de bienes gananciales a favor de terceros en la que es necesaria la previa liquidación del régimen económico matrimonial, contraria a la naturaleza de la partición testamentaria, por lo que el Órgano Directivo señala *«en la herencias con bienes gananciales se exige con carácter general la liquidación previa de la sociedad de gananciales y por ello, no puede reconocerse la eficacia definitiva del testamento particional como atributivo de la propiedad, por lo que la partición no es inscribible»*¹³.

Entiendo que cabría la posibilidad de que constituiría partición testamentaria la adjudicación conjunta de bienes consorciales de ambos cónyuges a favor

¹² Código del Derecho foral de Aragón, Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia, pág. 238 y 239.

¹³ En la misma línea la Resolución de 24 de enero de 2017

de tercero cuando conjuntamente en actos inter vivos o mortis causa liquiden los bienes comunes con efecto al fallecimiento del primero.

3 ¿Hay vinculación de los actos mortis causa realizados por los cónyuges con referencia a los bienes comunes?

La respuesta es afirmativa si reúne los requisitos del pacto sucesorio. Si la disposición y partición se ha hecho en testamento mancomunado, cabe la vinculación si conforman disposiciones de carácter correspectivo según el artículo 420 Código Foral: *«Son correspectivas entre sí las disposiciones de contenido patrimonial de uno u otro testador cuya eficacia, por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio, estuviera recíprocamente condicionada, sean en beneficio mutuo o de tercero. La correspectividad no se presume»*.

Es decir, si cada uno de los testadores hizo la partición de su herencia en base a la que hizo el otro, las cláusulas particionales tendrán carácter correspectivo. Para que las disposiciones correspectivas sean vinculantes es necesario que no hayan sido revocadas en vida de ambos testadores, conjunta o unilateralmente.

Por lo que las particiones que conforman las disposiciones correspectivas vincularán siempre que no hayan sido revocadas al fallecimiento del premoriente, según el régimen de revocación que se establece para las disposiciones de tal naturaleza de un testamento mancomunado en el artículo 421.3 CDFA. *«La revocación o modificación unilateral de disposiciones correspectivas solo podrá hacerla un testador en vida del otro o, después, si concurre alguna causa de las que posibilitan la revocación unilateral de los pactos sucesorios, y producirá la ineficacia total de las disposiciones correspectivas del otro. Todo ello salvo que en el testamento o en el contrato sucesorio se prevea otra cosa»*.

4. ¿Puede el fiduciario atribuir a los herederos bienes consorciales?

El artículo 368 del Código foral permite, no solo al causante sino también al fiduciario, realizar la partición de los bienes del comitente. Cuando el fiduciario es el cónyuge, el artículo 457 CDFA establece en su apartado tres: *«Cuando el comitente haya designado como único fiduciario al cónyuge, éste, en uso parcial de la fiducia, podrá atribuir bienes pertenecientes a la disuelta comunidad conyugal con el causante, sin necesidad de practicar su previa liquidación conforme a lo previsto en el artículo 259»*.

En consecuencia, al no requerirse previa liquidación, y disuelta ya la sociedad conyugal el cónyuge fiduciario puede realizar la partición de los bienes comunes, en el acto de ejecución de la fiducia, bien en actos inter vivos, en testamento o en pacto sucesorio

5. ¿Es esencial la distribución de todo el caudal hereditario para que se trate de la partición regulada por el artículo 368 CDFA?

En el régimen del Código civil, aplicable en Aragón antes de la Ley de Sucesiones de 1999 hoy refundida en el CDFA, se planteaba la cuestión de si la partición realizada por el testador puede recaer en parte de la herencia y no en su totalidad.

No era unánime el criterio jurisprudencial ni el doctrinal en el régimen del Código civil. En principio el criterio jurisprudencial solo entiende la existencia de partición testamentaria si los bienes hereditarios se han distribuido en su totalidad, si bien admite que la partición sigue teniendo esta naturaleza cuando existan bienes que no se han distribuido por ignorancia de su existencia o por adquisición posterior a la distribución, siempre que lo omitido represente una mínima parte en relación a la totalidad del caudal relicto, debiendo subsanarse con una partición complementaria con los objetos o valores omitidos, en virtud del artículo 1.079 que señala: *«La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos»*¹⁴.

Hay un cambio de criterio en la Sentencia T.S. de 4 de noviembre de 2008, en base a la doctrina de la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1945, referida también a una partición hecha por el propio testador, señalando *«que no es preciso que la partición comprenda absolutamente todos los bienes»*, y no solo admite una partición parcial de la herencia en sentido estricto, sino que entiende, que en ocasiones la partición no puede abarcar la totalidad de los

¹⁴ Es representativa de este criterio: La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1.988, en un supuesto en el que el testador hace una distribución y adjudicación de la plena totalidad de sus bienes que constituyen su herencia y en un codicilo complementario hace referencia a los bienes omitidos: un chalet y un piso, aclarando que uno fue por olvido y el otro por adquisición posterior, representando lo omitido una mínima parte dentro de la totalidad de la herencia se señala que no resulta infringido el artículo 1.056 Código civil. La Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de marzo de 1989, entiendo que no hay partición testamentaria por no haberse repartido la totalidad del caudal relicto, encargando la distribución del remanente al contador partididor. Así señala, que cuando el testador, diciendo hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 1.056 del Código Civil, se limita a adjudicar alguno de sus bienes a sus herederos forzosos, a los que atribuye por partes iguales el remanente de los demás bienes no adjudicados, y reserva la práctica de las operaciones particionales para que la realicen los contadores partididores por el nombrados expresamente; tales adjudicaciones, aunque siempre respetables dentro de los límites legales no pueden conceptuarse como una partición, a los efectos prevenidos en el citado precepto, como tiene declarado las Sentencias del Tribunal Supremo del 9 de marzo de 1961; 25 de enero de 1971 y 15 de febrero de 1988.

- Igualmente considera que para que haya partición testamentaria es necesaria la distribución total del caudal hereditario la Sentencia del Tribunal Supremo del 4 de Febrero de 1994, que resuelve sobre una partición testamentaria llevada a cabo por la ascendiente y en la que al plantearse el tema de la distribución del caudal hereditario dice que se cumple el artículo 1.056 CC ya que no se hace distribución de cuotas hereditarias, sino más bien una disposición distributiva definitiva y directa de la totalidad del caudal patrimonial entre sus dos únicos hijos, con precisión del destino de cada uno de los bienes para después de su muerte. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo del 17 de febrero de 2000 establece que cuando el causante adscribe determinados bienes de la herencia a cada uno de sus dos herederos individualizando algunos de ellos, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran el patrimonio y mucho menos a practicar una verdadera liquidación, división y adjudicación de la totalidad de los bienes es evidente que, sin perjuicio de respetar la voluntad de la testadora en cuanto a la adscripción de bienes que regente, no puede estimarse realizada la partición de la herencia. En la citada línea, las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2005, 12 de diciembre de 2005, 7 de noviembre de 2006, 12 de junio de 2008 (esta sentencia admite que la distribución de la herencia no lo sea en su totalidad siempre que los bienes omitidos sean de escasa importancia en el conjunto hereditario).

bienes, bien porque el testador al hacer la partición ignoraba su existencia o porque se adquirió con posterioridad al otorgamiento de aquélla¹⁵.

También la Dirección General de referencia admite la partición realizada por el testador que no cubra toda la herencia a pesar de que el artículo 1056. 1 del Código civil no se refiera a ella expresamente. En este sentido la Resolución de 26 de octubre de 2016 entendió que constituía partición testamentaria un supuesto, en el que no solo se distribuían los bienes a título de heredero sino también a título de legados y con posibilidad de bienes hereditarios omitidos en la distribución¹⁶.

En Aragón, a partir de la referida Ley de Sucesiones de 1999 hoy refundida en el CDFA, no cabe cuestión al respecto porque el causante puede distribuir parcialmente la herencia y participar de la naturaleza de la partición en virtud del artículo 368 que establece «el causante o su fiduciario pueden hacer la partición de la herencia o parte de ella...».

No hay partición parcial de la herencia cuando se atribuye un bien a título de legado o prelegados por ejemplo en pago de su legítima, porque, aparte de que el beneficiado no es heredero sino legatario, la determinación de la cuota legitimaria

¹⁵ Y sigue señalando la Sentencia T.S. de 4 de noviembre de 2008 : «...se ha de destacar que es igualmente partición tanto la que comprende todo el patrimonio del causante, como si no lo comprende totalmente...No es preciso que la partición comprenda absolutamente todos los bienes del causante. Cabe una partición adicional de los no comprendidos en ella, ya que, al tiempo de hacer testamento, el testador no puede conocer cuáles serán exactamente sus bienes en el momento futuro, el de la apertura de la sucesión»; añadiendo que ni el artículo 1056 ni la doctrina científica que lo desarrolla y explica, imponen que se haya de reputar nula la partición hecha por el testador por la sola razón de que no hayan sido incluidos en ella todos los bienes, siendo así que la omisión de objetos o valores ni siquiera es normalmente, según el artículo 1079, causa de rescisión en las particiones no hechas por el testador.

¹⁶ El Centro Directivo resuelve sobre el siguiente supuesto: la causante en su testamento lega a su cónyuge el usufructo universal y vitalicio de la herencia; dispone que:- Instituye herederos universales a sus hijos J.M y MR, y en virtud de la facultad que le otorga el artículo 1056 del Código civil- Distribuye sus bienes en la siguiente forma adjudicando a) A su hijo JM las siguientes fincas...b) A su hija R, las siguientes fincas... (se describen cada una de las fincas adjudicadas de forma completa y dando un valor para cada una de ellas). - Se hace un legado a una nieta doña NRI, de unas fincas que se describen también de forma completa y se valoran. - Se dispone que, en el resto de los bienes de la herencia, si los hubiese corresponderán a su hija MR. - Por último, declara ser su voluntad que se tenga en cuenta al efectuar el inventario y avalúo de la herencia, la finca que su hijo JM recibió en donación. - Se sustituyó a los herederos y legatarios nombrados por sus respectivos descendientes.- En la escritura de adjudicación parcial de la herencia respecto de las fincas adjudicadas a la heredera R, una de ellas por ser de carácter ganancial, los comparecientes liquidan la sociedad de gananciales adjudicando la mitad indivisa de las fincas comunes al viudo y la otra mitad indivisa a la masa de la herencia, a continuación hacen adjudicación parcial de la herencia de la causante de la forma siguiente: la totalidad de la nuda propiedad de la finca a la heredera R y el usufructo al viudo. Y el Órgano Directivo señala: «Ciertamente en el testamento hay una institución de herederos a favor de los hijos de la causante. También lo es que en el testamento se formula una partición hecha por el testador y en la que concurren todas y cada una de las fases del inventario, avalúo y adjudicación de bienes. Solo falta la liquidación, pero como reconoce el registrador, es cierto que esa no puede verificarse sino hasta la apertura de la sucesión ya que no se conocen hasta ese momento la totalidad de las deudas líquidas... En consecuencia, existe una partición realizada por el testador en los términos del artículo 1056 del Código civil y se pasará por ello en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos».

exige la realización de un inventario y avalúo de todo el caudal hereditario lo que desnaturaliza el concepto legal de partición.

Así la Resolución de 5 de abril de 2019 de la Dirección General de los Registros y Notariado no considera partición testamentaria un supuesto en el que el testador instituye herederos a sus cuatro hijos y ordenado a favor de la hija un legado de la legítima estricta con asignación de bien concreto para su pago.

En relación al tema que nos ocupa y en la línea trazada, la Resolución de 26 de enero de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública en un supuesto en el que la testadora lega a sus dos nietos la legítima individual que por Ley le corresponda, y en pago de la misma, o en su caso, mayor porción, les adjudica toda la parte o derechos correspondientes a la testadora en una serie de fincas y participaciones en fincas urbanas y rústica e instituye como única heredera a su hija, con sustitución tanto a legatarios como heredera por sus descendientes. Entiende el Órgano directivo que el legado de cuota legitimaria asignándose una cosa para el pago de la misma no es partición parcial testamentaria porque la determinación del alcance de esta cuota, exige un aváluo de todo el caudal hereditario.

A lo que añadiría, según el criterio adoptado en este texto, que el supuesto objeto de la Resolución no contempla una partición parcial, no solo por la necesidad de liquidación y avalúo para la determinación de la cuota de legítima, sino también porque la adjudicación a título de legado de parte alícuota tiene naturaleza particular y no universal como exige la partición testamentaria.

Tampoco constituye partición parcial el supuesto en que uno o ambos cónyuges atribuyen a terceros a título de herencia, por cuotas iguales o desiguales, una masa patrimonial privativa o consorcial, por la necesidad de liquidar el régimen económico matrimonial antes de la partición.

En el mismo sentido, la Resolución de 23 de octubre de 2019 de la Dirección General de los Registros y Notariado en la que se discute si resulta inscribible una escritura de entrega de legado otorgada por la prelegataria sin intervención del resto de herederos. La solución gira en torno a si el testamento es particional en sentido estricto o si contiene normas particionales. La situación que resulta del testamento es la siguiente. «Prelega a sus hijos por partes iguales, y con cargo al tercio de mejora y al de libre disposición por ese orden, todos los bienes y derechos que tengan caracteres privativos de la testadora y provengan de las herencias de sus padres; *"instituye herederos en el remanente de dicho tercio de mejora y en el de legítima estricta, por partes iguales, a sus dos hijos F y A. Y en el tercio de libre disposición o en el que quede de él, teniendo en cuenta el legado dispuesto en la cláusula precedente, también por partes iguales, a los seis hijos de su esposo que son M.D, M.M, S, A,A, M.M y E.E"*». Señala como cláusula particional que su patrimonio privativo recibido de los padres pase exclusivamente a sus hijos; y el patrimonio ganancial de su segundo matrimonio sea distribuido por partes iguales entre sus dos hijos y los seis hijos de su actual esposo. El recurrente entiende que es una partición testamentaria porque sus disposiciones tienen carácter atributivo y porque así lo considera la testadora. La Resolución desestima el recurso por la necesidad de la valoración de

los bienes prelegados para la determinación del remanente que como se ha señalado suceden los hijos de la testadora y los de su marido actual por partes iguales.

A mi entender es un supuesto claro de normas particionales. Se trata de un testamento en el que hay legatarios y herederos designados en masas patrimoniales diferenciadas. En principio lo atribuido a título de prelegado lo es a título particular y no universal como se requiere en toda partición testamentaria o en pacto sucesorio y en cuanto el llamamiento de los bienes gananciales a los hijos propios y a los del marido a título de heredero no son adjudicaciones de bienes concretos y determinados siendo necesaria la previa liquidación del régimen económico matrimonial para proceder a una partición, es decir se hace necesario la partición por los herederos.

C. ¿PUEDEN LOS COHEREDEROS, DE COMÚN ACUERDO, PRESCINDIR O CAMBIAR LA PARTICIÓN QUE PRATICÓ EL CAUSANTE?

La cuestión que se plantea es si, una vez fallecido el testador, pueden los coherederos de común acuerdo prescindir de la partición que practicó el causante o cambiarla. La doctrina del Código civil cuestiona la posibilidad de que los herederos adjudicatarios de los bienes de la herencia a través de la partición puedan por unanimidad modificar la partición.

En Derecho aragonés, el artículo 368 CDFA habla de la partición realizada por el causante o fiduciario, y de, en su caso, normas vinculantes para su realización; solo en este último caso la doctrina aragonesa señala la posibilidad del acuerdo unánime de los coherederos en la modificación de las reglas o normas particionales establecidas por el disponente.

En este sentido, SERRANO GARCÍA, José Antonio, y SANCHO ARROYO señalan¹⁷: *«la expresión normas vinculantes no debe entenderse únicamente en el sentido de que se trate de normas restrictivas. Dado el carácter esencialmente dispositivo del Derecho aragonés, podrían también al amparo de este artículo introducirse normas que aligerasen las previsiones legales; por ejemplo, establecer que la partición que lleven a cabo los coherederos sea aprobada por mayoría en vez de por unanimidad. No existiendo más límites que los propios del principio "standum est chartae"»*.

Es muy significativo que dos miembros de la Comisión aragonesa de Derecho civil se refieran solo a la posibilidad de que el causante permita la toma de acuerdos de los coherederos por un quorum inferior a la unanimidad cuando se trate de las normas vinculantes y no hagan referencia a la partición por el disponente.

Por lo que entiendo que, al ir en contra de la naturaleza y efectos de la partición realizada por el causante, además de su carácter imperativo, los coherederos por unanimidad podrán tomar acuerdos modificando las normas particionales establecidas por el causante, pero no cabe predicarlo de la partición. En este

¹⁷ Concordancias, doctrina y Jurisprudencia, Op. cit. pág. 558.

sentido y respecto al artículo 1056 del Código Civil, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2008, en mi opinión trasladable al artículo 368 del CDFA señala que: «*La norma se presenta como imperativa, lo que refuerza el artículo 1.058 que señalaba prioridad de la partición testamentaria y que consecuentemente, ha de ser respetada, salvo que suponga perjuicio a la legítima de un heredero forzoso*».

Así las cosas, por el carácter imperativo y prioritario de la partición hecha por el testador, los coherederos no pueden prescindir de ella. Sin embargo, al margen de la partición ya consumada y una vez hecha la adjudicación, los herederos como titulares de los bienes adjudicados pueden hacer entre ellos los actos dispositivos que convengan al igual que pueden hacerlo con terceros (con la trascendencia fiscal correspondiente).

En esta línea la Sentencia del Tribunal Supremo del 4 de febrero de 1994 considera que, si los herederos deciden distribuirse los bienes de forma distinta a lo ordenado por el causante, estarán celebrando entre ellos un contrato traslativo distinto y posterior a la partición del testador, y en consecuencia constitutivo de un nuevo hecho imponible independiente del hecho sucesorio. Por lo que cualquier acuerdo en este sentido tendrá carácter contractual, inter vivos y traslativo del dominio.

D. PARTICIÓN TESTAMENTARIA O PACTADA EN PACTO SUCESORIO Y CONTINUIDAD DE LA EMPRESA

El Código foral cuenta con mecanismos que facilitan la continuidad de la empresa, obviando muchos de los inconvenientes que se ponen de manifiesto en el Código civil y que han dado lugar a la promulgación (en el año 2003) del párrafo del 2º del artículo 1056 Cc, no aplicable supletoriamente en el Derecho civil aragonés¹⁸.

Como observa FERNANDO CURIEL¹⁹, pueden citarse como cauces existentes en el Derecho aragonés en defensa de la indivisibilidad y continuidad de la empresa los siguientes:

- En materia de régimen económico matrimonial consorcial, son de destacar las normas específicas para el caso de que una empresa pertenezca privativamente a uno de los cónyuges o a ambos con carácter consorcial, especialmente en tema de disolución y para evitar la liquidación, a través de la comunidad conyugal continuada.

¹⁸ Para resolver sobre la aplicabilidad supletoria del art. 1056.2 Cc en derecho aragonés hemos de centrarnos en la cuestión de si es prevalente la indivisibilidad o continuidad de la empresa/explotación o el sistema legitimario. Y dado que el Derecho aragonés cuenta con mecanismos de protección de la empresa y con un régimen legitimario de legítima colectiva que, aunque de carácter imperativo, ofrece una amplia libertad y facilita la disponibilidad de los bienes hereditarios, parece compatible la protección de la sucesión unitaria de la empresa/ explotación y la legítima, siendo por ello suficiente la normativa recogida en el Código foral.

¹⁹ Fernando Curiel, Undécimos Encuentros del Foro Aragonés. Actas, pág. 108.

- El carácter colectivo de la legítima, más flexible que el régimen del Código civil por la libertad de distribución entre legitimarios.
- La fiducia, que responde a una doble finalidad: prolongar de momento la unidad familiar manteniendo la integridad del patrimonio y demorar la elección del heredero para aumentar las posibilidades de acierto; y que parece pensada, para abordar con éxito al doble objetivo del empresario con ocasión de su sucesión: la continuidad, de momento, y después la conservación de la empresa.
- La posibilidad de la celebración de los pactos sucesorios, incluso de presente, mediante los cuales puede anticiparse los efectos de la sucesión en vida del causante, permitiendo la incorporación del elegido a las actividades de la empresa, o preverla con la ventaja del carácter vinculante del pacto, que permite un mayor compromiso por parte del instituido, al ser irrevocable si no es por acuerdo de ambas partes o la renuncia de aquél.
- El tratamiento que hace el Código Foral de la explotación familiar en el régimen de la viudedad, al permitir al titular de la empresa o explotación económica privativa que se transmita a hijos y descendientes, en testamento o escritura pública, la sustitución del usufructo viudal del sobreviviente sobre la misma por una renta mensual a cargo del adquirente, lo que suprime la afectación al derecho de usufructo viudal a la que estaría sometida limitando la gestión de la explotación.

Sin embargo, como señala M^a ÁNGELES PARRA LUCÁN²⁰, para la efectividad de la mayoría de los mecanismos citados, que palian el problema de la división de la empresa familiar, es necesario que el empresario lo prevenga a través del testamento o pacto sucesorio; de lo contrario, cuando fallece, son aplicables las reglas de la sucesión legal, enfrentándose la continuidad de la empresa familiar a especiales dificultades.

Lo que lleva a plantearnos: *¿puede el testador, al realizar la partición testamentaria, adjudicar a uno de los herederos no legitimarios, más de lo que puede disponer, imponiéndole la carga de que, aunque no lo haya en la herencia, pague en metálico a los legitimarios el importe de la lesión legitimaria?*

En principio, para hablar de la partición del artículo 368 CDFA el disponente debería señalar a qué legitimarios tendrá el adjudicatario que abonar en metálico la cuantía que representa el valor de la lesión legitimaria. En el sistema legitimario aragonés, la cuota de libre disposición es la mitad del caudal relicto, correspondiendo la otra mitad a la legítima de naturaleza colectiva, a distribuir entre los descendientes o legitimarios, sin que ninguno de ellos tenga derecho a una legítima individual como en el régimen del Código civil; por lo que se hace necesario determinar el legitimario beneficiado con el pago en metálico, perteneciendo en su defecto por partes iguales a los legitimarios de grado preferente conforme a las reglas de la sucesión legal (artículo 486. 2. Código foral).

²⁰ M^a Ángeles Parra Lucán, «La sucesión de la empresa, algunos problemas que se plantean en la sucesión legal de la empresa individual, en especial, la responsabilidad por deudas», pág. 113 y ss, Actas Undécimos Encuentros del Foro Aragonés.

La legítima en Aragón es «pars bonorum», recayendo sobre la mitad del caudal relicto computable según establece el artículo 489 CDFA. Si bien, en supuestos de lesión cuantitativa cabe pagarla en metálico en los casos recogidos en su artículo 496: *«1. Si la reclamación de reducción se dirige contra el cónyuge viudo, podrá éste evitarla pagando en metálico lo que al legitimario reclamante le correspondiera percibir. - . . . 3. Si el objeto de la reducción fuera un bien o un conjunto de ellos que no admita cómoda división, ambas partes podrán compensarse en metálico como convengan. En defecto de acuerdo, si la reducción no absorbe la mitad de su valor, quedará para el que hubiera recibido la liberalidad; en caso contrario, para el legitimario que reclama, debiéndose compensar la diferencia en metálico»*.

La norma es aplicable cuando hay lesión cuantitativa y, salvo que el disponente establezca otra cosa, sólo será de aplicación cuando los legitimarios de grado preferente reclamen por la infracción del importe de legítima que le corresponda a cada uno en proporción a su cuota en la sucesión legal, de manera, que la renuncia o la simple falta de ejercicio por alguno de su derecho de reclamación no incrementa el de los demás (artículo 494.3 CDFA).

De lo anterior se deduce que el supuesto de hecho podría constituir la partición del artículo 368 del Código foral siempre que las atribuciones sean a título de heredero y el metálico que se adjudica a los legitimarios exista en la herencia, al fin y al cabo, también es un bien hereditario. No lo sería en cambio si el dinero no conformara el patrimonio hereditario. Y si el reparto hereditario lesiona la legítima será de aplicación el sistema de reducción recogido en el Código Foral.

V. ESTUDIO SOBRE LA INEFICACIA DE LA PARTICIÓN TESTAMENTARIA

A. LA INEFICACIA DE LA PARTICIÓN POR CAUSAS COETANEAS A LA PARTICIÓN²¹

1. A favor de quien se creía heredero, sin serlo

1.1. En relación al testamento en el que se realizó la partición

Puesto que la institución de heredero no es esencial en un testamento, no es causa de su anulabilidad el hecho de que el testador se haya confundido en la persona de alguno de los herederos beneficiados en la partición, por lo que en principio la partición se mantendrá.

²¹ Según ha precisado el TS en la STSJA de 26 de noviembre de 2007 y en relación a la nulidad o anulabilidad de la partición entre coherederos: «La nulidad radical o de pleno derecho de la partición se dará por carencia de los elementos esenciales del artículo 1261 del Código civil, en su caso de los esenciales de forma, y por vulneración de normas imperativas o prohibitivas (artículo 6, 3 CC); y cuando la partición tenga naturaleza de contrato, cabrá la anulabilidad de los artículos de los artículos 1300 a 1314».

1.2. Cláusulas particionales testamentarias

El artículo 1081 del Código civil, de aplicación supletoria en Aragón, establece como causa de nulidad de la partición el creer heredero a la persona equivocada. El supuesto recogido por la norma resulta de difícil aplicación en la partición realizada por el testador, por ser él quien designa a los herederos, las cuotas en las que suceden y la adjudicación de bienes.

Si bien, como según lo establecido en el artículo 368 del Código foral, la partición puede estar referida a una herencia deferida por sucesión legal y también la puede realizar el fiduciario, tanto el causante como el fiduciario pueden confundirse en quienes son o serán los herederos.

En el régimen del Código civil la doctrina discute si en este supuesto hay nulidad de la partición o mera subsanación de la misma en base al principio del mantenimiento de aquella. Es normal la discrepancia, dado el escaso y fragmentario régimen de ineficacia en materia testamentaria.

El CDFA en los artículos 423 a 438 regula la invalidez e ineficacia de los testamentos, y en concreto en el artículo 424. 2 establece que será anulable la disposición testamentaria que haya sido otorgada con error en la persona, pero el artículo 425 del mismo Código matiza que si de la interpretación del testamento fuera posible concluir de qué persona se trata, vale relativamente a esa persona.

Así las cosas, entiendo que, si de la interpretación del testamento no fuera posible concluir de qué persona se trata, por ejemplo, si el testador o su fiduciario realizan la partición a favor, entre otros, de quien creyendo heredero legal no lo es, la cláusula particional será anulable, prescribiendo la acción de anulabilidad a los cuatro años a contar desde el fallecimiento del testador.

2. Error en el objeto

2.1. En relación al testamento en el que se realizó la partición

El error en el objeto es un vicio del consentimiento que no afecta a la validez del testamento, por lo que se mantendrá la partición, aunque dé lugar a la anulabilidad de la cláusula particional salvo que sea otra la voluntad del testador (artículo 424. 3 CDFA: «*La nulidad, anulación, revocación o ineficacia de una disposición testamentaria no afectará a la validez o eficacia de las demás, a no ser otra la voluntad del testador. Queda a salvo lo dispuesto sobre las disposiciones correspectivas del testamento mancomunado*»).

2.2. Cláusulas particionales testamentarias

Si la cláusula particional ha errado en el objeto será anulable en base al artículo 424.2 Código foral: «*Será anulable la disposición testamentaria que haya sido otorgada con error en la persona o en el objeto, con engaño, violencia o intimidación grave y en los casos en que resulte que se ha otorgado por error, de hecho, o de derecho, en los motivos si del testamento resulta que el testador no la habría otorgado de haber conocido el error*».

Al ser anulable la partición hecha por el testador bajo error en el objeto, podrá ser impugnada durante el plazo de cuatro años desde el fallecimiento del testador que es su plazo de prescripción, en base al artículo 427 del Código foral que dispone: «*Siendo anulable el testamento o cualquiera de sus disposiciones, la acción prescribe a los cuatro años a contar desde el fallecimiento del testador*». Por lo que una vez pasado el plazo será válido por convalidación.

3. Objetos omitidos

3.1. Con relación al testamento en el que se realizó la partición

No afecta a la validez del testamento —y en consecuencia a la partición que la contiene— que el testador omita voluntariamente, por ignorancia o por adquisición posterior algún objeto de su propiedad.

3.2. Cláusula testamentaria particional

Como ya se ha comentado no afecta a la validez de la partición la omisión por parte del testador de un objeto de su propiedad, bien porque se olvidó, lo adquirió con posterioridad o porque no quiso incluirlo. La cuantía o el valor del bien omitido no afecta a la naturaleza de la partición, que seguirá siendo, en su caso, testamentaria, ya que el artículo 368 del Código foral señala la posibilidad de que la partición sea parcial sin establecer ningún condicionamiento.

4. Engaño, violencia, intimidación

4.1. Testamento particional

Si el testador otorga el testamento donde realiza la partición por sufrir engaño, violencia o intimidación, aquél será anulable y en consecuencia lo serán también las cláusulas particionales (artículo 423. 2 CDFA: «*son anulables los testamentos... otorgados con engaño, violencia o intimidación grave*»).

4.2. Cláusulas particionales testamentarias

Si el testador ha realizado la partición con engaño, o sufriendo violencia o intimidación, de manera que de no haberla sufrido no hubiera realizado la partición o los bienes los hubiera distribuido de otra manera, las cláusulas particionales serán anulables (artículo 424. 2 CDFA).

5. Capacidad natural

Si el testador que otorgó el testamento donde realiza la partición carecía de capacidad natural, el testamento es anulable en base al artículo 423.2 del Código foral: «*Son anulables los testamentos que, aun reuniendo los requisitos y formalidades legales, hayan sido otorgados por persona con la edad requerida para testar y no incapacitada*».

judicialmente para ello pero que carezca de capacidad natural...», y en consecuencia las cláusulas particionales testamentarias también lo serán.

B. SUPUESTOS DE INEFICACIA SOBREVENIDA

1. La partición testamentaria consiste en la distribución de los bienes por el testador entre los herederos. La eficacia de cada cláusula particional dependerá de una serie de factores, siendo presupuesto esencial la aceptación del heredero beneficiado en la partición. Pero no siempre el instituido se adhiere a la herencia, bien porque no puede o porque no quiere. En cuyo caso, ¿en qué pueden afectar estas situaciones a la partición testamentaria?

2. *Pasamos a analizar diferentes supuestos en los que algún o algunos de los herederos no aceptan la herencia:*

2.1. Salvo previsión contraria del testador, cuando alguno o algunos de los instituidos herederos y beneficiados en la partición testamentaria de la herencia, que sean descendientes o hermanos del causante, no puedan heredar, le sustituirán sus descendientes (artículo 336 CDEFA). En consecuencia, se mantendrá la partición.

2.2. Si los beneficiados de la partición no son descendientes o hermanos del causante o si, siéndolo, repudian el llamamiento sucesorio, los bienes vacantes acrecerán a los demás en proporción a sus cuotas dado que en la partición testamentaria son llamadas dos o más herederos conjuntamente a la totalidad de una herencia, en virtud del artículo 481 Código foral que señala *«Habiendo sido llamadas dos o más personas conjuntamente a la totalidad de una herencia o legado o porción de ellos, si alguno no quiere o no puede suceder, su porción acrecerá a las demás, salvo que el disponente hubiera nombrado sustituto o excluido el derecho de acrecer o procedieran la sustitución legal o el derecho de transmisión regulado en el artículo 387»*.

2.3. Si todos los llamados no quieren o no pueden suceder, a falta de sustitución voluntaria, sustitución legal, derecho de transmisión o derecho de acrecer, la partición deviene ineficaz y se abrirá la sucesión legal²².

Así las cosas, a falta de sustitución voluntaria, sustitución legal, derecho de transmisión o derecho de acrecer, la partición devendrá ineficaz abriéndose la sucesión legal si todos los herederos no se adhieran a la herencia; en los demás casos, cuando no sean todos ellos los que no se adhieren, se mantendrán las cláusulas particionales para aquellos que acepten, y los bienes adjudicados a los

²² Vid. artículo 437 del Código foral:

«La institución de heredero y el nombramiento de legatario devienen ineficaces, a falta de sustitución voluntaria o derecho de acrecer, entre otros, en los siguientes casos: a) Si el instituido o nombrado fallece antes que el testador, salvo que haya sustitución legal. b) Si la institución o el nombramiento estuvieran sujetos a condición suspensiva y el sucesor falleciere antes de que la condición se cumpla. c) Si el instituido o nombrado se torna incapaz de adquirir la herencia o el legado, salvo que haya sustitución legal. d) Si el llamado a suceder repudia la herencia o el legado».

que no quieren o no pueden heredar, seguirán la trayectoria que marquen las normas sucesorias.

En la práctica testamentaria no es habitual que las cláusulas particionales sean ineficaces porque el causante al hacer la partición suele prever que los herederos no quieran o no puedan heredar.

C. ¿SON CAUSA DE INEFICACIA EN LA PARTICIÓN TESTAMENTARIA LAS DIFERENCIAS DE VALOR ORIGINARIAS O SOBREVENIDAS?

1. El valor de lo adjudicado por el testador en su partición puede no corresponderse con el de las cuotas hereditarias; la cuestión debatida doctrinalmente se centra en los efectos que se derivan de la contradicción entre lo dispositivo y lo particional, por lo que no es objeto de este estudio la distribución realizada por el causante entre herederos instituidos ex re certa ya que el valor de la cuota la determina el bien adjudicado.

¿Pero es válida la partición testamentaria cuando el valor de los lotes asignados no se corresponde con el de las cuotas hereditarias?

La postura tradicionalmente defendida por la doctrina mayoritaria y mantenida por la Dirección General de los Registros y el Notariado y por el Tribunal Supremo es el acatamiento a la partición realizada por el causante aun cuando la distribución de los bienes no se ajuste a las cuotas de la institución²³. De

²³ Es criterio jurisprudencial que la partición realizada por el testador es inatacable por diferencias de valor originarias o sobrevenidas, centrándose en la amplia libertad para partir de que goza, sin más límite que el de no perjudicar la legítima. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1945, admite que todo testador, tenga o no herederos forzosos, puede hacer la partición de sus bienes, e incluso hacerlo por delegación en algunos casos según resulta del artículo 831 Código civil. Y en cuanto al contenido señala que el ordenamiento jurídico otorga al testador una amplia libertad, no solo en la composición cualitativa de los lotes, permitida por el artículo 1056 apartado 2, sin sujeción a lo que disponen los artículos 1061 y 1062, sino también en la distribución valorativa al admitir como medio normal único de impugnación la acción por lesión de la legítima y no la acción ordinaria de lesión en más de la cuarta parte. En el mismo sentido, las Sentencias TS de 21 de julio de 1986, 7 de septiembre de 1998, 21 de diciembre de 1998, de 29 de enero de 2008, señalan que es admisible la realización por parte del testador de una partición desigual de los bienes hereditarios, siempre y cuando se respete la legítima de los herederos, estableciendo en cuanto a las dudas que plantean las posibles causas de ineficacia de las particiones testamentarias, que el error no se considere causa de nulidad, siendo ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias solo en los casos expresamente previstos en el Código civil. En la misma línea, la Sentencia TS de 18 de marzo de 2010, en un supuesto en el que la Sala entiende que hay una verdadera partición, proclama que la partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino solo en el caso que perjudique la legítima de los herederos forzosos del testador, siendo inatacable por diferencias de valor, sean estas originarias o sobrevenidas, dado que el artículo 1056 del Código civil establece que cuando el testador haga la partición se pasará por ella. Representativa de un criterio diferente, por otro lado minoritario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1990, habla de corrección, de ajustar los valores, estableciendo que «la voluntad del testador da una prevalencia a la asignación *ad valorem*, es decir a las cuotas-partes del caudal relicto sobre las de las adjudicaciones de bienes espe-

manera que, dado el carácter imperativo que para los herederos tiene lo ordenado por el testador, la regla general es que, hecha la partición, aquéllos no puedan impugnar la partición salvo dos excepciones: que se presuma que fue otra la voluntad del testador o que perjudique la legítima.

Si prevalecen las cláusulas dispositivas resultará necesario la realización de una nueva partición, extrajudicial o judicial, y si por el contrario son las particionales, la partición realizada por el disponente será válida y los herederos tendrán que acatarla, salvo que acrediten lesión de legítima o que prueben que expresa o tácitamente, el testador quiso que prevalecieran las cuotas de la institución sobre las adjudicaciones en la partición.

En Derecho aragonés la partición puede realizarla el causante o su fiduciario, en testamento unipersonal, testamento mancomunado o pacto sucesorio. El Código Foral la regula en el artículo 368 con más amplitud que el artículo 1056 del Código civil, dictando las reglas a tener en cuenta en el supuesto de discrepancia entre la cuota asignada y bien adjudicado, resolviendo con ello la cuestión doctrinal planteada.

Así dispone el artículo 368. 2 CDFA: *«Si la partición la hace el disponente en el mismo acto de disposición por causa de muerte, las cláusulas de partición prevalecen sobre las dispositivas en caso de contradicción. Si la hace en acto separado prevalecerán las cláusulas dispositivas salvo que sean revocables y puedan ser efectivamente revocadas por el acto de partición»*.

En consecuencia, la norma no solo establece reglas para solucionar discrepancias, sino que también evita cualquier cuestión sobre la rescisión de la partición efectuada por el causante. Ante la discrepancia entre las cuotas dispositivas y particionales, son directrices legales aplicables a la partición realizada por el disponente, las siguientes: a) Cuando el causante atribuye cuotas y distribuye bienes en pago de las mismas en el mismo testamento o pacto sucesorio, la divergencia entre lo dispuesto y lo adjudicado se resuelve a favor de la adjudicación. b) Cuando el causante atribuye cuotas y distribuye bienes en actos separados, se rige por las reglas de la revocación de los actos mortis causa.

cíficos, al no poder coincidir las adjudicaciones por él verificadas de bienes concretos con los resultados de valores reales de los mismos, por lo que si bien han de respetarse éstas en lo posible habrá que hacer las deducciones en más o menos (corrección en el valor real de los bienes adjudicados) para de esta forma cumplir la voluntad particional del testador sin perjudicar ni las legítimas, ni tampoco las cuotas de valor, instrumentadas en cada uno de los tres tercios percibiendo las diferencias en metálico los demás herederos...»

VI. ADJUDICACIÓN DE LOS BIENES DISTRIBUIDOS Y SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

A. LA PARTICIÓN Y LA ADQUISICIÓN POR EL COHEREDERO DE LA PROPIEDAD DEL BIEN ADJUDICADO

El artículo 1068 Cc, de aplicabilidad supletoria en Aragón, señala que la partición legalmente hecha produce el efecto de atribuir a cada heredero la titularidad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados; por lo que hasta después de la partición el coheredero no adquiere la propiedad de los bienes adjudicados.

Es decir, el derecho abstracto, *«un derecho impreciso e inalienable sobre las cosas de que se componga el caudal»* que hasta el momento ostentaba el heredero adquirido por medio de la aceptación, se transforma en un derecho concreto sobre los bienes y derechos adjudicados (afirmación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1966). En esa línea, las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1987, de 29 de diciembre de 1988, 20 octubre 1992, 25 de abril de 1994, 6 de marzo de 1999, 28 de junio de 2001, ST de 28 de mayo de 2004, 25 de junio de 2008, 28 de febrero 2013: *«la partición hereditaria tiene por objeto la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados, bien en propiedad exclusiva, bien en proindivisión, ya que efectivamente, de la comunidad hereditaria puede pasarse por vía de partición, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria, o por cuotas romanas»*.

Así las cosas, la indivisión que precede a la partición, en la que los herederos son titulares colectivos sin un derecho determinado sobre el patrimonio hereditario, trae como consecuencia que ningún heredero esté legitimado para disponer por sí solo de los bienes que integran la herencia, ya que no es cotitular de ninguno de ellos, ni reclamar para sí, sino para la comunidad hereditaria, ni ejercer acciones que presuponen la cualidad de propietario como la reivindicatoria o la tercería de dominio. Una vez realizada la partición, judicial o extrajudicial, previa la aceptación del beneficiario, se atribuye a cada heredero la titularidad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados.

Como observa la Sentencia T.S. de 21 de julio de 1986, la partición realizada por el testador, a partir de la aceptación de la herencia por los beneficiados, produce los mismos efectos que las otras particiones, confiriendo a los herederos la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados, pues *«...sus efectos son los mismos que si se tratara de partición judicial o extrajudicial practicada por los propios herederos o por albaceas o partidores, es decir, sus efectos son los de conferir a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que se les haya adjudicado... desde el momento de la muerte del testador»*.

En el mismo sentido, y en relación con la partición testamentaria, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1998 señala: *«Es indudable que sus efectos son los mismos que si se tratara de partición judicial o de partición extrajudicial, practicadas por los propios herederos, albaceas o contadores partidores, es decir sus efectos son los de conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados,*

ello, claro es, sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1075, en relación con el 1056, concede a los herederos forzoso en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o de que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador».

El que la partición hecha por el testador atribuya a los adjudicatarios la propiedad de los bienes adjudicados les faculta para el ejercicio de cualquiera acción reivindicatoria de los bienes adjudicados, así la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1986 determina: «...la partición hecha por el testador en su testamento, lo mismo que la practicada en cualquier otra forma admitida por el derecho, produce el efecto de conferir a cada heredero la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados, propiedad exclusiva que faculta para el ejercicio de cualquiera acción reivindicatoria».

B. INSCRIPCIÓN DE ADQUISICIONES HEREDITARIAS

Como se ha señalado, hasta que se realiza la partición la sucesión provoca la existencia de un derecho in abstracto que, conforme al artículo 42. 6º de la Ley Hipotecaria, solamente puede acceder al Registro a través de una anotación preventiva que se denomina de derecho hereditario y se desarrolla en los artículos 46 de la citada Ley y 146 de su Reglamento.

Las adquisiciones hereditarias, señala José-María CHICO y ORTIZ²⁴, ofrecen, en sus relaciones con el Registro de la Propiedad, unas notas diferentes de las adquisiciones inter vivos. La adjudicación de bienes entre los coherederos a partir de la partición puede provocar en el Registro una o diversas inscripciones. La materia viene regulada en forma muy genérica por el artículo 14 de la Ley Hipotecaria, que establece la exigencia del título de la sucesión hereditaria (testamento, contrato sucesorio, acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato, declaración administrativa de herederos abintestato a favor del Estado y, en su caso, el certificado sucesorio europeo relacionado en el Capítulo VI del Reglamento Unión Europea número 650/2012), y para la inscripción de bienes o adjudicaciones concretas, el documento particional o la escritura pública o sentencia firme que así lo señale, además de los documentos complementarios.

Ningún precepto de la Ley Hipotecaria alude a la partición realizada por el causante. No obstante, si la hizo en testamento o pacto sucesorio, éste será su título inscribible, acompañado de los certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad.

Si la partición se formalizó en escritura pública se presentará su copia auténtica, y si se hizo en documento privado —según la Resolución de 16 de julio de 1918— deberá ser elevado a público y protocolizado mediante acta notarial.

Así las cosas, la partición realizada por el causante, al igual que las otras clases de partición, judicial o extrajudicial, atribuye a los coherederos las titularidades

²⁴ Estudios sobre Derecho Hipotecario, Tomo II, Marcial Pons 1994, pág. 995 y ss.

concretas sobre bienes específicos y determinados y además de adjudicar la propiedad exclusiva de los mismos, y al igual que la partición judicial o extrajudicial, es título suficiente que legitima al heredero para cualquier operación sobre la propiedad adjudicada²⁵.

C. CRITERIO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO/
DE SEGURIDAD JURIDICA Y FE PUBLICA

1. Necesidad de liquidación previa

La Resolución de la Dirección General del Registro y Notariado de 1 de agosto de 2012 (y en el mismo sentido la del 12 de septiembre de 2012), en un supuesto en el que entiende que hay partición testamentaria, desestima el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad a inscribir una escritura de partición parcial de herencia porque considera que la partición no es completa al no haberse procedido a la liquidación de deudas.

2. Concurrencia de todos los coherederos

La Resolución D.G.R.N. de 8 de enero de 2014, decide en el mismo sentido sobre la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia en la que intervienen sólo dos de los cinco herederos instituidos en el testamento, que además son legitimarios, ante la negativa de la registradora por la no intervención de todos los herederos para manifestar lo que proceda respecto a la existencia o no de deudas de la herencia, como operación complementaria de las realizadas por la causante.

En la misma línea, la Resolución de dicho Centro Directivo de 3 de abril de 2014 señala: *«En todo caso, han de intervenir todos los herederos para manifestar lo que proceda respecto a la existencia o no de deudas de la herencia, como operación complementaria de las realizadas por el causante, que es necesaria para la plena virtualidad de la partición a efectos registrales. Sólo si se acreditara que no existen deudas o las asumiera exclusivamente uno de los herederos, podría decirse que no hay perjuicio para los demás herederos cuando unos pretenden adjudicarse los bienes distribuidos por el causante»* (en el mismo sentido, Resoluciones de 15 de junio de 2014 y 3 de marzo de 2015).

Puede afirmarse que, en garantía del interés de los acreedores hereditarios, no cabe la exigibilidad de la concurrencia de todos los coherederos para la inscripción del bien adjudicado a favor de uno de ellos, porque además de que la concurrencia de los mismos no lo garantiza, pueden citarse las siguientes razones:

- No tendría sentido el artículo 368 Código foral, regulador de la partición realizada por el causante, pues su aplicación práctica sería escasa.

²⁵ En esta línea y como representativa del criterio jurisprudencial, la Sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1986, establece que no es necesaria que el testador haya realizado operación alguna para que la partición realizada tenga la calificación de tal y no la de normas particionales.

- Si la Ley permite en el artículo 479 Código foral que el legatario de bien inmueble inscriba su derecho bastando la escritura de su aceptación, aunque haya legitimarios; con más motivo si el bien inmueble se adjudica a título de heredero.
- Si el artículo 81 del Reglamento Hipotecario establece, que cuando toda la herencia está distribuida en legados, los que sean de inmuebles determinados, basta para su inscripción la solicitud del legatario, sin necesidad en protección de acreedores, de la concurrencia de herederos, ni legitimarios, siempre que no exista contador partidor, ni se hubiera facultado al albacea para la entrega, a pesar de que responden de las deudas según el valor de lo legado; luego con más motivo si lo adjudicado es a título de heredero.
- Los derechos de los acreedores hereditarios son de crédito y no derechos reales que recaen sobre los bienes hereditarios; lo demuestra el hecho de que, a pesar de que la aceptación de la herencia se hace por Ley, salvo excepciones, con la limitación de responsabilidad del artículo 355 Código foral, el heredero puede pagar las deudas o cargas de la herencia con su propio patrimonio según artículo 361 Código foral.

Al ser los derechos de los acreedores derechos de crédito deben someterse al régimen de los mismos incluido su restricción de acceso al Registro de la Propiedad. La tutela de los derechos de los acreedores hereditarios será la que le conceda la Ley, sin necesidad de otro control; siendo relevante la diligencia de su actuación que evitará, en detrimento de su derecho, la aparición de un tercero hipotecario que haga irreivindicable la titularidad del bien adjudicado al coheredero deudor.

3. ¿Cabe la adjudicación e inscripción del bien procedente de la partición por uno solo de los herederos sin contar con la aceptación de los demás?

Según lo señalado, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública) declara la imposibilidad de que un coheredero, en base a una partición testamentaria, pueda inscribir en el Registro de la Propiedad una escritura de aceptación y adjudicación de herencia, otorgada solamente por él, sin la intervención de los otros herederos.

Es decir, el Centro Directivo a efectos registrales, para que la partición tenga plena virtualidad como título inscribible exige la intervención de todos los herederos para manifestar lo que proceda respecto a la existencia o no de deudas de la herencia, lo que supone la realización de las operaciones de liquidación hereditaria, eximiéndose este requisito solo si se acreditase que no existen deudas o las asumiere exclusivamente uno de los herederos.

Pero, como señala Isidoro LORA TAMAYO²⁶, si hay una partición hecha por el testador no existe base legal ni causa sustantiva alguna para denegar la inscripción

²⁶ Se ha tenido especialmente en cuenta respecto al régimen del Código civil el artículo de Lora Tamayo «La partición practicada por el testador y la adjudicación de la herencia existiendo legitimarios», Revista Notario del siglo XXI, Revista 62, Práctica jurídica (index.php/practica-juridica).

registral de los bienes adjudicados a uno de los herederos sin la intervención de los otros, y que, cuando el Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de julio de 1986 establece que en la partición testamentaria no se requiere la realización de las operaciones particionales típicas aunque para la plena virtualidad de la misma se realicen operaciones complementarias, no significa que hasta que no se realice la liquidación la partición no es válida y por tanto los herederos todavía no son propietarios, ya que esto iría en contra del artículo 1056 del Código civil, norma de carácter imperativo.

Lo contrario, como observa el citado autor, supondría dejar sin contenido el artículo 1056 Código civil, al menos en orden a la posibilidad de inscripción, en base a consideraciones no registrales, además de no ser coherente con la posición del legatario que según lo establecido en el artículo 81 del Reglamento Hipotecario puede tomar posesión por sí solo los bienes legados e inscribir a su nombre los inmuebles en el Registro cuando sin existir legitimario el testador lo autorice expresamente para ello o baste la solicitud del legatario para la inscripción, cuando toda la herencia se hubiera distribuido en legados.

4. ¿Es aplicable al Derecho civil aragonés el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública)?

La Jurisprudencia, Resoluciones y Doctrina citada resuelven cuestiones referentes al Régimen del Código civil, lo que plantea la cuestión de si son aplicables a los supuestos regulados por el Derecho civil aragonés.

El artículo 371 CDFA regula la responsabilidad solidaria de los coherederos después de la partición; de manera que, hecha la partición, los acreedores hereditarios pueden exigir el pago de cualquiera de los herederos hasta el límite de su responsabilidad. (dado que, a diferencia del régimen del Código Civil, en derecho aragonés la aceptación de la herencia se hace por Ley con la limitación de responsabilidad del artículo 355 Código foral).

El que el heredero, salvo excepciones, en base al artículo 355 Código foral, responda de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, no significa que los bienes hereditarios actúen de garantía real o que tengan tal naturaleza los derechos que asisten a los acreedores; lo que corrobora el artículo 361.1. Código foral al señalar que el heredero puede pagar las deudas y cargas de la herencia con los bienes recibidos del caudal relicto o con su propio patrimonio.

Y si el legatario de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario, aun cuando los acreedores del causante tienen preferencia en el cobro a los legados (artículo 360 Código foral), puede por sí solo, incluso habiendo legitimarios, obtener la inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad en virtud de la escritura pública en que formalice su aceptación (artículo 479 Código foral), con más motivo si el adjudicatario es heredero.

D. NECESIDAD DE ACTO PARTICIONAL INTER-VIVOS EN DOCUMENTO PÚBLICO A EFECTOS DE INSCRIPCIÓN

a) Resolución de 5 de abril 2016

El Centro Directivo no entra en calificar si la partición es o no testamentaria, sino que se limita a denegar la inscripción de una partición por constar en documento privado y no reunir los requisitos de título auténtico del artículo 3º de la Ley Hipotecaria, en el supuesto siguiente:

Un matrimonio otorgó sendos testamentos con las siguientes cláusulas: - Del testamento del marido: «Primera. - ... Tiene ocho hijos... a los cuales y en su defecto a sus respectivos descendientes, instituye por partes iguales... Tercera. - Ratifica la partición que en unión de su esposa otorgó el pasado año, firmada por el testador y sus ocho hijos, consignada en ocho hijuelas; quiere que se pase por ella como expresión de su última voluntad y que las diferencias que puede haber entre las adjudicaciones se considere como mejora a favor del respectivo adjudicatario. Cuarta. - Deja a su hija D... como mejora, sustituida por sus descendientes, la casa y la molinera... sita...; bienes que la hija adquirió con dinero propio, pero que el testador le deja para evitar cuestiones entre hijos». - Del testamento de la mujer, resulta lo siguiente: «Primera.- ... Tiene ocho hijos... a los cuales, y en su defecto a sus respectivos descendientes, instituye herederos por partes iguales, excepto en aquellos bienes objeto de la partición que otorgó el pasado año, firmada por la testadora su marido y sus ocho hijos, extendida en ocho hijuelas; partición que ratifica en este acto y quiere que pase por ella como expresión de su última voluntad; en esta partición, la diferencia en más de alguna adjudicación sobre las otras, se considerará como mejora expresa a favor del respectivo adjudicatario... Tercera.- Deja a su hija D, como mejora sustituida por sus descendientes, la casa molinera... bienes que adquirió con dinero propio, pero que la testadora deja para evitar cuestiones entre hijos».

Es decir, en ambos testamentos se menciona y ratifica una partición consignada en ocho hijuelas en documento privado hecha por acuerdo entre causantes y herederos un año antes. Se declara que pasen por ella y que las diferencias que pueda haber entre las adjudicaciones se consideren como mejora a favor del respectivo adjudicatario.

El Órgano Directivo considera que, a efectos de inscripción, no puede hablarse de partición realizada por el testador en base al artículo 1056 Código civil, cuando el documento particional al que se remite el testamento es un documento privado, y en concreto señala: «En principio, el artículo 1056 Código civil contempla dos supuestos distintos de la partición hecha por el testador según se haga en testamento o por acto inter vivos. Pero en este último caso, la jurisprudencia ha determinado que la partición inter vivos ha exigido siempre la existencia de un testamento, y aunque la partición pueda formalizarse en un documento independiente, siempre precisará de la fuerza de un testamento —anterior o posterior a aquella— que a ella se refiera para confirmarla. En el supuesto de este expediente, aun produciéndose esto, esa partición en documento privado que se menciona en los testamentos no cumple el principio de exigencia de título auténtico impuesto por el artículo 3º de la

Ley Hipotecaria, lo que determina que dicha partición no tenga trascendencia a efectos registrales».

b) Reflexiones sobre la Resolución El artículo 3º de la Ley Hipotecaria exige reunir los requisitos de título auténtico para la inscripción de los títulos traslativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos, por lo que, aunque la partición es válida ya que el acto particional inter vivos lo es cualquiera que sea la forma que revista siempre que se apoye en un título sucesorio, sin embargo a efectos registrales y para la inscripción de los bienes inmuebles adjudicados es necesario que conste en documento público.

E. LOS LEGITIMARIOS Y LA INSCRIPCIÓN DE LOS BIENES ADJUDICADOS

1. Criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública).

Si la partición la ha realizado el causante, según criterio de la Dirección General, no es necesaria la concurrencia de legitimarios, sin perjuicio de que en caso de lesión de legítima puedan ejercitar las acciones de complemento o reducción que les correspondan. Pero si se trata de normas particionales, al no producirse los efectos de la partición, y ser necesarias en consecuencia las operaciones particionales, la intervención de todos los legitimarios es inexcusable.

Así, la Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 5 de julio de 2016, en base al criterio sentado por la Resolución de 1 de agosto de 2012, y las del 3 de marzo de 2015, decide sobre la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia otorgada por las dos herederas sin la concurrencia de un nieto legatario de la legítima estricta. Distingue entre los efectos de la partición testamentaria y las normas particionales.

La primera —partición testamentaria— implica las operaciones típicas de la partición y la de liquidación, lo que no ocurre en el supuesto de la segunda. Sigue señalando la Dirección General que, a su vez, si el testador realiza la partición y los legitimarios entienden que no se respeta la intangibilidad de la legítima pueden ejercitar la acción de rescisión de la partición o pedir el complemento de sus legítimas, dependiendo la opción entre uno u otro remedio, en buena medida, del principio general de conservación de la partición.

Pero si no se trata de una auténtica partición testamentaria sino normas de partición, la intervención de los legitimarios es inexcusable, es decir, los legitimarios deben intervenir necesariamente en las operaciones particionales precisamente en defensa de la intangibilidad de su legítima y sin tener que esperar al resultado de la partición.

En la misma línea, la Resolución de 26 de enero de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública señala que «cuando la legítima es pars hereditatis, pars bonorum o pars valoris bonorum, y no hay partición

hecha por el testador o contador partidor nombrado, el legitimario debe intervenir en la partición, aunque no sea heredero ni legatario de parte alícuota»²⁷.

En la línea trazada, ROCA SASTRE²⁸ defiende que el consentimiento de los legitimarios en ningún caso debe ser condicionamiento de la inscripción registral, lo que, entre otras razones, excluiría en la práctica la propia eficacia del acto particional del testador, de acuerdo con la doctrina de la Resolución de 16 de diciembre de 1922, que establece «*a efectos registrales no puede exigirse una demostración a priori de que la partición del causante no lesiona los derechos de los legitimarios, pues dicho artículo 1056 ordena en primer lugar que se pase por ella, con reserva de las acciones de impugnación a los perjudicados*».

Observan ROCA SASTRE, R.M.²⁹ y GÓMEZ GÁLLIGO³⁰, que —excepto en la referida partición efectuada por el propio testador y en los supuestos del pago en metálico de la legítima en que en virtud del artículo 1056 Código civil y artículo 14 Ley Hipotecaria, no se requiere la concurrencia de los legitimarios— en las demás formas de partición sí es necesaria la intervención de los legitimarios.

2. Derecho aragonés

La doctrina y las resoluciones citadas contemplan supuestos de hecho regulados por el Código civil, si bien son igualmente aplicables si los casos estuvieran en el ámbito del Derecho aragonés, incluso con más motivo dada la naturaleza colectiva de la legítima y el tratamiento registral que del legado de inmueble determinado se establece en el artículo 479 Código de derecho foral por el que «aun habiendo legitimarios», el legatario puede tomar posesión por sí sólo e inscribirlo en el Registro de la Propiedad en virtud de la escritura pública en que formalice su aceptación.

Así, si los legitimarios entienden lesionada su legítima con la partición, el Código foral regula de forma detallada en los artículos 494 a 502, cómo, a través del sistema de reducción de liberalidades, los legitimarios de grado preferente tienen derecho a obtener una fracción del importe de la lesión proporcional a su cuota en la sucesión legal.

²⁷ En la misma línea vid. Resoluciones de 14 de febrero de 2019, de 5 de abril de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

²⁸ Estudios de Derecho privado, II, Edit. Aranzadi, 2009, pág. 380 y ss.

²⁹ Derecho hipotecario, tomo III, pág. 841 y ss. pág. 968, ed. Bosch, Barcelona, pág. 968.

³⁰ «Intervención de los legitimarios en la partición en derecho común» Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez, tomo III p 679 a 690, ed. Dykinson, Madrid 2013.

VII. LA DISTRIBUCIÓN DE TODA LA HERENCIA EN LEGADOS Y LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL

1. El causante puede distribuir la totalidad de su herencia en legados; tanto la doctrina, como la Jurisprudencia y las Resoluciones DGRN (hoy DGSJFP), entienden que en este supuesto no se da la llamada partición testamentaria, sino normas o reglas vinculantes supeditadas a una posterior partición una vez fallecido el causante, ya que para que se de aquélla, será necesaria la distribución a título universal, o lo que es lo mismo, que los llamados lo sean como herederos; por lo tanto, y con más motivo la atribución de uno o más legados, aunque se trate de prelegados, no cabe calificarla como tal aunque el causante se base en el artículo 1056 del Código civil.

Actualmente la constancia registral de los legados se recoge en el artículo 81 del Reglamento Hipotecario, que regula la inscripción del legado de bienes inmuebles determinados y la distribución de toda la herencia en legados determinando que el legatario podrá tomar posesión por sí mismo del bien legado e inscribirlo en el Registro de la Propiedad, sólo cuando no existan legitimarios y tenga autorización expresa del testador, y cuando toda la herencia está distribuida en legados y no exista contador ni albacea facultado para la entrega.

Y en Aragón, a partir de la Ley de Sucesiones de Aragón de 1999, hoy refundida en el CDFA, el legatario de un bien inmueble determinado puede inscribirlo por sí solo en el Registro de la Propiedad, aunque existan legitimarios, en virtud de escritura pública en el que formalice su aceptación (Artículo 479 CDFA).

En Derecho aragonés existen también dos sistemas diferentes de adquisición de las atribuciones deferidas por causa de muerte:

- a) El llamado a título de heredero, solo adquiere la herencia deferida mediante la aceptación: hasta que no acepta no se convierte en heredero (artículo 322. 1. Código foral *«El llamado a título de heredero que acepta la herencia adquiere los bienes y derechos de la misma, se subroga en las obligaciones del causante y queda obligado a cumplir las cargas hereditarias, todo ello desde el momento de la delación»*).
- b) El legatario o llamado a título particular, adquiere su derecho por disposición legal desde el momento de la delación, sin necesidad de la aceptación, aunque sin perjuicio de la posibilidad de optar por la repudiación, en cuyo caso se considera que no ha tenido lugar la delación a su favor (artículo 322.3 Código foral, *«El sucesor a título particular adquiere su derecho desde el momento de la delación, sin perjuicio de la posibilidad de repudiarlo»*. Artículo 477. 2 CDFA: *«El legatario que acepte el legado consolidará su adquisición, pero si lo repudia se considerará que no ha tenido lugar la delación a su favor»*). Es decir, para la adquisición de la herencia el heredero ha de aceptar, y para la del legado basta la delación a favor del llamado a título particular.

Además, el legatario de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario tiene a partir de la delación no solo la propiedad de la cosa legada

(artículo 477. 1 CDFA). «En los legados de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario, el legatario adquiere su propiedad desde que se le defiere. En los demás legados, la delación le convierte en acreedor de la persona gravada»), sino que también puede tomar posesión por su propia autoridad e incluso escriturar la adjudicación del legado del bien inmueble e inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad (artículo 479 CDFA: «El legatario de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario puede, por sí solo, aun habiendo legitimarios, tomar posesión de la misma y, si fuera inmueble, obtener la inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad en virtud de la escritura pública en que formalice su aceptación»).

En consecuencia, los legatarios de cosa determinada no necesitan que los herederos le transmitan la posesión del bien legado, por lo que si se trata de un inmueble no se requiere que el acreedor le transmita la posesión en escritura pública, sino que puede escriturarla por sí mismo sin necesidad de la concurrencia ni de los herederos, ni en su caso de los legitimarios.

VIII. LA DISTRIBUCIÓN DE TODA LA HERENCIA EN HEREDEROS EX RE CERTA Y LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Se ha defendido en el texto que, cuando toda la herencia está distribuida entre herederos ex re certa, se trata de una partición realizada por el disponente por el hecho de su llamamiento a título universal en cuotas determinadas por el valor de lo adjudicado. Por lo tanto, al tratarse de una partición del causante, sus efectos en cuanto a la adjudicación de la propiedad e inscripción del derecho sobre el bien adjudicado en el Registro de la Propiedad son los ya estudiados, en concreto, cabría, según lo defendido en el texto, su inscripción sin necesidad de la concurrencia de los demás herederos ex re certa, ni legitimarios, en su caso.

Son argumentos a favor de la innecesaridad de la concurrencia de todos los herederos para la inscripción registral del bien inmueble atribuido al heredero ex re certa, además de lo señalado para la partición del causante cuando adjudica bienes en pago de cuotas predeterminadas, lo establecido para el legado de cosa cierta determinada, en el que la norma aragonesa permite la escrituración e inscripción en el Registro del derecho de propiedad del inmueble legado sin la concurrencia de herederos, ni legitimarios en su caso, por lo que con más motivo si lo adjudicado es a título de heredero ex re certa.

IX. CONCLUSIONES

- En la regulación legal de la distribución de la herencia realizada por el causante hay que distinguir fundamentalmente dos periodos:

- a) Antes de la Ley de Sucesiones de Aragón de 1999, hoy refundida en el CDFA, es de aplicación supletoria el Código civil siempre que no sea contrario a los principios jurídicos aragoneses.
- b) Después de la Ley de Sucesiones de Aragón de 1999, hoy refundida en el CDFA, será de aplicación específica respecto a la partición del disponente en sentido estricto el artículo 368 del Código foral; en relación a los herederos ex re certa, el artículo 467 y, cuando se trate de legatarios, su artículo 469; complementado por el resto de la normativa aragonesa y subsidiariamente en las lagunas legislativas por las normas del Código civil que no vayan contra los principios del ordenamiento aragonés.
- El Código de Derecho Foral de Aragón, admite y regula algunos aspectos de la partición realizada por el causante, pero no la define; por lo que la primera cuestión que se plantea es la determinación teórica de su concepto. Mayoritariamente, la Doctrina, Jurisprudencia y la Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública (antes Dirección General de los Registros y del Notariado) entienden que hay partición por el disponente cuando la distribución de la herencia por parte del causante evite la comunidad de coherederos, por lo que el llamamiento a los beneficiados ha de ser a título universal y no particular. En consecuencia, no cabe hablar de la partición del artículo 368 del Código de Derecho Foral de Aragón cuando la herencia esté distribuida entre legatarios.

Y así, la partición hecha por el disponente, propiamente dicha, es aquella en la que el causante procede a adjudicar directamente todos o parte de sus bienes a los herederos en pago de sus cuotas o distribuyéndolos entre herederos ex re certa.

- Por aplicación subsidiaria de los artículos 1056.1 y 1068 del Código civil, la partición realizada por el disponente del artículo 368 CDFA, confiere la propiedad de los bienes adjudicados como cualquier otra partición, sin ser exigible la valoración de las cuotas y bienes asignados porque, salvo lesión de legítima, se respeta la adjudicación realizada por el testador. El disponente tiene plena libertad para realizar la partición sin estar sometido a la obligación de realizar las operaciones particionales típicas, de inventario, avalúo y liquidación. Tampoco está obligado a ajustarse a los criterios de igualdad del artículo 1061 del Código civil. Ni tiene que realizar una valoración exacta y real de los bienes adjudicados. Y a los herederos no les alcanza la obligación recíproca de evicción y saneamiento de los bienes adjudicados que contempla el artículo 1071.1º del Código civil, y tampoco cabe la aplicación del artículo 1075 del Código civil en materia de rescisión por lesión por discrepancia entre las cláusulas dispositivas y particionales, porque el legislador aragonés ya ha regulado y dado solución al supuesto en el apartado 2 del artículo 368 CDFA.
- El disponente puede efectuar la distribución de los bienes hereditarios en testamento, pacto sucesorio, o actos inter vivos, o bien establecer algunas reglas para la realización de la misma a las que se denominan normas particionales. Resulta relevante la diferencia existente entre ambos supuestos,

porque cuando el causante divide la herencia en título sucesorio o actos inter vivos, realiza una verdadera partición, con los efectos fundamentales ya citados, mientras que si establece normas o directrices particionales, al fallecimiento del testador se realizará la partición siguiendo sus instrucciones, pero será necesario la práctica de las operaciones particionales que exige el Código civil, entre las que se encuentra el avalúo o valoración de la cuota y la de los bienes asignados en pago de la misma, que se deberá completar o compensar dependiendo de si lo adjudicado es de valor inferior o superior a aquella. Sin embargo, no siempre es fácil distinguir si la distribución realizada por el causante constituye una verdadera partición o de trata de normas particionales.

El acto particional puede realizarse por el causante en actos inter vivos sin sujeción a forma determinada, salvo cuando se refiera a una herencia deferida por sucesión legal. Si bien solo tendrá carácter vinculante si reúne los requisitos del pacto sucesorio.

- Los bienes que reparte el causante han de ser de su propiedad en el momento de la apertura de su sucesión. Si los bienes son consorciales pueden ser objeto de la partición testamentaria siempre que no sea necesaria la previa liquidación del régimen consorcial.
- No es preciso que la partición comprenda absolutamente todos los bienes de la herencia *en* base al artículo 368 CDEA, Un ejemplo de partición parcial se daría cuando no se han distribuido bienes por ignorancia de su existencia o por adquisición posterior a la distribución, debiendo subsanarse con una partición complementaria con los objetos o valores omitidos.

Para que exista partición parcial es necesario que el disponente distribuya parte de sus bienes de forma determinada entre dos o más herederos, por lo que no cabe hablar de esta figura cuando se atribuye un bien a título de legado o prelegados, por ejemplo en pago de su legítima, porque aparte de que el beneficiado no es heredero sino legatario, la determinación de la cuota legitimaria exige la realización de un inventario y avalúo de todo el caudal hereditario lo que desnaturaliza el concepto legal de partición.

Tampoco es partición parcial cuando uno o ambos cónyuges atribuyen a terceros a título de herencia por cuotas iguales o desiguales una masa patrimonial privativa o consorcial, por la necesidad de liquidar el régimen económico matrimonial antes de la partición.

- Dado el carácter imperativo de la partición del artículo 368, los coherederos de común acuerdo no pueden prescindir de la partición que practicó el causante ni cambiarla, por el carácter imperativo de la misma. Los actos dispositivos hechos por común acuerdo de los herederos y posteriores a la partición son hechos independientes al hecho sucesorio.
- A efectos registrales, la partición realizada por el causante transfiere la propiedad de los bienes a los adjudicatarios con eficacia erga omnes. El rechazo de la inscripción del bien adjudicado solo cabría en base a normas registrales,

ya que cualquier restricción de acceso al Registro de derechos reales válidos civilmente tiene que basarse en un precepto que así lo imponga y ni la Ley Hipotecaria ni su Reglamento establecen un régimen especial para la constancia registral de la titularidad adquirida por partición del causante.

La inscripción de los bienes adjudicados en la partición realizada por el causante solo debería requerir la aceptación del titular y no la de los demás coherederos. La concurrencia de los herederos evita la impugnación por parte de cualquiera de ellos, pero no otorga una mayor protección a los acreedores en garantía de su derecho.

Tampoco es necesaria la concurrencia de legitimarios, sin perjuicio de que en caso de lesión de legítima puedan ejercitar las acciones de complemento o reducción que les correspondan. Si se trata de normas particionales, al no producirse los efectos de la partición, y ser necesarias en consecuencia las operaciones particionales, la aceptación de todos los coherederos y la intervención de todos los legitimarios es inexcusable.

REFLEXIÓN FINAL

La partición del artículo 368 CDFA únicamente se dará cuando el disponente o su fiduciario disponga en testamento o pacto sucesorio de toda o parte de su herencia a favor de dos o más herederos adjudicando bienes determinados en pago de sus cuotas expresas o tácitas (herederos ex re certa).

Los efectos fundamentales de la partición realizada por el disponente, especialmente en testamento, hacen de ella una de las figuras sucesorias a tener en cuenta, pues además de hacer realidad la voluntad del causante, conocedor de las necesidades y habilidades de los herederos beneficiados, evita a su fallecimiento todo conflicto judicial familiar-sucesorio al no ser posible impugnación alguna salvo por lesión de legítima o por las causas de ineficacia de la sucesión testada.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Dos aspectos de la partición hecha por el testador», *Anuario de Derecho Civil*, 1948, pp. 922 y ss.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel «Solo el testador puede partir la herencia». *Estudios de Derecho civil. Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XII, Vol. I (artículos 858 a 891), 1981, pp. 392 y ss.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel «El error en las disposiciones testamentarias», en *Revista de Derecho Privado*, 1948, pp. 800 y ss.

- ÁLVAREZ VIGARAY, «La distribución de toda la herencia en legados», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1965, pp. 694 y ss.
- BADOSA COLL, F, «La institución de heredero», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*. dirigido por Mc, Gete Alonso y Calera y coord. por J. Solé Resina, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 743-770.
- BAYOD LÓPEZ, Carmen y SERRANO GARCÍA, José Antonio: *Lecciones de Derecho civil: Sucesiones por causa de muerte*, 3ª Edición, Editorial Kronos, Zaragoza, 2022.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: «La Mediación sucesoria en el Derecho Civil Aragonés», *Mediación y Derecho Aragonés*, coordinador José Luis Argudo Périz, Editorial Reus, Madrid, 2022, pp. 263-289.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena «La partición efectuada por el causante. Régimen del Código civil y aragonés, con breve referencia a otros Derechos forales», Reus Editorial, Madrid, 2018.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena «Tema 2: El derecho aragonés en el sistema constitucional», *Curso on line derecho civil aragonés para jueces y magistrados*, 1ª, 2ª, 3ª 4ª, edición 2015, 2016, 2017, 2018.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena «De la sucesión paccionada» «De la sucesión testamentaria» *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón, Doctrina y Jurisprudencia*, coordinadores, Serrano García y Bayod López, director, Delgado Echeverría, Editorial Dykinson, Madrid, 2015, pp. 567- 637.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena «Sucesión testamentaria», *Manual de Derecho civil aragonés, conforme al Código del Derecho Foral de Aragón, director Jesús Delgado Echeverría, coordinadora, María Ángeles Parra Lucán*, 4ª Edición, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 567- 587.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena «El testamento mancomunado. Estudios de documentos notariales aragoneses desde el siglo XVI hasta la actualidad», El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1997.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena «La correspectividad del testamento mancomunado, estado de la cuestión», *Revista de Derecho civil de Aragón*, número 1, 1997, pp. 31 y ss.
- CHICO Y ORTIZ, JM., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- CILVET GUBIA, B., «Donaciones y Sucesiones», *Derecho civil navarro, Tomo II*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 311 y ss.
- D, ORS PEREZ-PEIX, A., «Comentario a las leyes 215-219», en *Comentarios Albaladejo*, T, XXXVII, Vol. 1, Madrid, 1998, pp. 954-963.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, Editorial La ley, 1990, pp. 434-436.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M «Estudio sobre el pago en metálico de la legítima en el Código civil», Libro *centenario de la Ley del Notariado, Sección tercera, Estudios jurídicos varios*, pp. 361 y ss.

- DE LOS MOZOS, José Luis, «La partición de la herencia por el propio testador», *Revista de Derecho Notarial*, tomo I, enero-marzo 1960, pp. 99 y ss.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho civil, T.1, Parte General, Volumen 1*, Editorial Bosch, Barcelona, 1988, pp. 115-116.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. «Comentarios al artículo 1º de la Compilación», en *Comentario a la Compilación del Derecho civil de Aragón, Dir. Lacruz Berdejo, José Luis*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, vol. I, 1998, pp. 99-196.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. «Las fuentes del Derecho civil aragonés», *conforme al Manual de Derecho civil aragonés Código del Derecho Foral de Aragón*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 99-196.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, 2005.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, «Algunos aspectos de la eficacia y el régimen jurídico de la partición hecha por el testador», *Anuario de Derecho Civil*, pp. 270-295.
- FERNÁNDEZ TRESQUERRES *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio en la sociedad limitada familiar*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2008.
- GARCÍA ALMAZOR, José, «Ley de Sucesiones», en *Comentarios Breves por los miembros de la Comisión aragonesa del Derecho civil*, Librería General, Zaragoza, 1999., pp. 124-138.
- GARCÍA Y GARCÍA, J. M., *Código de Legislación Inmobiliaria Hipotecaria y del Registro Mercantil, Tomo I*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2009.
- GETE ALONSO Y CALERA, M.C., «Responsabilidad hereditaria», en *Tratado de derecho de sucesiones, directora M.C. Gete-Alonso y Calera y coord. por J. Sole Resina, T.I*, Editorial, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 325-373.
- GÓMEZ GALLIGO, J., «Intervención de los legitimarios en la partición en derecho civil común», en *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, tomo I, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 679-690.
- IRIARTE ÁNGEL, F., «La actualización del Derecho civil vasco en el año 2015: una visión desde la práctica», *Revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, nº 13, 2016, pp. 323-340.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, y Sancho Rebullida, Francisco, «Derecho de Sucesiones», *Elementos de Derecho Civil*, V, Editorial Bosch, Barcelona, 1971.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, y Sancho Rebullida, Francisco, «Derecho de Sucesiones», *Elementos de Derecho Civil*, V, Editorial Bosch, Barcelona, 1988.
- LORA TAMAYO, I., «La partición practicada por el testador y la adjudicación de la herencia existiendo legitimarios», *Revista Notario del siglo XXI*, núm. 62.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, Carmen, «La situación de los acreedores particulares del heredero antes, durante y después de realizada la partición», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. I. Editorial Universidad de Murcia y Colegio Notarial de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Murcia, pp. 3268 y ss.
- MONEDERO GIL, «La partición practicada por el testador», *Revista Pretor*, nº 64, 1971, pp. 15 y ss.

- PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, «La sucesión de la empresa, algunos problemas que se plantean en la sucesión legal de la empresa individual en especial, la responsabilidad por deudas», en *Undécimos Encuentros del Foro Aragonés. Actas. Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 113 y ss.
- PRESA DE LA CUESTA, *Boletines del Colegio Nacional de Registradores y Mercantiles de España*, núm. 202, 203, (junio y julio de 1984) y 217, (1 de noviembre 1985).
- PUIG BRUTAU, «El testamento del empresario», *Revista de Derecho Privado*, 1960, págs. 845 y ss.
- REBOLLEDO VARELA, A., «La actualización del Derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia. Conclusiones de una investigación», en *Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid 2010.
- REBOLLEDO VARELA, A., «Derecho civil de Galicia: presente y futuro», *Revista Jurídica de Navarra*, Julio-diciembre 2008, n^o 46, pp. 11-46.
- REBOLLEDO VARELA, A., «Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio». Coordinados por Rebolledo Varela, Thomson- Aranzadi, Pamplona, 2008.
- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, Tomo II, Tomo III, Cuarta edición, Dykinson, Madrid, 2009.
- ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR, «El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria», *Revista Civil de Derecho Inmobiliario*, 1947, pág. 585 y ss.
- ROCA SASTRE, Ramón M^a., *Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona.
- ROCA SASTRE, Ramón M.^a, y PUIG BRUTAU, J., *Estudios de Derecho Privado*, Volumen II, Sucesiones, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- RODRIGUEZ ADRADOS, «El testamento y la ley como normas de la partición», *Revista de Derecho Notarial*, 1970 (abril-julio), pp. 191 y ss.
- RODRIGUEZ ADRADOS, «La partición hecha por el testador», *Revista de Derecho Notarial* 1970, pág. 209 y ss.
- ROMERO COLOMA, «Problemática de la partición por el causante», *RCDI*, núm. 737, mayo 2013, pp. 1569-1582.
- ROMERO HERRERO, Honorio, «La Comunidad hereditaria», *Actas de los Novenos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, noviembre 1999, El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 10-50.
- RUBIO GARRIDO, T., «La partición por el testador: algunos aspectos problemáticos, al hilo de la Sentencia de 4 de noviembre de 2008, (RJ2008, 5891)», *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 8/2009.
- SABATER BAYLE, E., *Derecho civil navarro*, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- SANCHO ARROYO, JAVIER, *Ley de Sucesiones, Comentarios Breves, por los miembros de la Comisión Aragonesa de derecho civil*, Librería General, Zaragoza, 1996.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio, y BAYOD LÓPEZ, Carmen, «Pago de las deudas por los coherederos», en *25 años de Jurisprudencia Aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los tribunales (1995-2019)*, coordinadores Carmen Bayod y José Antonio Serrano García, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1101 a 1112.

- SERRANO GARCÍA, José Antonio, y BAYOD LÓPEZ, Carmen, «Colación y partición», *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón, Doctrina y Jurisprudencia*, coordinadores, José Antonio Serrano García y Carmen Bayod López, director, Jesús Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid, 2015.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio, y BAYOD LÓPEZ, Carmen, «De las sucesiones en general», *Manual de Derecho civil aragonés, conforme al Código del Derecho Foral de Aragón*, director Jesús Delgado Echeverría, coordinadora, María Ángeles Parra Lucán, 4ª Edición, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 507-547.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Panorama de derecho de sucesiones*, vol. II, Civitas, Madrid, 1984.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, XIV, Madrid, 1989.

**NEL DOMINIO DEL FATTO.
BOBBIO: DIRITTO POTERE DEMOCRAZIA**

IN THE DOMAIN OF FACT. BOBBIO: LAW, POWER, DEMOCRACY

***EN EL DOMINIO DE LOS HECHOS. BOBBIO:
DERECHO, PODER, DEMOCRACIA***

ALESSANDRO SERPE
Catedrático de Filosofía del Derecho
Università G. D'Annunzio di Chieti-Pescara

SINTESI

L'indagine, avviata a muovere dalla difesa del kelsenismo (anni Cinquanta) e il successivo superamento (anni Sessanta), si sofferma sui concetti di diritto e potere nelle riflessioni filosofico-giuridiche di Norberto Bobbio. A fronte delle sue 'conversioni', l'impianto concettuale di Bobbio mostra saldezza filosofica, rigore operativo e coerenza intellettuale. Segnatamente, l'adesione al *fatto* – peculiarità metodologica della sua vicenda speculativa – confluisce in modo sorprendentemente agile in tutti i suoi lavori, fino a quelli ultimi concernenti la democrazia e i diritti umani.

Parole chiave: Bobbio, Kelsen, diritto, potere, legalità, democrazia.

ABSTRACT

The aim of this essay is to briefly outline the concepts of law and power in Norberto Bobbio's major thoughts – taking as the decisive intellectual turning-points his defence of Kelsenism ('50) and its overcoming ('60). By sharply focusing on the main tenets of his legal positivism and its subsequent criticism, Bobbio shows

an indubitable intellectual coherence over time. Despite his change in thinking typical of a deeply-committed doubting philosopher, the steady adherence to *facts* – peculiar of his analytical-realistic methodology – flows trippingly into his long-life contributions, up until his latest works on democracy and human rights.

Key-words: Bobbio, Kelsen, Law, power, legality, democracy.

RESUMEN

La investigación, iniciada con la defensa del kelsenismo (década de 1950) y su posterior superación (década de 1960), se centra en los conceptos de derecho y poder en las reflexiones filosófico-jurídicas de Norberto Bobbio. Frente a sus «conversiones», el marco conceptual de Bobbio muestra solidez filosófica, rigor operativo y coherencia intelectual. En particular, la adhesión a los hechos —la peculiaridad metodológica de su relato especulativo— fluye de forma sorprendentemente ágil en todas sus obras, hasta las últimas relativas a la democracia y los derechos humanos.

Palabras clave: Bobbio, Kelsen, Derecho, poder, legalidad, democracia.

I. INTRODUZIONE

Riprodurre l'enorme complessità del pensiero filosofico, giuridico e politico di Norberto Bobbio a poche immagini o passaggi stringati ridurrebbe la potenza speculativa delle sue istanze filosofiche e le loro significative implicazioni. E non solo: anche la forza esercitata sugli sviluppi del suo pensiero da parte di una serie cospicua di autori, italiani e stranieri, scelti, di volta in volta, a dare sostegno e verifica alle sue posizioni.

Credo, tuttavia, che non sia invano proporre una breve ricostruzione, nelle sue forme essenziali, del modo di Bobbio di pensare gli uffici del diritto e della politica entro lo scenario degli 'anni Cinquanta-Sessanta' del secolo scorso. Questo perché la progressione dei convincimenti di Bobbio, nelle vie e nelle eredità ricevute e poi messe a frutto, ha risentito, anzi si è costruita proprio a muovere dagli stimoli che trovano nella *defensio* del positivismo giuridico kelseniano – e, poi, nella dichiarata crisi del positivismo giuridico, orientamento di cui Bobbio è stato il più autorevole rappresentante in Italia – il loro autentico luogo di origine.

Nei suoi «tanti piccoli rivoli che non sono mai confluiti in un solo grande fiume»¹ – come ebbe a scrivere Bobbio nel timore, forse, di rigidi inquadramenti o

¹ N. Bobbio, *De senectute e altri scritti autobiografici*, Einaudi, Torino, 1996, p. 163.

asfissianti delimitazioni del suo pensiero – vi è tuttavia una esemplare coerenza che fa da molla d'avvio alle sue riflessioni e, al contempo, riassorbe, con rinnovata forza ed interagente dispiegamento, i grandi temi della sua riflessione. Si tratta proprio del suo modo di intendere e fare filosofia del diritto e della politica: l'adesione al *fatto* in una accezione profondamente realistica, adesione che funge sia da linfa che da direzione delle sue ricerche, una costante che fluisce e rifluisce nelle sue poliedriche ed articolate interrogazioni.

Qualunque sia stato l'angolo visuale prescelto – ora diritto, poi politica, poi democrazia, poi, ancora, diritti umani – l'adesione al fatto è la radice, il privilegiato asse di riferimento delle sue speculazioni. Il *fatto* è, dunque, l'assunto fondamentale, ciò che la filosofia affida a sé stessa contro acrobazie verbali, sedicenti retoriche, ingombranti formule politiche. Il *fatto* è l'oggetto d'esperienza, l'empiricamente osservabile e verificabile, la realtà indipendente dal pensiero ed irriducibile alle sue proiezioni. L'adesione al fatto si manifesta, in Bobbio, col compimento di una filosofia sobriamente rigorosa che, pur non tacendo confluenze e contiguità col mondo dei valori, non si smarrisce in duplicazioni o sovrapposizioni tra *ideale* e *reale*. Dalla necessità di giuspositivismo negli anni Cinquanta, alle inquietudini verso la dottrina kelseniana e, in ultimo, dalla simbiotica unione di impegno civile e ricerca scientifica quanto a democrazia, emerge tutta la forza della metodologia analitico-realista.

II. CON KELSEN: GLI ANNI CINQUANTA

Si parta dall'Italia post-bellica. La cultura filosofico—giuridica italiana aveva riscoperto le vecchie insegne del diritto naturale denunciando il normativismo astratto kelseniano, colpevole di avere centripetato, mediante perniciose distinzioni entro i campi del sapere, l'individuo nello spazio de-personalizzato del potere quale mera forza. Le opere di Kelsen, le traduzioni italiane di *Reine Rechtslehre. Einleitung in Die Rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934, e di *General Theory of Law and State*, 1945, si diffusero in Italia nel torno degli anni Cinquanta, in un periodo di aspro sfavore nei confronti del positivismo giuridico, e di aperta reazione al kelsenismo.

Tralasciando, in questa ricerca, le complessi e variegate reazioni italiane al giuspositivismo e alla dottrina pura del diritto kelseniana, l'esempio che qui, prima di ogni altro, merita un momento di attenzione è un saggio di Giuseppe Capograssi, noto giurista e filosofo del diritto italiano (1889-1956). Il suo *Impressioni su Kelsen tradotto*, 1952, è ferocemente critico dell'intero programma filosofico-giuridico di Kelsen fondato, a sui avviso, su postulati tutt'altro che neutrali. Il punto è questo: per Capograssi, la dottrina 'pura' kelseniana è pervasa da una «pessima ideologia», quella della forza e della forma, che sottende e sorregge il

diritto ridotto a «complesso di meccanismi diretti a sanzionare, colpire, punire»², meccanismi che schiacciano l'individuo, l'azione umana, la realtà sociale, la storia. In termini brevi e netti: Capograssi accusava la scienza giuridica kelseniana di radicarsi su «dogmi di filosofie particolari»³ manifestantisi in una serie di concezioni 'particolari': del diritto (come ordinamento coercitivo); della norma giuridica (come struttura linguistica dotata di sanzione); della realtà (come complesso di parti tra loro separate).

La battaglia ideologica italiana degli anni Cinquanta contro Kelsen, e contro il positivismo giuridico, era volta a riabilitare il nesso da un lato, tra diritto e morale e dall'altro, tra diritto/morale e politica. Clima e circostanze di rinnovamento spirituale e morale che non rendono difficile intendere come il giuspositivismo risultasse ridotto o tenuto, dai suoi detrattori, come ideologia politica della forza, e la scienza giuridica come strumento a servizio della forza e dell'umanità di regimi e dittature. E qui arriva Bobbio.

Dopo un breve, primordiale interessamento per il rigore della fenomenologia husserliana, via di scampo dall'idealismo e dall'esistenzialismo, Bobbio si richiama all'armamentario concettuale del Kelsen, in particolare alla distinzione tra *Sein* e *Sollen*, realtà e normatività, per guardare al diritto in termini di esistenza *fattuale*. L'invocare alla vita, alla umanità, alla necessità di corrispondenza tra diritto e bisogni morali avrebbe, ad avviso di Bobbio, soffiato sulle polverose 'fantasie' della dottrina del diritto naturale, alimentando, di fatto, lo sfrenato disordine in cui filosofi e giuristi italiani versavano. In altre parole, per Bobbio il liberarsi dalle incrostazioni metafisiche e dai dogmatismi avrebbe riportato il dibattito intorno al diritto su un piano scientifico.

Già alla fine degli anni Quaranta Bobbio aveva invocato la necessità di scienza, quale unico rimedio agli svolazzi di ideologi e moralisti, e alle bugie di retori e metafisici⁴. Nel corso degli anni Cinquanta, Bobbio intravede in Kelsen, nei luoghi appena riportati, il merito teorico di aver riconsegnato il diritto nelle mani della scienza offrendo una lettura anti-ideologica ed anti-moralista del diritto, rifuggendo, così, l'erronea sovrapposizione tra diritto e morale, tra fatto e valutazione. Protestando contro la filosofia dell'esperienza di Capograssi – e, in generale, contro le filosofie 'non verificabili' di retori, moralisti e cattolici italiani – Bobbio ammoniva che il solo invocare la difesa della giustizia non avrebbe cancellato, come con un tratto di penna, l'esistenza storica, di fatto, di leggi (ingiuste) valide ed efficaci. La questione è, per Bobbio come per Kelsen, che la giustizia, in quanto valore, non è né conoscibile, né dimostrabile: le massime

² G. Capograssi, «Impressioni su Kelsen tradotto», in: Id., *Opere*, vol. V, Giuffrè, Milano 1959, p. 348. Il saggio fu pubblicato per la prima volta in «Rivista Trimestrale di diritto pubblico», 1952, pp. 767-810.

³ G. Capograssi, *Impressioni su Kelsen tradotto*, op. cit., pp. 22-327.

⁴ N. Bobbio, «Filosofia e cultura», in *La Rassegna d'Italia*, 1946, p. 117.

della giustizia «rappresentano – scriveva Bobbio – una certa ideologia politica che ha una sua giustificazione storica»⁵.

In accoglimento delle diffuse istanze emotiviste e neo-positivistiche della prima decade del Novecento, Bobbio concludeva per l'incompetenza della ricerca giuridica quanto a questioni contenutistiche di giustizia. Ciononostante, lo scomporre il diritto in parti al fine di analizzarlo *teoricamente* con l'ausilio degli strumenti della logica, non avrebbe, a suo avviso, precluso l'impegno *pratico* nella realizzazione dei valori di umanità, giustizia, libertà, democrazia. Difatti, anche nella 'lezione' di Kelsen, il filosofo del diritto pur non 'conoscendo' o realizzando principi di teorie morali, può servire *pragmaticamente* la società, impegnandosi nella strenua difesa della democrazia di fronte ai regimi totalitari⁶. Noto, e non diversamente da Kelsen, fu l'impegno pratico di Bobbio lungo l'intero arco della sua vita, tra i mille interessi di ricerca coltivati, per la promozione della democrazia.

Già alla fine degli anni Quaranta Bobbio si era avveduto della potenza filosofica del neopositivismo viennese⁷, i cui assunti si lasciavano ben conciliare con l'impianto razionalista del formalismo kelseniano, in particolare con le esigenze di avalutatività metodologica e di non cognitivismo etico. Come dietro ad una sorta di barricata anti-ontologica, Bobbio trovava nello scientismo di Kelsen la migliore manifestazione di aderenza alla realtà. *Incipit vita nova*, Bobbio avrebbe detto, anni dopo, della sua 'conversione' al giuspositivismo⁸.

Se da un lato l'impianto filosofico del neo-positivismo spingeva verso nuove direzioni e modi di fare filosofia, dall'altro esso offriva gli strumenti teorici per una rivisitazione del positivismo giuridico kelseniano, in particolare quanto agli uffici della scienza giuridica. Il punto è, allora, proprio questo: le proposizioni della scienza, come quelle della scienza giuridica, sottostanno al criterio empirico della significanza. Il giurista, il cui lavoro voglia poter dirsi scientifico, non ha da occuparsi delle fondazioni ideali del diritto, piuttosto, come per il logico o il matematico, ha da assumere come oggetto scientifico delle sue ricerche un contenuto determinato, vale a dire il linguaggio o discorso del legislatore. Ufficio della scienza giuridica – come Bobbio scriveva in un saggio che segnava la sua

⁵ N. Bobbio, «La teoria pura del diritto e i suoi critici», in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni Scientifiche, Napoli 1992, p. 20. La prima edizione del saggio fu pubblicata nella Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1954, pp. 356-377.

⁶ Ivi, p. 25.

⁷ Si leggano, sul punto, N. Bobbio, «F. Carnelutti, teorico generale del diritto», in *Giurisprudenza italiana*, Parte IV, Disp. 8, 1949, N. Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955, p. 21.

⁸ N. Bobbio, *Diritto e potere*, cit., p. 7. Sulle 'conversioni' di Bobbio, si vedano: A. Serpe, *Il filosofo del dubbio: Norberto Bobbio. Lineamenti della sua filosofia del diritto nella cultura giuridica italiana*, Aracne, Roma, 2012 (trad. spagnola: A. Serpe, *El filósofo de la duda: Norberto Bobbio. Busquios de su filosofía del derecho en la cultura jurídica italiana*, Astro Data, Maracaibo, 2012; trad. inglese, A. Serpe, *The doubting philosopher: Norberto Bobbio. Outlines of his legal philosophy within Italian legal culture*, Universitetet i Oslo, Oslo, 2008).

adesione al kelsenismo, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, 1950⁹ – è non solo sezionare i contenuti normativi, quanto piuttosto rendere il linguaggio del legislatore un linguaggio rigoroso, secondo il metodo della filosofia analitica professato da Bertrand Russell, Ludwig Wittgenstein, e gli esponenti della Scuola di Vienna¹⁰. Per Bobbio l'analisi del linguaggio del legislatore avrebbe dovuto svolgersi in una serie di operazioni, in particolare: la *purificazione* (fornire un insieme di regole che stabiliscono l'uso di una parola); il *completamento* (rimediare alle incompletezze del linguaggio scientifico tramite l'uso di regole di analisi grammaticale); la *sistematizzazione* (ordinare le proposizioni normative)¹¹.

Per Bobbio, l'abbraccio fra neopositivismo e kelsenismo consacrava le esigenze di avalutatività scientifica, soddisfacendo il 'laico' bisogno di ricostruzione formale del diritto¹². Si osservi che questo è, per Bobbio, uno dei modi, di fare filosofia del diritto: accanto a quello tradizionale – la *filosofia del diritto dei filosofi* – in cui il filosofo muove da concezioni filosofiche generali per spiegare il diritto, vi è un secondo modo – la *filosofia del diritto dei giuristi* – in cui il filosofo-giurista, guardando l'esperienza giuridica dall'interno, dalla sua struttura, offre ai giuristi pratici strumenti concettuali utili per lo svolgimento del loro lavoro¹³. In quest'ultima accezione rientra la filosofia analitica del diritto, il cui orizzonte di ricerca è segnato, primariamente, dall'analisi del linguaggio giuridico.

III. DA KELSEN: GLI ANNI SESSANTA

Il connubio tra formalismo kelseniano e filosofia analitica inizia a vacillare nel corso degli anni Sessanta. Al Congresso internazionale di filosofia giuridica e sociale di Milano-Gardone, *Essere e dover essere nell'esperienza giuridica*, 1967, la relazione di Bobbio segna uno strappo insanabile col formalismo kelseniano e, al contempo, la svolta verso una nuova 'conversione'.

⁹ La letteratura, sul punto, è, com'è noto, vastissima. Mi limito a segnalare, in particolare: R. Guastini, *La teoria generale del diritto*, in: AA.VV. *Norberto Bobbio tra diritto e politica*, Laterza, Roma-Bari 2005, pp. 51-78; A. Ruiz Miguel, *El método de la teoría jurídica de Bobbio*, in: U. Scarpelli (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Comunità, Milano, 1983, pp. 387-411; R. Guastini, *Introducción a la teoría del derecho de Norberto Bobbio*, in: A. Llamas (a cura di), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 79-95; P. Borsellino, *Norberto Bobbio e la teoria generale del diritto. Bibliografia ragionata 1934-1982*, Giuffrè, Milano, 1983.

¹⁰ R. Guastini, *Bobbio, o della distinzione*, in: R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 41, 42.

¹¹ N. Bobbio, «Scienza del diritto e analisi del linguaggio», in U. Scarpelli, *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976, pp. 304-325.

¹² E. Pattaro, «Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi», in: U. Scarpelli, *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976, p. 456.

¹³ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965, pp. 40, 41.

Punto di partenza è la supposta ‘purezza’ della scienza giuridica kelseniana. Bobbio indicava come «metagiurisprudenza» la riflessione critica per la comprensione del concetto di scienza giuridica professato da Kelsen, una sorta di laboratorio che dall’alto guarda e si interroga sul se l’attività dei giuristi fosse *di fatto* descrittiva o normativa, o meglio, se l’ufficio della scienza giuridica consistesse nel descrivere cioè che i giuristi *fanno*, o prescrivere ciò che i giuristi *dovrebbero fare*. Alla prova dei contesti, storici e mutevoli, la «metagiurisprudenza» scopre la non avalutatività della scienza giuridica kelseniana. Il giurista non solo partecipa all’analisi e alla sistematizzazione del diritto, quanto, piuttosto, co-partecipa, con il legislatore ed il giudice, alla evoluzione del diritto entro un determinato contesto storico di riferimento. La scienza giuridica nei modi kelseniani non è altro che, per Bobbio, l’ideale di una giurisprudenza meramente descrittiva che assume la *Wertfrei Ethik* come meta ideale. In altre parole, la «metagiurisprudenza» kelseniana rileva il suo valore: «prescrive di descrivere»¹⁴.

Pur non essendo imperativo il ruolo della scienza giuridica, essa, qualificando e, al contempo, valutando, produce prescrizioni sotto forma di *consilia* rivolti ad altri operatori del diritto, prescrizioni che si fondano non sull’autorità (come per i comandi), bensì sulla autorevolezza del promanante e, quanto al contenuto, sulla loro interna ragionevolezza¹⁵. Infine, e non meno importante: il sistema giuridico, che nei modi kelseniani era da intendere, esclusivamente, come insieme di norme poste da un’autorità legittima secondo procedure determinate da norme, ora è, per Bobbio, insieme interagente di *jus conditum* e *jus condendum*.

Qualche anno prima, nel suo *Il positivismo giuridico*, 1961, Bobbio aveva distinto tre aspetti del positivismo giuridico: come *ideologia* (valutazione del diritto positivo); *teoria del diritto* (insieme di diverse tesi fondamentali – il diritto come sistema di regole sostenute dalla forza; le regole giuridiche come comandi; il diritto posto come fonte giuridica suprema; completezza e coerenza del sistema giuridico; meccanicismo dell’interpretazione giuridica); come *metodo* o *approccio* (distinzione tra diritto reale e diritto ideale)¹⁶. Bobbio si era definito positivista giuridico nei termini di un approccio scientifico, assumendo il diritto essere un fenomeno reale. Come si è avuto modo di vedere, alla fine degli anni Sessanta Bobbio aveva dichiarato lo stato di crisi in cui versava il positivismo giuridico, finanche come approccio scientifico allo studio del diritto¹⁷.

¹⁴ N. Bobbio, «Essere e dovere essere della scienza giuridica», cit., p. 128.

¹⁵ *Ivi*, pp. 129-134; 140-148. Sulla differenza tra comandi e consigli, si veda: N. Bobbio, «Comandi e consigli», in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., pp. 39-64.

¹⁶ N. Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. N. Morra* (1961), Giappichelli, Torino, 1979, pp. 282-283.

¹⁷ Distanzatosi dal normativismo kelseniano, Bobbio non mancava di avvertire delle nuove determinazioni della vita sociale, di nuovi aspetti della politica, del diritto e dell’economia. Non fu forse un caso che, proprio in quegli anni roventi di proteste studentesche e rivolte nelle fabbriche, scelse di ricoprire la cattedra di Filosofia della politica presso la Facoltà di Scienze Politiche di Torino (1972). È bene ricordare che l’‘autunno caldo’ ebbe inizio proprio a Torino, per poi irradiarsi in tutta Italia.

Lo scenario storico-culturale nel torno degli anni Settanta è profondamente trasformato: a fronte dei cambiamenti della società italiana e, non meno, dell'avvento di nuovi approcci d'oltralpe, Bobbio estendeva i confini della teoria del diritto tradizionale. Pur non rinnegando le analisi strutturali quanto a diritto, sono queste le ragioni – ragioni professate dapprima a livello teorico – a sospingere la scienza giuridica bobbiana verso altre direzioni: la teoria del potere e la sociologia empirica¹⁸.

IV. DIRITTO E POTERE. SU LEGALITÀ E LEGITTIMITÀ

Nella seconda metà degli anni Sessanta Bobbio rileggeva il rapporto tra legalità e legittimità, dando una spinta decisiva al dibattito che in Italia si era assestato sulle posizioni di Weber e Schmitt. Gli studi di filosofia politica italiana riproducevano, quanto al problema della legittimità del potere, le analisi di Weber contenute nel suo *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, in cui lo studioso interrogandosi sui motivi di disposizione a fondamento del potere, aveva configurato la legittimità quale credenza nella legalità. Per Weber, la legittimità del potere trova, a fondamento della sua validità, tre tipologie di credenze: quella circa la legalità di ordinamenti statuiti (razionale); quella circa la sacralità delle tradizioni (tradizionale); quella circa il carattere esemplare di un soggetto che ha posto in essere un ordinamento (carismatico)¹⁹. Dunque: Weber spiega la legittimità a partire dal potere. Tenendosi lungo un asse che lo ricongiungeva al dibattito di fine Ottocento – Mosca²⁰, e ancora prima Marx – egli giungeva alla conclusione che giacché la legalità fissa la corrispondenza formale tra potere politico ed un qualsivoglia ordinamento, essa, la legalità, fosse da considerare il criterio di legittimità.

In nessun caso, per Schmitt, legalità è criterio di legittimità di un ordinamento giuridico di qualsiasi sorta. Com'è noto, la nozione schmittiana di *Rechtsstaat* – Stato di diritto nella forma di uno Stato legislativo – si fonda proprio su una rappresentazione del potere che agisce sulla base ed in nome della legge. Lo Stato legislativo parlamentare, sistema di norme impersonali e determinabili, confermava l'idea che la legittimità (*Legitimität*) fosse limitata dalla legalità (*Legalität*), ma una legalità che non fosse da intendere come mera corrispondenza ad

¹⁸ Sul punto, si consulti la raccolta di saggi: N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Comunità, Milano, 1977.

¹⁹ M. Weber, *Economia e Società*, 2° ed., Comunità, Milano, 1968, vol. I, pp. 207-210. Sul punto, cfr. A. Serpe, «Norberto Bobbio: un percorso tra legalità e democrazia», in: G. Acocella (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 1-23.

²⁰ G. Mosca, *Teorica dei governi e governo parlamentare* (1883), in Id., *Scritti politici*, a cura di G. Sola, vol. I, Utet, Torino, 1982.

un qualsivoglia ordinamento giuridico, piuttosto soggetta, essa stessa, a certuni limiti, come ad esempio la corrispondenza fra volontà del popolo e legge dello Stato, e la fiducia nella coincidenza tra maggioranza parlamentare e volontà popolare²¹.

È a partire da questo modo 'liberale' di intendere la legalità, cioè di una legalità convertita a principio di legittimità, che Kelsen avrebbe, poi, assorbito il principio di legittimità in quello di effettività. Nella parte dinamica della sua dottrina pura del diritto, Kelsen sostiene essere l'efficacia dell'intero ordinamento giuridico la *condicio sine qua non* della validità di ogni singola norma giuridica. In altre parole: se è vero che l'inefficacia dell'intero ordinamento giuridico travolge la validità dello stesso, allora la legittimità dell'intero ordinamento giuridico è limitata dal principio di effettività, principio che, nei modi kelseniani, è «un principio giuridico di diritto internazionale [che] funge come norma fondamentale dei diversi ordinamenti giuridici dei singoli stati»²².

Come poc'anzi accennato, le riflessioni di Bobbio su legalità e legittimità si inseriscono, sì, all'interno di quel dibattito, ma volgono, nella metà degli anni Sessanta, in direzione d'un ampliamento dei rapporti tra politica e diritto, tra teoria della politica e teoria del diritto. Se, nei modi kelseniani, a monte della validità delle norme giuridiche vi è l'effettività, il potere, allora dietro al diritto vi è tutta una realtà di *fatto*, sociale e politica, che non può, anzi non deve sfuggire al filosofo del diritto. In un saggio del 1967, *Sul principio di legittimità*, Bobbio segnava un'ulteriore distanza da Kelsen mirando, con sguardo realista, alle relazioni *fattuali* tra potere e diritto. Ne ripropongo alcuni passaggi.

Per Bobbio legalità e legittimità sono entrambe, requisiti, forme di giustificazione del potere: il primo ha a che fare con l'*esercizio* del potere, il secondo con la *titolarità* del potere²³. Parimenti, Bobbio allargava il suo campo d'indagine alla norma giuridica, la cui giustificazione non poteva non andare letta disgiuntamente dal potere stesso: il potere nasce da norme e produce norme, mentre le norme nascono dal potere e producono poteri. Se il sistema giuridico è una successione di poteri, laddove lo si guardi dall'alto verso il basso (prospettiva dei governanti), esso è altresì una successione di norme, laddove lo si guardi dal basso verso l'alto (prospettiva dei consociati). Ed ancora: se si procede dal basso verso l'alto (da norme a norme) si giunge ad una *norma fondamentale*; se si procede, invece, dall'alto verso il basso (da poteri a poteri) si giunge ad un sommo potere, la *summa potestas*. Da ciò viene, per Bobbio, che al vertice della scala di norme e poteri, norma fondamentale e potere sommo si

²¹ C. Schmitt, *Il problema della legalità*, in Id. *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica* (a cura di G.F. Miglio e P.A. Schiera), Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 231-233.

²² H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 2000, p. 102.

²³ N. Bobbio, «Sul principio di legittimità» (1967), in Id. *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 69-70.

annodano implicandosi reciprocamente: *Lex et potestas convertuntur*²⁴. Ad avviso di Bobbio, la legittimità di un ordinamento giuridico non si fonda, come per Weber o Schmitt, sulla legalità, né tanto meno, la legittimità è in dipendenza giustificativa dalla legalità: ciò che è l'efficacia per una norma giuridica, altro non è che l'effettività per il potere. L'efficacia è un *fatto*, il fondamento dell'ultima norma, vale a dire il *fatto* che essa, la norma, sia effettivamente obbedita, cui corrisponde il *fatto* che l'ultimo potere sia effettivamente obbedito.

L'esito anti-kelseniano è inevitabile: se la validità dell'ultima norma è fondata sull'efficacia dell'ultimo potere, e la *summa potestas* si legittima, per parte sua, per il solo fatto di essere, indipendentemente dall'esistenza di ogni altra norma, allora la 'necessità' – una supposizione priva di basi empiriche – d'una norma fondamentale non ha alcuna ragione. È l'intreccio, la circolarità tra norme e poteri a decretare l'inutilità della norma fondamentale. «Strana norma, davvero, – commentava Bobbio – la norma fondamentale: è invocata per fondare un potere, di cui poi ha essa stessa bisogno per essere fondata»²⁵.

La nozione di legalità, criterio, dunque, distinto da quello di legittimità non è, per Bobbio, mera formale conformità ad un qualsivoglia ordinamento giuridico. *Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem*: così Bobbio, ricordava, esemplarmente, la migliore formulazione del principio di legalità elaborata da Bracton nel suo *De legibus et consuetudinibus Angliae*²⁶. Legalità è non solo supremazia della legge, o meglio, governo delle leggi (su quello degli uomini), quanto anche strumento di garanzia e protezione dei diritti di libertà.

²⁴ Ivi, p. 74.

²⁵ *Ibidem*. Non è mistero che Bobbio raccogliesse anche da altri studiosi stimoli e rimedi contro le oscurità della dottrina kelseniana. Hart, in particolare, aveva gettato luce su ciò che l'impianto teorico kelseniano aveva tenuto in disparte: il potere. Si ricordi, a tal proposito, la nota distinzione, ed unione, tra *primary rules* (norme che impongono doveri) e *secondary rules* (norme che conferiscono poteri). H. Hart, *The concept of law*, The Clarendon Press, Oxford, 1961. Su quest'ultimo punto è bene evidenziare che per Bobbio le norme secondarie sono tutte metanorme, ragion per cui le norme hartiane di mutamento costituiscono una superflua duplicazione della norma di riconoscimento, giacché, a suo avviso: «le norme sulla produzione offrono i criteri necessari e sufficienti per 'riconoscere' quali siano le norme valide del sistema [...] norma di mutamento e norma di riconoscimento [...] sono la stessa cosa». Sul punto, N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 241; N. Bobbio, «Norme primarie e norme secondarie», in Id, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., pp. 149-169.

Non diversamente, ed in anticipo rispetto ad Hart, il danese Alf Ross aveva distinto le norme giuridiche in norme di condotta (*forholdsnormer*) dalle norme di competenza (*kompetansenormer*). Sul punto, cfr. A. Ross (1953), *Om ret og retfærdighed. En indførelsen i den analytiske retsfilosofi*, Hans Reitzels Forlag, København, 2013, p. 45. La 'matrice' rossiana è altresì presente in altri studiosi scandinavi, tra i quali Torstein Eckhoff e Nils Kristian Sundby. Si vedano, a tal riguardo: T. Eckhoff, *Rettskildelære*, Universitetsforlaget, Oslo, 1971, p. 45; N. K. Sundby, *Om normer*, Universitetsforlaget, Oslo, 1974, p. 37.

²⁶ N. Bobbio, «Legalità», in: N. Bobbio, N. Matteucci (a cura di), *Dizionario di Politica*, Utet, Torino, 1976, p. 519.

V. CONE DA KELSEN. LA DEMOCRAZIA

Siamo, ora, all'ultimo breve punto: il liberalismo professato da Bobbio – a muovere dalle filosofie delle libertà dei moderni, da Locke a Montesquieu, da Mill a Kant, a Constant – è, per il tramite del principio di legalità, la via della democrazia. Il nocciolo duro dei diritti di libertà e dei diritti civili costituisce il prerequisito di *fatto* dei diritti politici e, non meno, dei 'nuovi', e nuovissimi diritti umani.

Il tema proprio della dottrina politica e giuridica italiana negli anni Cinquanta – anni roventi segnati da opposte concezioni, liberalismo e comunismo – ruotava intorno all'esercizio del potere da un lato, e la sua preservazione dall'altro. E ancora una volta, con sguardo realista Bobbio rinnovava lo scenario. Alle seducenti tentazioni autoritarie del socialismo marxista, riversate, entro lo scenario politico italiano, in alcuni aspetti 'millenaristici' del partito comunista, Bobbio contrapponeva la prospettiva socialdemocratica volta a garantire le libertà e i diritti individuali per un verso, e a promuovere una progressiva legislazione sociale per l'altro. Una tale prospettiva avrebbe costituito, a suo avviso, il più alto beneficio che lo Stato potesse realizzare²⁷. Si direbbe: è possibile essere socialisti senza essere marxisti.

Bobbio metteva a frutto le eredità del passato: un certo liberalismo crociano critico del fascismo e, non meno, il liberalismo democratico kelseniano fondato su una visione procedurale della democrazia. Ma non solo. Vi è anche Hobbes, il primo teorico dello Stato moderno²⁸ – autore a cui Bobbio dedica numerose letture²⁹ – a costituire, nelle sue riflessioni, la voce più raffinata della modernità. Hobbes, «il più lucido e il più conseguente, il più accanito, sottile e temerario teorico dell'unità del potere statale»³⁰ rappresenta una sorta di antidoto non solo al doloroso realismo senza etica di Machiavelli, ma anche al realismo conservatore di Croce, e a quello socialista ed anti-democratico di orientamento marxista. Nella rilettura dei rapporti tra politica e forza, Bobbio riconduceva fecondamente la concezione realistica dello Stato di Hobbes agli assunti razionalisti di Kelsen, segnando una tensione oscillante tra realismo classico, ideali illuministici e non-cognitivism etico. La teoria bobbiana della democrazia è, di queste tensioni, ragione e riprova. Ne fermo gli snodi essenziali.

²⁷ Sullo scenario filosofico ed ideologico italiano nel corso del Novecento, ed in particolare sul conflitto tra marxismo e idealismo, si veda: N. Bobbio «Profilo ideologico del Novecento», in E. Cecchi, N. Sapegno (a cura di), *Storia della cultura italiana*, vol. IX, Garzanti, Milano, 1969, pp. 105-200.

²⁸ N. Bobbio, *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino, 1989, p. 73.

²⁹ Tra di essi, si ricordino: N. Bobbio, «Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes» (1954), in: Id., *Da Hobbes a Marx. Saggi di storia della filosofia*, Morano, Napoli, 1965, pp. 11-49; N. Bobbio, «Hobbes e il giusnaturalismo» (1962), in: *Da Hobbes a Marx*, cit., pp. 51-74; N. Bobbio, «Thomas Hobbes», in L. Firpo (a cura di), *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, IV/I, Utet, Torino, 1980, pp. 278-313.

³⁰ N. Bobbio, *Opere politiche di Thomas Hobbes*, Introduzione, vol. I, Utet, Torino, 1959, p. 10.

Bobbio adotta una definizione minima, procedurale, di ‘democrazia’, quale metodo per la costituzione del governo e complesso di regole che stabiliscono il *chi* è autorizzato a prendere decisioni collettive ed il *come*, le procedure da porre in essere³¹. In quanto *procedura*, la democrazia è governata dalla regola della maggioranza, ed in quanto democrazia *formale* essa non coincide con alcuna ideologia, rendendosi compatibile con diverse dottrine dai diversi contenuti ideologici. Democrazia è, prima e a monte, nei modi propri del liberalismo – si pensi a Kelsen, ma anche a Ross³² – metodo politico, regola della maggioranza, legalità.

Ma, ecco il punto: a fronte degli orrori storici – nazismo, fascismo, comunismo – e di definizioni scomposte e manipolatrici dell’uso di democrazia, per Bobbio il *chi* e il *come* del potere democratico necessitano di ‘garanzie’, vale a dire di talune libertà, quelle che hanno originato lo Stato liberale costituendone il presupposto giuridico: la libertà di opinione, la libertà di riunione, la libertà di stampa³³. Lo Stato democratico è quello Stato che si fonda, sì, sull’esercizio del potere in conformità ad un principio di legalità, ma sempre entro il perimetro dei limiti fissati dalle libertà costituzionalmente garantite.

VI. CONCLUSIONI

Gli scritti di Bobbio su democrazia, pace e diritti umani abbondano di considerazioni realistiche. Il riconoscimento e la protezione delle libertà costituzionalmente garantite è il presupposto giuridico della democrazia, ma la democrazia – quale insieme di regole finalizzate ad evitare l’uso della violenza – presuppone, a sua volta, la pace. Se i diritti umani non sono né riconosciuti né garantiti non vi è democrazia, e se non vi è democrazia non vi è pace³⁴.

Un’ultima annotazione: a conferma del fatto che il liberalismo non sia, per Bobbio, antitetico rispetto al socialismo, e che ‘democrazia’, costituisca, anzi, proprio il

³¹ N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, Simonelli Editore, Milano, p. 47; Id., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1995, pp. 63-66.

³² H. Kelsen, *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1998, pp. 195-198, 203; A. Ross, *Why democracy*, Harvard University Press, Cambridge: MA, 1952, p. 91. Sul concetto di democrazia in Ross, si veda anche *Hvorfor Demokrati?*, Ejnar Munksgaards Forlag, København, 1946; A. Ross, *Demokrati, magt og ret. Indlæg i dagens debat*, Lindhardt & Ringhof, København, 1974, pp. 1-132 (trad. italiana e introduzione a cura di A. Serpe, *Democrazia, potere e diritto. Contributi al dibattito odierno*, Giappichelli, Torino, 2016). Sui significativi puti di convergenza tra Bobbio e Ross, rinvio al mio: A. Serpe, «Counteracting with healing antidotes. Beyond Kelsen, towards Ross», in: *Utopía y Praxis Latinoamericana. Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*, 71, 2015, pp. 87-111.

³³ N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, op. cit., p. 6.

³⁴ N. Bobbio, *The age of rights*, Polity Press, Cambridge, 1996, preface.

punto di intersezione tra i due, si rileggano, a mo' di esempio, le sue riflessioni quanto al concetto di 'eguaglianza'.

Eguaglianza è, per Bobbio, nel suo significato descrittivo, un *fatto*, una relazione formale tra due o più entità, relazione esprimibile in principi quali: «tutti gli uomini sono eguali», «tutti gli uomini sono eguali di fronte alla legge», «la legge è eguale per tutti». Nondimeno, 'eguaglianza' è anche condizione di giustizia³⁵: i contenuti di 'eguaglianza' – quali beni materiali, quali disponibilità, etc. – sono determinati dalle ideologie egualitarie. Ma, per Bobbio, il liberalismo non è il rovescio del socialismo: il liberalismo, declina l'eguaglianza in termini di *eguale* libertà degli uomini. «Il liberalismo [...] – scrive Bobbio – ammette l'eguaglianza di tutti non in tutto (o quasi tutto) ma soltanto in qualche cosa, e questo "qualche cosa" sono di solito i diritti fondamentali, o naturali, o, come si dice oggi, umani»³⁶. Con l'ancorare 'eguaglianza' al *fatto*, alla relazione, riusciva a Bobbio di saldare il nesso tra eguaglianza e libertà, ma anche, e ancor più significativamente, di fissare il punto di intersezione tra democrazia da un lato, e dottrine egualitarie e liberali, dall'altro.

Al di là dei suoi magistrali esercizi intellettuali, è alla politica, il mondo dei *fatti*, che Bobbio affida il dibattito sulla democrazia: il futuro dei diritti umani sta nel come proteggerli, come salvaguardarli, come promuoverli di *fatto*.

Bobbio ribadiva, così, la necessità, per le 'scienze dello spirito' di uscire dal loro «splendido isolamento»: «The philosopher who insists on staying alone – così scriveva in uno dei suoi ultimi lavori – is condemning philosophy to a sterile role»³⁷. Bobbio comprovava l'atteggiamento di apertura del diritto verso altri campi del sapere ed il crescente interessamento per la politica, tanto da intellettuale quanto da giurista pratico.

Ma non solo: le sue ultime riflessioni confermavano, ancora una volta, l'inevitabile fruttuosità delle indagini *fattuali*. Come in una missione di onestà intellettuale, Bobbio esplicitava il suo impegno volto a smascherare ogni sofisticato travestimento, ideali e ideologie, tenendo salda la sua attitudine metodologico-descrittiva di stampo analitico. Conoscere, prima e a monte, il fenomeno: nella sua 'verità' *fattuale*.

³⁵ N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 2009, p. 46.

³⁶ Ivi, p. 36.

³⁷ N. Bobbio, *The age of rights*, p. 11.

VII. BIBLIOGRAFIA

- BOBBIO, N., «Filosofia e cultura», in *La Rassegna d'Italia*, 1946, pp. 117-124.
- , «F. Carnelutti, teorico generale del diritto», in *Giurisprudenza italiana*, Parte IV, Disp. 8, 1949, pp. 113-127.
- , «La teoria pura del diritto e i suoi critici» in: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, pp. 356-377.
- , (1961), «Comandi e consigli», in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 39-64.
- , (1954), «Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes», in *Da Hobbes a Marx. Saggi di storia della filosofia*, Morano, Napoli, 1965, pp. 11-49.
- , *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955.
- , *Opere politiche di Thomas Hobbes*, vol. I, Utet, Torino, 1959.
- , (1961), *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. N. Morra*, Giappichelli, Torino, 1979.
- , «Hobbes e il giusnaturalismo» (1962), in *Da Hobbes a Marx. Saggi di storia della filosofia*, Morano, Napoli, 1965, pp. 51-74.
- , *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965.
- , «Essere e dovere essere della scienza giuridica» (1967), in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, pp. 119-148.
- , (1967), «Norme primarie e norme secondarie», in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 149-169.
- , «Profilo ideologico del Novecento», in E. Cecchi, N. Sapegno (a cura di), *Storia della cultura italiana* (a cura di), vol. IX, Garzanti, Milano, 1969, pp. 105-200.
- , «Scienza del diritto e analisi del linguaggio», in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976, pp. 304-325.
- , «Legalità», in N. Bobbio, N. Matteucci (a cura di), *Dizionario di Politica*, Utet, Torino, 1976, pp. 518-520.
- , *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Comunità, Milano, 1977.
- , «Thomas Hobbes», in L. Firpo (a cura di), *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, IV/I, Utet, Torino, 1980, pp. 278-313.
- , *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino, 1989.
- , *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.
- , *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994.
- , *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1995.
- , *The age of rights*, Polity Press, Cambridge, 1996.
- , *De Senactute e altri scritti autobiografici*, Einaudi, Torino, 1996.
- , *Liberalismo e democrazia*, Simonelli Editore, Milano, 2006.

- , *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 2009.
- BORSELLINO, P., *Norberto Bobbio e la teoria generale del diritto. Bibliografia ragionata 1934-1982*, Giuffr , Milano, 1983.
- CAPOGRASSI, G., «Impressioni su Kelsen tradotto» (1952), in Id., *Opere*, vol. V, Giuffr , Milano, 1959.
- ECKHOFF, T., *Rettskildel re*, Universitetsforlaget, Oslo, 1971.
- GUASTINI, R., «Introducción a la teoría del derecho de Norberto Bobbio», in A. Llamas (a cura di), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 79-95.
- , «Bobbio, o della distinzione», in R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 41-57.
- , «La teoria generale del diritto», in AA.VV. *Norberto Bobbio tra diritto e politica*, Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 51-78.
- HART, H., *The concept of law*, The Clarendon Press, Oxford, 1961.
- KELSEN, H., *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1998.
- , *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 2000.
- MIGUEL, R., «El método de la teoría jurídica de Bobbio», in U. Scarpelli (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Comunit , Milano, 1983, pp. 387-411.
- MOSCA, G., «Teorica dei governi e governo parlamentare» (1883), in Id., *Scritti politici*, a cura di G. Sola, vol. I, Utet, Torino, 1982.
- PATTARO, E., «Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi», in U. Scarpelli, *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunit , Milano, 1976, pp. 456-484.
- ROSS, A., *Hvorfor Demokrati?*, Ejnar Munksgaards Forlag, København, 1946.
- , *Why democracy*, Harvard University Press, Cambridge: MA, 1952.
- , (1953), *Om ret og retf rdighed. En indf rrelse i den analytiske retsfilosofi*, Hans Reitzels Forlag, København, 2013.
- , *Demokrati, magt og ret. Indl g i dagens debat*, Lindhardt & Ringhof, København, 1974 (trad. italiana e introduzione a cura di A. Serpe, *Democrazia, potere e diritto. Contributi al dibattito odierno*, Giappichelli, Torino, 2016).
- SCHMITT, C., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G.F. Miglio e P.A. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972.
- SERPE, A., *The doubting philosopher: Norberto Bobbio. Outlines of his legal philosophy within Italian legal culture*, Universitetet i Oslo, Oslo, 2008.
- , *Il filosofo del dubbio: Norberto Bobbio. Lineamenti della sua filosofia del diritto nella cultura giuridica italiana*, Aracne, Roma, 2012.
- , *El filósofo de la duda: Norberto Bobbio. Busquijos de su filosofía del derecho en la cultura jurídica italiana*, Astro Data, Maracaibo, 2012.

- , «Norberto Bobbio: un percorso tra legalità e democrazia», in G. Acocella (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 1-23.
- , «Counteracting with healing antidotes. Beyond Kelsen, towards Ross», in *Utopía y Praxis Latinoamericana. Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*, 71, 2015, pp. 87-111.
- SUNDBY, N.K., *Om normer*, Universitetsforlaget, Oslo, 1974.
- WEBER, M., *Economia e Società*, 2° ed., Comunità, Milano, 1968.

DIEGO VINCENCIO DE VIDANIA Y SU DERECHO NATURAL INNATO DE BASE GROCIANA

DIEGO VINCENCIO DE VIDANIA AND HIS GROTIAN-BASED INBORN NATURAL LAW

GUILLERMO VICENTE Y GUERRERO¹

Profesor de Filosofía del Derecho

Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El jurista aragonés Diego Vincencio de Vidania elaboró, en la temprana y agitada fecha de 1712, un singular manifiesto, redactado en castellano, con el que intentó acercar el Derecho natural racionalista protestante postulado por los hermanos Hugo y Guillermo Grocio al pensamiento iusfilosófico español, adaptando algunos de sus presupuestos, y en especial su método, a la tradición jurídica católica española, bajo el correspondiente filtro de su propia formación jurídica, filosófica y religiosa. El manuscrito, dividido en veinte capítulos, tenía como objeto preferente ofrecer una visión general del Derecho natural, tanto de su concepto como de sus principios constitutivos, analizando igualmente los efectos que su aplicación podía provocar sobre algunas figuras e instituciones del Derecho positivo.

Palabras clave: Derecho natural, siglo XVIII, Hugo y Guillermo Grocio, Iusnaturalismo racionalista, Diego Vincencio de Vidania.

¹ Dr. Guillermo Vicente y Guerrero. Profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de Zaragoza. Dirección de contacto: gvicente@unizar.es Cualquier observación o comentario serán bien recibidos y oportunamente contestados.

ABSTRACT

The Aragonese jurist Diego Vincencio de Vidania drafted a singular manifesto in the early and agitated date of 1712, written in Spanish, with which he attempted to bring the Protestant rationalist Natural Law postulated by the brothers Hugo and Guillermo Grotius closer to Spanish legal philosophical thought, trying to adapt some of its assumptions, and especially its method, to the Spanish Catholic legal tradition, under the corresponding filter of his own legal, philosophical and religious training. The manuscript, divided into twenty chapters, had as its main objective to try out a synthesis of both the concept of Natural Law and its constituent principles, also analysing the effects that its application could have on some figures and institutions of Positive Law.

Key words: Natural law, 18th century, Hugo and William Grotius, Rationalist natural law, Diego Vincencio de Vidania.

SUMARIO

I. DIEGO VINCENCIO DE VIDANIA. APUNTES PARA UNA BIOGRAFÍA INTELECTUAL. II. UN SINGULAR MANUSCRITO. UNA TARDÍA ATENCIÓN HISTORIOGRÁFICA. III. EL DERECHO NATURAL INNATO EN LAS MENTES DE LOS HOMBRES. IV. CONCLUSIÓN. V. PUBLICACIONES Y MANUSCRITOS DE DIEGO VIDANIA. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. DIEGO VINCENCIO DE VIDANIA. APUNTES PARA UNA BIOGRAFÍA INTELECTUAL

La docta y formidable figura del oscense Diego Vincencio de Vidania, rector de la Universidad Sertoriana, en la que ejerció como profesor de *Código*, de *Digesto viejo* y de *Sexto de Cánones*, abogado, notario, cronista extraordinario del Reino de Aragón, sacerdote, inquisidor fiscal del Santo Oficio, capellán mayor del Reino de Nápoles y prefecto de su Universidad durante casi cuarenta años, brilló especialmente con notable fuerza en la vida cultural y universitaria napolitana, territorio entonces perteneciente a la monarquía española. Su trayectoria vital, tan larga en el tiempo como rica en matices, se circunscribe, a mi juicio, dentro de dos etapas bien diferenciadas que, con una cierta vocación de generalidad, pueden denominarse la «aragonesa» y la «italiana»².

² Este primer epígrafe supone una revisión actualizada y resumida de las líneas maestras que marcan la biografía intelectual de Vidania ofrecidas en: VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, «Diego

Diego Vincencio nació en Huesca en el seno de una notable familia de ciudadanos oscenses³. Hijo del matrimonio formado por Diego Antonio Vidania e Inés Josefa de Broto y Santapau, fue bautizado el día 5 de octubre de 1644⁴. Al parecer fue hijo único, quedando a los tres años huérfano de padre, encargándose su madre tanto de su educación como de la administración de los bienes familiares. Estudió gramática y humanidades en el Colegio de los jesuitas de Huesca, institución que dejó grato recuerdo en el joven oscense, como prueba que años después, en una carta que envió al jesuita alemán Athanasius Kircher, Vidania mencionaría con orgullo ser «hijo de la Compañía, pues he sido colegial y debo a su enseñanza la humanidad y filosofía»⁵.

Pasó a la Universidad sertoriana, graduándose como bachiller en Leyes el 19 de abril de 1663, como licenciado y doctor en Leyes el 8 de diciembre de 1667 *nemine discrepante*, y como bachiller en Cánones el 15 de septiembre de 1668⁶. Fue repasante durante cinco cursos de los cuatro libros de *Instituta*, «con mucha asistencia, y concurso de oyentes»⁷. Regentó durante los meses de enero y febrero de 1667 la cátedra de *Código* tras ser nombrado directamente por el catedrático principal. Ganó en propiedad la cátedra de *Digesto Viejo* por votos de los estudiantes el 30 de abril de 1667. Fue proveído en la cátedra de *Sexto de Cánones*

Vidania y su defensa del aristotelismo escolástico y de la *auctoritates* tradicional frente a las nuevas corrientes empiristas y racionalistas. Un singular episodio de la *Querelle des Anciens et Modernes* en el Nápoles austriaco», en CUEVAS SUBÍAS, Pablo (coord.), *Universidad y poder. Circunstancias de la Universidad de Huesca*, Instituto de Estudios Humanísticos, Universidad de Lisboa y Universidad Autónoma de México, Alcañiz, Lisboa y México, 2023, pp. 269-309.

³ Véase: LAHOZ FINESTRES, José María, *Repertorio biográfico de profesores, graduados y estudiantes de la Universidad de Huesca*, Huesca, 2022, inédito. Agradezco a Chema Lahoz su generosidad al poner a mi disposición su interesante trabajo. Ver igualmente: LAHOZ FINESTRES, José María, «Voz: Vidania, Diego Vincencio de», *Diccionario Biográfico Español*, Real Academia de la Historia, Madrid. De libre acceso en: dbe.rah.es/biografias/28882/diego-vicencio-de-vidania-broto

⁴ Archivo Diocesano de Huesca, caja 134, libro 2.

⁵ VIDANIA, Diego Vincencio de, *Carta dirigida a Athanasius Kircher*, Zaragoza, 26 de julio de 1672. Archivo de la Pontificia Universidad Gregoriana de Roma (APUG) 565, f. 118r. Las 2143 cartas que constituyen la correspondencia recibida por Kircher se encuentran digitalizadas y de libre acceso en la red: <http://193.206.220.68/kircher>. Las cartas que Diego Vidania envió a Athanasius Kircher en: GARCÉS MANAU, Carlos, «Diez cartas de Vincencio Juan de Lastanosa y Diego Vincencio Vidania a Athanasius Kircher, conservadas en la Universidad Pontificia Gregoriana de Roma», *Argensola*, 115, 2005, pp. 187-199, la carta de 26 de julio de 1672 en pp. 197 y 198.

⁶ *Relación de méritos y servicios de Diego Vincencio de Vidania, Catedrático de Sexto de la Universidad de Huesca*. Fechado el 14 de enero de 1673. Impreso, 3 páginas, con la firma dando fe del notario y secretario de la Universidad de Huesca Vincencio de Santapau. Archivo General de Indias, Indiferente, 124, núm. 11, las referencias en p. 1. Tanto esta relación de méritos y servicios como la que se cita un par de notas más adelante las he publicado ya como anexos en: VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, «Diego Vidania y su defensa del aristotelismo escolástico y de la *auctoritates* tradicional frente a las nuevas corrientes empiristas y racionalistas», op. cit.

⁷ *Relación de méritos y servicios de Diego Vincencio Vidania, Catedrático de Sexto de la Universidad de Huesca*, op. cit., p. 1.

el 17 de septiembre de 1668⁸. Ejerció además el cargo de rector durante el curso 1667-1668.

Contrajo matrimonio con Teresa, hija del jurado zaragozano Pedro Martínez Insausti. En los primeros años de la década de 1670 fijó temporalmente su residencia en Zaragoza, trabajando como abogado en las Reales Audiencias y Corte del Reino de Aragón. Fue en este período zaragozano en el que Vidania inició su carrera como prolífico autor de obras de carácter jurídico, histórico y religioso⁹. Siguiendo la tradición familiar también trabajó como notario, presentándose al Colegio de Notarios de Huesca en 1675. Entre 1678 y 1684 consiguió el cargo tanto de secretario de la Universidad Sertoriana como del concejo de la ciudad de Huesca, puestos que solían ir unidos. El 10 de agosto de 1679 redactó su testamento, en el que todavía figuraba casado con Teresa, a la que dedica hermosas palabras: «se dignará su Divina Magestad volvamos a vivir en unión espiritual una eternidad»¹⁰, y en el que no aparece mención a descendencia alguna. Dicho testamento, que revela un profundo sentimiento religioso, prueba que Vidania era ya un erudito, y que gozaba de una apreciable biblioteca. Esta primera fase sufriría un hecho absolutamente determinante poco tiempo después, al producirse el fallecimiento de su esposa Teresa. El 16 de mayo de 1682 obtuvo el nombramiento *ad honorem* como Cronista Mayor del Reino de Aragón «sin perjuicio del Coronista ordinario»¹¹, que era Diego José Dormer, posiblemente con la finalidad de auxiliarle en sus trabajos¹². En dicho nombramiento se mencionaba a Vidania como «jurista, abogado en los Reales Consejos de este Reyno, Infanzón, Ciudadano y Secretario principal de la Ciudad de Huesca»¹³.

⁸ *Relación de Méritos y Servicios de Diego Vincencio de Vidania, doctor en Leyes, catedrático de Cánones de la Universidad de Huesca*. Manuscrita y fechada el 28 de mayo de 1673. Archivo General de Indias, Indiferente, 123, núm. 42.

⁹ Al final de este trabajo presento un listado con las publicaciones y manuscritos cuya autoría me consta que es de Vidania. Ver: LATASSA Y OTÍN, Félix, *Biblioteca nueva de los escritores aragoneses*, edición a cargo de LAMARCA LANGA, Genaro, Real y Excma. Sociedad Económica Aragonesa de Amigos del País e Ibercaja, Zaragoza, 2005, tomo IV, pp. 368-370. Edición original: Oficina de Joaquín de Domingo, Pamplona, 1800, IV, pp. 442-446; PALAU Y DULCET, Antonio, *Manual del librero hispanoamericano. Bibliografía general*, 28 vols., Palau, Barcelona, 1948-1977, segunda edición, las referencias a Vidania en vol. XXVI, p. 451; PALAU Y DULCET, Antonio, *Manual del librero hispanoamericano. Inventario bibliográfico*, 7 vols., Julio Ollero, Madrid, 1990, las referencias a Vidania en vol. VII, p. 177; Simón Díaz, José, *Impresos del siglo XVII*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), Madrid, 1972, pp. 386 y 387.

¹⁰ *Testamento de Diego Vincencio de Vidania*, Huesca, 10 de agosto de 1679. Archivo Histórico Provincial de Huesca, protocolo notarial número 1987.

¹¹ *Nombramiento de Cronista de Aragón a favor de Diego Vincencio Vidania*, Zaragoza, 16 de mayo de 1682. Real Academia de la Historia (RAH), Colección Luis Salazar de Castro, n.º 34102, H-25, f. 499. Agradezco el acceso a este documento a la Real Academia de la Historia, tanto a Ana de Quinto como a Asunción Miralles, bibliotecaria de la institución matritense.

¹² ORDOVÁS ESTEBAN, Javier, *Los cronistas aragoneses en la Edad Moderna. Apuntes Biobibliográficos*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2019, p. 179.

¹³ *Nombramiento de Cronista de Aragón a favor de Diego Vincencio Vidania*, op. cit., f. 499.

Diego Vincencio de Vidania abandonó Huesca en 1684, iniciando la que en mi opinión constituyó la segunda, y más intensa, etapa de su trayectoria vital. En esa fecha ya había fallecido su admirado amigo y maestro Vincencio Juan de Lastanosa, cuyo domicilio particular se llegó a convertir en uno de los principales focos culturales para la intelectualidad oscense de la época¹⁴. Se hizo sacerdote, y el 27 de julio de 1684 el Consejo de la Suprema y General Inquisición lo admitió como oficial y ministro, una vez que fueron verificadas las preceptivas pruebas genealógicas¹⁵. Residió en Madrid y Roma, En la capital italiana intervino, en enero de 1686, en el proceso romano abierto contra Miguel de Molinos y su *Guía Espiritual*, obra que ya había sido condenada por la Inquisición española. Para Tellechea Idígoras, su mentalidad culta y su alejamiento de los problemas vivos de la Mística hicieron de Vidania «un observador neutral, distante y no implicado en la contienda»¹⁶. Vidania concebía a Molinos como una persona «de mediano ingenio, y inferior aplicación, modesto y virtuoso»¹⁷, subrayando no obstante los efectos dañinos que una lectura poco preparada de su *Guía Espiritual* podía provocar entre lectores ingenuos, por lo que consideraba la previa condena de la *Guía* por el tribunal inquisitorial español como «una prevención prudente»¹⁸.

A continuación marchó a Palermo, donde ejerció como inquisidor fiscal entre 1685 y 1693. Allí mantuvo estrechas relaciones con el historiador y jurista aragonés Félix de Lucio Espinosa y Malo, secretario de Estado y Guerra en el Reino de Sicilia. Entre ambos existía ya una vieja amistad, lo que hizo que Vidania heredara sus escritos y su biblioteca cuando falleció en Palermo en 1691, y que procediera entonces a preparar la edición de alguna de sus obras, como bien relata en la «nota al lector» que abre la edición de los *Ocios morales* de Félix de Lucio¹⁹.

¹⁴ Sobre el particular: DEL ARCO Y GARAY, Ricardo, *La erudición aragonesa en el siglo XVII en torno a Lastanosa*, Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos, Madrid, 1934.

¹⁵ *Información genealógica de Diego Vincencio de Vidania, natural de Huesca, y pretendiente a oficial del Tribunal de la Inquisición de Zaragoza*, Archivo Histórico Nacional de Madrid, Inquisición, informaciones genealógicas, legajo 1220, expediente número 1.

¹⁶ TELLECHEA IDÍGORAS, José Ignacio, «Un juicio desconocido sobre Molinos. Carta del doctor Vidania a la Inquisición española (Roma, 26 de enero de 1686)», *Revista Española de Teología*, 38, 1978, pp. 367-377, la cita en pp. 368 y 369.

¹⁷ VIDANIA, Diego Vincencio de, *Carta del doctor Vidania a la Inquisición española*, Roma, 26 de enero de 1686, Archivo Histórico Nacional (AHN), Inquisición, Legajo 3011, sin foliar, encontrándose la cita en el párrafo segundo. Reproducida como apéndice en: TELLECHEA IDÍGORAS, José Ignacio, «Un juicio desconocido sobre Molinos...», op. cit., pp. 374-377, la cita en p. 374.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ VIDANIA, Diego Vincencio de, «Nota al lector», a la obra de DE LUCIO ESPINOSA Y MALO, Félix, *Ocios Morales: divididos en descripciones simbólicas y declamaciones heroicas*, Manuel Román, Zaragoza, 1693. Se trata de la segunda edición, primera española. Edición original: Juan Van Berg Flamengo, Mazzarino, 1691.

Vidania se estableció definitivamente en el Reino de Nápoles, al ser nombrado en 1693 capellán mayor («cappellano maggiore») y prefecto («prefetto») de su Universidad, a mi juicio por su buen entendimiento de las cosas eclesiásticas, por sus excelentes contactos en la Corte, por su absoluto dominio del idioma italiano y por su conocimiento del patronato real. Fue muy bien acogido por los círculos intelectuales napolitanos, ingresando en la llamada *Accademia degli Investiganti*, y relacionándose con el jurista Domenico Aulisio, con el matemático Agostino Ariani, con el médico Luca Antonio Porzio y con el gran jurista Giambattista Vico, quien en sus memorias define a Vidania como «hombre doctísimo en antigüedades romanas, especialmente en lo que a las leyes se refiere»²⁰.

Como nuevo «prefetto» de la Universidad de Nápoles, el aragonés presidió la mayor parte de las comisiones que juzgaban los accesos a sus cátedras²¹, resolviendo favorablemente en 1698 el acceso del propio Vico a la de Retórica. En 1699 participó en los planes de reforma académica presentados al virrey español, a partir del modelo universitario español²². Lo cierto es que Vidania jugó un importante rol en la cultura universitaria napolitana del primer tercio del setecientos²³, desempeñando un destacado papel en la vida política y social de la isla²⁴.

Volvió a Sicilia a comienzos de abril de 1699 como inquisidor visitador tras designación expresa del inquisidor general fray Joan Tomàs de Rocaberti²⁵, con objeto de intentar esclarecer una controvertida actuación llevada a cabo por los tres inquisidores de Palermo, Hualte, Castro y Espriella, quienes habían decretado el ajusticiamiento de varios líderes que habían dirigido la rebelión antiespañola de 1697. El aragonés «se presentaba como idóneo... era considerado un hombre muy culto y docto en leyes, contaba con una dilatada experiencia en el Santo Oficio»²⁶ y además era perfecto conocedor del funcionamiento del tribunal inquisitorial de Palermo. El oscense, que junto a su secretario Luis de Novella de Luna intentó ser recusado sin éxito por los inquisidores investigados,

²⁰ VICO, Giambattista, *Autobiografía*, traducción de Ana María Miniaty, Aguilar, Buenos Aires, 1970, p. 62.

²¹ VER: ASCIONE, Imma, *Seminarium doctrinarum. L'Università di Napoli nei documenti del'700. 1690-1743*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, 1997, pp. 89 y ss.

²² GARCÍA MARÍN, José María, *Monarquía católica en Italia. Burocracia imperial y privilegios constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 253.

²³ Sobre el particular: LUONGO, Dario, *Contegna, Vidania, Caravita, Giannone. All'Alba dell' Illuminismo. Cultura e pubblico studio nella Napoli Austriaca*, Alfredo Guida, Nápoles, 1997.

²⁴ GALASSO, Giuseppe, *Napoli Spagnola dopo Masaniello. Politica. Cultura. Società*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1972, p. 531.

²⁵ Archivo Histórico Nacional, Inquisición, legajo 2299, Madrid, 8 de enero de 1699; legajo 2298, Palermo, 23 de abril de 1699.

²⁶ TORRES ARCE, Marina, «La Inquisición y la última conjura antiespañola del siglo XVII en Sicilia», en MARTÍNEZ MILLÁN, José, y RIVERO RODRÍGUEZ, Manuel (coords.), *Centros de poder italianos en la Monarquía hispánica. Siglos XV-XVIII*, Ediciones Polifemo, Madrid, 2010, vol. II, pp. 837-892, la referencia en p. 877.

resolvió en su informe que los tres inquisidores se habían sobrepasado ampliamente en el ejercicio de sus funciones, al participar asistiendo a la corte secular en el aprisionamiento de reos laicos, habiendo incurrido por tanto en «irregularidad canónica». El 30 de enero de 1700 Vidania fue recompensado por su labor con el nombramiento de consejero de la Suprema Inquisición «ad honorem», con ejercicio pero sin gajes, por el Inquisidor General Baltasar de Mendoza y Sandoval. La Universidad de Huesca recibió comunicado al respecto el 24 de abril de dicho año²⁷.

Con el cambio dinástico la brillante carrera que estaba llevando a cabo Vidania se oscureció. Los equilibrios de poder cambiaron y, en mayo de 1702, el altoaragonés recibió la orden del nuevo monarca Felipe de dejar Palermo en el plazo de un mes y reincorporarse a su puesto de capellán mayor en Nápoles bajo pena de perder todos sus cargos²⁸. Inmerso ya en el triste período en el que se produjo la llamada Guerra de Sucesión española, formó parte del Consejo de Aragón austracista, explicitando así su postura favorable a la alternativa del archiduque don Carlos frente a la opción castellano francesa del de Anjou. La conquista por parte de las tropas austríacas de Nápoles, durante el verano de 1707, hizo que Vidania recuperara su papel preferente en la vida religiosa, cultural y política napolitana. Bajo su autoridad se llevó a cabo el acto de jura de fidelidad al rey Carlos por parte de las universidades de titularidad pública. A finales de dicho año 1707 marchó a Barcelona para solicitar ascensos y gracias, por los agravios sufridos durante el virreinato borbónico. En 1708 se le permitió ejercer desde la ciudad condal su capellanía napolitana²⁹, lo que en la isla causó un lógico malestar.

El rey Carlos le nombró miembro del Consejo de Aragón austracista³⁰ en la primavera de 1711³¹, hecho que provocó el enfado del virrey de Nápoles, el conde Borromeu, por las consecuencias que en la isla podían generar las ausencias del capellán mayor: la falta de control de los estudios jurídicos en la Universidad de Nápoles y la relajación de las conductas de los eclesiásticos. Vidania participó activamente en las reuniones del Consejo de Aragón durante los años 1712 y 1713³². En 1712 elaboró en la ciudad condal su original manifiesto sobre Derecho natural, que será preferente objeto de análisis en este mismo trabajo.

²⁷ Archivo Histórico Provincial de Huesca, Archivo de la Universidad Sertoriana, 20/17, 1700.

²⁸ Archivo Histórico Nacional, Estado, libro 365, 12 de mayo de 1702.

²⁹ *Despacho de Carlos III al conde Daun, virrey interino de Nápoles*, Barcelona, 26 de marzo de 1708.

³⁰ CASTELLVÍ OBANDO, Francisco de, *Narraciones históricas*, 4 vols., MUNDET I GIFRE, José María, ALSINA ROCA, José María (eds.), estudio preliminar de CANALS VIDAL, Francisco, Fundación Francisco Elías de Tejada y Erasmo Pèrcopo, Madrid, 1997-2002, la referencia en vol. II, 1998, p. 424.

³¹ VOLTES BOU, Pedro, *Barcelona durante el gobierno de Carlos de Austria*, Ayuntamiento de Barcelona y CSIC, Barcelona, 1963, vol. I, pp. 157 y 168.

³² LEÓN, Virginia, «El Consejo de Aragón Austracista, 1707-1713», en FERRERO MICÓ, Remedios, y GUÍA MARÍN, Luis (eds.), *Corts i Parlaments de la Corona D'Aragó, Valencia*, Universidad de Valencia, Valencia, 2008, pp. 239-261, la referencia en p. 247.

En abril de 1713 recibió la orden de volver definitivamente a Nápoles³³. Al año siguiente consiguió del ya emperador Carlos VI el pago de los atrasos generados en su plaza de capellán mayor, así como una pensión vitalicia que ascendía a 50 ducados al mes³⁴. En Nápoles desempeñó el oficio de capellán mayor y de prefecto de su Universidad hasta poco antes de su fallecimiento. Desde su atalaya como *Cappellano maggiore* y *Prefetto dei Regi Studi* se convirtió en un importante defensor del aristotelismo escolástico frente a las nuevas corrientes críticas que, procedentes del racionalismo, del cartesianismo, y de la revolución naturalista amenazaban con transformar la vieja Universidad tradicional y, en especial, sus métodos de enseñanza. En Nápoles jugó un papel esencial en la conocida como *Querelle des Anciens et Modernes*, que enfrentó a los defensores de una modernidad basada preferentemente en la experiencia frente a los partidarios de la *auctoritates* tradicional³⁵.

Como *Prefetto dei Regi Studi* tuvo que informar, a instancias del virrey Wirich Philipp von Daun, sobre un proyecto de reforma del *pubblico studio* presentado a comienzos de 1714 por el jurista Pietro Contegna en nombre de la ciudad de Nápoles. El informe negativo de Vidania, fechado el 28 de junio, mostraba un talante ciertamente tan conservador como poco innovador³⁶. El oscense se preocupó más por negar las acusaciones del mal funcionamiento de la institución universitaria napolitana que por valorar realmente las sugerencias de mejora propuestas. Sin embargo, se mostró conforme con un punto concreto de la solicitud de Contegna: la posibilidad de levantar una cátedra de Derecho natural y de gentes. Tras la réplica que Contegna ofreció al informe del aragonés, éste intervino por segunda vez con un nuevo escrito, redactado en similares términos que el anterior. Finalmente, el proyecto presentado por Contegna en nombre de la ciudad fue rechazado en su conjunto, por lo que los bancos de la Universidad de Nápoles continuaron ajenos a la enseñanza del Derecho natural. Años más tarde, en 1732, Pietro Giannone elaboraría un *Parere intorno alla riforma de 'Regi Studi di Napoli* en el que, con la aprobación del nuevo capellán mayor Celestino Galiani, se propuso el levantamiento de tres nuevas cátedras: Instituciones feudales, Derecho real, y Derecho natural y de gentes³⁷.

³³ Archivo General de Simancas (AGS), Gracia y Justicia, legajo 742, avisos, Nápoles, 24 de abril de 1713.

³⁴ Consulta del Supremo Consejo de España, Viena, 31 de agosto de 1714. Cit: QUIRÓS ROSADO, Roberto, «Patronato regio y clientismo cortesano. La provisión de dignidades y beneficios eclesiásticos en la Italia de Carlos III de Austria, 1706-1714», *Annali di Storia Moderna e Contemporanea*, Nueva Serie, núm. 3, 2015, pp. 33-66, la cita en p. 54, nota 60.

³⁵ Sobre el particular: VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, «Diego Vidania y su defensa del aristotelismo escolástico y de la *auctoritates* tradicional frente a las nuevas corrientes empiristas y racionalistas...», op. cit.

³⁶ Véase: LUONGO, Dario, *Contegna, Vidania, Caravita, Giannone...*, op. cit., pp. 79-99.

³⁷ El *Parere* de Pietro Giannone aparece recogido en: LUONGO, Dario, *Contegna, Vidania, Caravita, Giannone...*, op. cit., pp. 131-179.

Poco tiempo antes de morir, el altoaragonés renunció a su cargo como capellán mayor, y envió desde Nápoles, posiblemente como acto de penitencia, una hermosa custodia de plata con una representación de San Miguel para la iglesia oscense de San Lorenzo. La custodia permaneció en dicha iglesia hasta mediados del siglo XX, encontrándose hoy en paradero desconocido. Vidania falleció en Nápoles el 18 de agosto de 1732, custodiando sus restos mortales la Iglesia de Santa Anna de Palazzo. La ciudad de Huesca honra justamente su recuerdo, dedicando una calle a la memoria de uno de sus hijos más ilustres.

II. UN SINGULAR MANUSCRITO. UNA ATENCIÓN HISTORIOGRÁFICA TARDÍA

Fue precisamente durante una de sus estancias en Barcelona, entre el 6 de mayo y el 15 de julio de 1712, cuando Diego Vidania elaboró un meritorio y singular manuscrito titulado *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos*³⁸. Dicho manuscrito es un pesado volumen en cuarto, encuadernado en cartón rústico, y consta de 674 páginas. Con este trabajo Vidania participó en el proceso de recepción y réplica en España de las corrientes del iusnaturalismo racionalista europeo gestadas a lo largo del siglo XVII, en especial del *De iure belli ac pacis* de Hugo Grocio³⁹, y del *De principiis iuris naturalis enchiridion* de su hermano Guillermo Grocio⁴⁰.

El tratado de Vidania supone posiblemente el primer intento bien articulado, dentro de la cultura jurídica española, de proceder a una relectura, de vocación católica, de las citadas obras de los hermanos Grocio, confrontando sus ideas con algunas de las viejas doctrinas católicas hispanas. Hay que tener por otro lado bien en cuenta que tanto Vico como buena parte de los círculos culturales napolitanos con los que Vidania compartía su tiempo estaban muy influidos por las ideas de Hugo Grocio, lo que también tendría efectos indirectos en la enseñanza de la Ética (de la Filosofía Moral) en la Universidad de Nápoles en los años siguientes⁴¹. Ese carácter iniciático de Vidania ya fue apuntado a vuela pluma por Juan José Gil Cremades, para quien el oscense, al que adscribía dentro del grupo de los *novadores*, habría participado en el «proceso de trabajosa conciliación

³⁸ VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos. Escríbelo para su uso Diego Vincencio de Vidania*, manuscrito, Barcelona, 15 de julio de 1712. Sito, en buen estado de conservación, en la Real Academia de la Historia, Madrid, signatura 9/5581.

³⁹ GROCIO, Hugo, *De iure belli ac pacis*, Nicalaum Buon, París, 1625. Traducción al castellano: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

⁴⁰ GROCIO, Guillermo, *De principiis iuris naturalis enchiridion*, Danilem Geselle, La Haya, 1667.

⁴¹ Véase: WALDMANN, Felix, «Natural Law and the Chair of Ethics in the University of Naples, 1703-1769», *Modern Intellectual History*, 19, 2022, pp. 54-80, referencia a Vidania en p. 68.

entre el dogma católico y las nuevas ideas que, nacidas en ámbitos protestantes y perseguidas por sus teólogos, han de depurarse»⁴².

La historiografía jurídica española ha prestado una atención tardía a Vidania y a su singular tratado. El manuscrito tuvo que esperar casi trescientos años para ser desempolvado, y para que se iniciase el proceso de revalorización de su contenido. Fue Alfonso García Gallo quien, posiblemente informado por Víctor Tau Anzoátegui, alertó a Juan Vallet de Goytisolo de la existencia de un manuscrito olvidado sobre Derecho natural que se conservaba en la Real Academia de la Historia. A partir de tal noticia, fue el propio Vallet de Goytisolo quien dirigió un trabajo de doctorado sobre el particular en la Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, trabajo elaborado por Ignacio María Sanuy con el título de: *Notas sobre un manuscrito de Don Diego Vincencio de Vidania que se conserva en la Biblioteca de la Real Academia de la Historia*⁴³.

Al año siguiente, Vallet de Goytisolo aprovechó para presentar un breve trabajo en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas que, en buena medida, se apoyaba en la memoria de su discípulo: «Diego Vincencio de Vidania, un oscense grociano contemporáneo de Vico»⁴⁴. A partir de la adscripción grociana a Vidania, Vallet de Goytisolo insistía en la importancia del método jurídico empleado por el oscense para articular su tratado, una exégesis hispana del empleado por los hermanos Hugo y Guillermo Grocio. El oscense se ubicaría a su juicio en una interesante vía media, que denominó como «versión católica y española del método de Grocio»⁴⁵. Igualmente recalcabá el valor del escrito de Vidania para observar las formas en las que la cultura jurídica hispana reaccionó ante la llegada del iusracionalismo protestante europeo⁴⁶.

Un par de años después fue Víctor Tau Anzoátegui quien en los *Quaderni Fiorentini* ofreció una interesante visión de la obra y del personaje con el título de «Fragmento de una cultura jurídica desaparecida. Un manuscrito del español Vidania sobre Derecho Natural (1712)»⁴⁷. Para el jurista argentino, Vidania

⁴² GIL CREMADES, Juan José, *Derecho y burguesía. Historia de una cátedra zaragozana*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2002, p. 11.

⁴³ SANUY, Ignacio María, *Notas sobre un manuscrito de Don Diego Vincencio de Vidania que se conserva en la Biblioteca de la Real Academia de la Historia*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1991, inédito, 213 folios.

⁴⁴ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, «Diego Vincencio de Vidania, un oscense grociano contemporáneo de Vico», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 69, 1992, pp. 287-299.

⁴⁵ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, «Diego Vincencio de Vidania, un oscense grociano contemporáneo de Vico», op. cit., p. 288.

⁴⁶ Este mismo autor diez años más tarde se reafirmaría en sus interpretaciones: VALLET DE GOYTISOLO, Juan, «Panorámica introductoria al derecho natural», en AYUSO, Miguel (ed.), *El Derecho Natural hispánico*, Cajasur, Córdoba, 2001, pp. 27-45.

⁴⁷ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «Fragmento de una cultura jurídica desaparecida. Un manuscrito del español Vidania sobre Derecho Natural (1712)», *Quaderni Fiorentini*, XXIV, 1995, pp. 157-198.

acercó con su trabajo el Derecho natural racionalista de corte grociano al pensamiento iusfilosófico español, intentando adaptar sus presupuestos y conciliándolos con una tradición jurídica que no era tan lejana como a veces se ha querido presentar⁴⁸, poniendo en evidencia a todos aquellos que patrocinan un simple choque de culturas jurídicas entre el pensamiento español y el europeo a lo largo de todo el Setecientos. La obra del aragonés permitía observar, a su juicio, la recepción del iusnaturalismo racionalista en España desde otra óptica diferente, «como un proceso lento de conocimiento, selección y asimilación de autores y obras, que admite diversos grados y vías de penetración»⁴⁹.

Un tercer análisis destacable sobre el manuscrito elaborado por Diego Vidania fue publicado veinte años más tarde por José María Iñurrítegui Rodríguez, con el título de «Reescribiendo a Grocio. El Derecho natural innato de Diego Vincenzo Vidania»⁵⁰. Para este autor, la obra de Vidania constituía una temprana y original tentativa por parte de la cultura jurídica hispana de intentar bloquear el discurso iusracionalista protestante del siglo XVII, en especial las propuestas secularizadoras de Pufendorf, a partir de una reescritura del *De principiis iuris naturalis enchiridion* de Guillermo Grocio, para proceder a una lectura católica del *De iure belli ac pacis* de su hermano Hugo. El objeto del oscense al redactar su manuscrito era pues levantar un «elemento de contención frente a la irrupción de un novedoso entendimiento de la sociedad humana desvinculado de concepciones religiosas»⁵¹. La interpretación dispensada por José María Iñurrítegui a la obra de Vidania parecía moverse, por tanto, más en términos de réplica y reconstrucción que de mera asimilación y exégesis.

Mi personal interés por el estudio de la figura de Vidania se remonta al año 2009, en el que publiqué un trabajo de síntesis sobre la recepción y difusión del Derecho natural en el territorio aragonés, donde ya dedicaba al oscense unas pocas páginas⁵². Unos años más tarde procedí a ensayar algunas notas especialmente referidas a su obra iusfilosófica en un seminario que organizó Manuel Calvo en la Facultad de Derecho de Zaragoza⁵³. Muy recientemente, en un libro colectivo coordinado por Pablo Cuevas sobre la Historia de la Universidad de

⁴⁸ HINOJOSA, Eduardo, «Los precursores españoles de Grocio», *Anuario de Historia del Derecho Español*, VI, 1929, pp. 220-236.

⁴⁹ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «Fragmento de una cultura jurídica desaparecida...», op. cit., p. 196.

⁵⁰ IÑURRITEGUI RODRÍGUEZ, José María, «Reescribiendo a Grocio. El Derecho natural innato de Diego Vincenzo Vidania», *Hispania*, vol. LXXV, núm. 249, enero-abril 2015, pp. 95-122.

⁵¹ IÑURRITEGUI RODRÍGUEZ, José María, «Reescribiendo a Grocio...», op. cit., p. 95.

⁵² VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, «Iniciales vías de penetración del iusnaturalismo en Aragón», en ROMERO, Carmelo, y SABIO, Alberto (coords.) *Universo de micromundos*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2009, pp. 235-248, en especial pp. 237-239.

⁵³ VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, «Sobre la recepción del iusnaturalismo racionalista en España a comienzos del setecientos. Diego de Vidania y su Derecho natural innato», en CALVO, Manuel, ARLETTAZ, Fernando, y GRACIA, Jorge (eds.), *Derecho y Sociedad*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2014, pp. 256-268.

Huesca, he analizado la posición que en favor del pensamiento aristotélico y escolástico patrocinó Vidania, desde su aventajada posición como «prefetto» de la Universidad de Nápoles, frente a las nuevas corrientes racionalistas, cartesianas y empiristas⁵⁴.

III. EL DERECHO NATURAL INNATO EN LAS MENTES DE LOS HOMBRES Y SUS EFECTOS

Una vez situada la figura de Vidania, marcando algunos de los puntos esenciales que configuran su biografía intelectual, conviene dar un paso más y proceder a realizar, aunque sea de forma necesariamente sintética, una breve exégesis de su ya citado manuscrito sobre Derecho natural. Dicho manuscrito supone una singular aportación que se enmarca dentro de un doble contexto. En primer lugar, el del complicado ambiente político que se respiraba en España en los primeros quince años del siglo XVIII, especialmente en los territorios de la ya extinta Corona de Aragón, que como resultado de la *Guerra de Sucesión* sufrieron un enorme cambio en sus tradiciones, instituciones y estructuras jurídicas y políticas. Dichos cambios fueron articulados por la irracional fuerza de las armas a través de la imposición de los mal llamados *Decretos de Nueva Planta*, represalias de conquista que pretendieron fundamentarse en un doble sentido: tanto en una presunta *absoluta potestas* del nuevo rey, que resultaba completamente contraria a la histórica tradición pactista de los territorios aragoneses, como en un equívoco derecho de conquista basado en una rebelión generalizada que nunca fue tal⁵⁵. Si en 1710 fue Diego Franco de Villalba quien redactó en Zaragoza su imprescindible *Crisis legal*, manifiesto con el que pudo influir lo suficiente en el cambiante ánimo de Felipe V para lograr el indulto de buena parte del Derecho privado aragonés⁵⁶, dos años más tarde sería otro aragonés, Diego Vincencio de Vidania, miembro del Consejo de Aragón Austracista, quien escribiría en Barcelona su tratado entre los meses de mayo y julio de 1712, cuando la contienda se focalizaba ya en Cataluña, todavía en pleno proceso de lucha armada por el pleito dinástico, tras la ocupación en el verano de 1707 de Zaragoza y de Valencia por las tropas franco-castellanas.

⁵⁴ VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, «Diego Vidania y su defensa del aristotelismo escolástico y de la *auctoritates* tradicional frente a las nuevas corrientes empiristas y racionalistas. Un singular episodio de la *Querelle des Anciens et Modernes* en el Nápoles austriaco», op. cit.

⁵⁵ Sobre el particular: VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, «Fundamentación jurídica de los decretos de conquista de 1707. La reacción de los juristas aragoneses: Diego Franco de Villalba y su *Crisis legal*», *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LXXXVI, 2016, pp. 351-383.

⁵⁶ FRANCO DE VILLALBA, Diego, *Crisis legal*, Zaragoza, 16 de febrero de 1710. Existe reedición facsímil de VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016.

Pero si el texto de Franco de Villalba venía legitimado por un contexto de profunda «crisis legal»⁵⁷, el de Vidania se fundamentaba a su vez en una no menos intensa «crisis cultural». En efecto, también resultaba ciertamente problemático, en segundo lugar, el clima que se respiraba en España desde una perspectiva eminentemente teológica, en el que las densas preocupaciones de índole religiosa, procedentes principalmente de la Filosofía y de la Teología escolásticas⁵⁸, marcaron indefectiblemente todo el ya de por sí complejo proceso de asimilación de autores e ideas⁵⁹. El manuscrito *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos* recoge en parte esa tensión entre algunas de las nuevas ideas protestantes centroeuropeas, en este caso las postuladas por los hermanos Hugo y Guillermo Grocio, y las viejas tesis de la escolástica católica sólidamente asentadas sobre suelo hispano, ideas celosamente custodiadas bajo la atenta mirada de la Inquisición. Un manuscrito sin duda permeable tanto a la influencia de los círculos académicos y eruditos aragoneses, pues fue en Huesca donde Vidania estudió Jurisprudencia y Cánones, donde se graduó y donde en realidad forjó su personalidad intelectual, como al influjo de los círculos ilustrados napolitanos, vista la fecha de redacción del tratado. En cierto modo, y tensando hasta el límite la interpretación, se trataba también de una lucha, de carácter doctrinal y en forma dialéctica. De un enfrentamiento que se emprendía no contra el Derecho positivo impuesto por las armas castellano-francesas, sino contra el nuevo Derecho natural protestante, cuyas propuestas secularizadoras, basadas en despojar a la ley natural de su dimensión metafísica, amenazaban con destruir los principios teológicos que cimentaban la monarquía católica española.

Pasando ya al comentario del manuscrito, lo primero que llama la atención es que un oficial importante de la Inquisición elabore un tratado que se encuentra plagado de autores protestantes recogidos en el índice prohibido. Ya en la página inicial que abre el texto, dedicada a los posibles lectores, el altoaragonés realiza un curioso regate con el objeto de intentar librarse de una hipotética censura de la Inquisición, distinguiendo el dogma religioso del ingenio intelectual de los autores a los que recurre a lo largo de su trabajo: «los escritores acatólicos que cito se entenderán con reprobación de sus sectas, por la Luz que dio su ingenio, en lo que no es dogmático. El mío cree y confiesa lo que manda la Iglesia Católica Romana»⁶⁰.

⁵⁷ Véase: VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, *Del orgulloso forismo al foralismo tolerado. Atmósfera política, fundamentación jurídica y contenido normativo de la Nueva Planta. La reacción de la historiografía jurídica aragonesa*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2014.

⁵⁸ Con carácter general: PUY MUÑOZ, Francisco, *Las ideas jurídicas en la España del siglo XVIII (1700-1760)*, Universidad de Granada, Granada, 1962.

⁵⁹ Ver en clave sintética: CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Historia breve del Derecho Natural*, COLEX, La Coruña, 2000.

⁶⁰ VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos...*, op. cit., f. 1.

Vidania introduce algunas de las principales fuentes del racionalismo europeo del siglo XVII, especialmente a Hugo Grocio, a cuyo *De iure belli ac pacis* parece acudir sin demasiados recelos en búsqueda de autoridad, afirmando tratarse del «libro político» que debe servir de horizonte y guía para intentar resolver las «controversias del derecho público»⁶¹. Pese a que el papel jugado por la obra del mayor de los Grocio en la transformación de la nueva concepción del Derecho natural era inmenso⁶², no deja de resultar sorprendente su utilización preferente por parte de Vidania, más aún si se tiene en consideración que precisamente esa obra había sido prohibida por la propia Inquisición, de la que el altoaragonés formaba parte, en la temprana fecha de 1637, apenas una docena de años después de su efectiva publicación. Resulta ciertamente curioso que un reputado ministro de la Inquisición utilizará como fuente preeminente a la hora de elaborar su trabajo a un autor que su propia institución había condenado de forma tajante. Víctor Tau ha insistido en este interesante punto, afirmando que «la sorpresa mayor que nos ofrece El Derecho Natural de Vidania es, a mi juicio, en punto a la Inquisición... quién hubiese imaginado a un alto ministro del Santo Oficio extrayendo doctrina e invocando «libros prohibidos» en la elaboración de su propia obra»⁶³.

Igualmente sorprende que el manuscrito de Vidania aparece redactado en un rico castellano, apartándose así de la práctica general de los estudios realizados en Europa en esa época relacionados con el Derecho natural, elaborados habitualmente en latín huyendo de sus respectivas lenguas vernáculas para favorecer el tránsito de ideas entre los juristas, filósofos y teólogos europeos. Una posible explicación podría girar en torno a que, al tratarse de un trabajo para uso personal, según manifestaciones al respecto del propio autor, el altoaragonés simplemente escribió en la lengua en la que redactaba más rápido y con la que se encontraba más a gusto: en castellano. Sin embargo esta opción no me resulta satisfactoria, pues aunque en la portada del tratado aparece la frase «escríbelo para su uso», parece obvio que esa no era la inicial intención del oscense, pues en la página siguiente hay una advertencia «al lector», y a lo largo del texto no resulta infrecuente la remisión a dichos lectores a otras fuentes que se sugieren para profundizar en las materias. Tal vez el miedo de someter su obra a la censura de sus propios compañeros inquisidores acabó decantando la opción de la no publicación de un tratado que se había concebido en castellano para facilitar su acceso a los sectores más amplios posibles de lectores españoles.

En cuanto a la verdadera finalidad intelectual con la que el oscense redacta la obra, la cuestión permite diversas interpretaciones con importantes matices.

⁶¹ VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos...*, op. cit., ff. 264 y 265.

⁶² Sobre el particular: HOCHSTRASSER, T. J., *Natural Law Theories in the Early Enlightenment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

⁶³ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «Fragmento de una cultura jurídica desaparecida. Un manuscrito del español Vidania sobre Derecho Natural (1712)», op. cit., p. 198.

Para Víctor Tau constituye un temprano episodio de recepción y asimilación del iusnaturalismo racionalista en España. A mi juicio Vidania va más lejos, al reinterpretar las nuevas ideas del iusnaturalismo protestante de base grociana, adaptándolas al pensamiento tradicional católico español bajo el correspondiente filtro de su propia formación filosófica, jurídica y religiosa. Iñurrítegui va aún más allá, al entender el tratado de Vidania como un intento de obstaculizar el discurso iusracionalista protestante, en especial su desvinculación de concepciones religiosas, a partir de una reelaboración de la obra de Grocio.

El tono discursivo gira en cierta medida alrededor de la idea de presentar una síntesis del concepto del Derecho natural y de los principios constitutivos del mismo. Por las páginas del tratado desfila un amplio elenco de autores españoles y europeos de muy diverso alcance y significación, como Aristóteles, Séneca, Ulpiano, Festo, San Pablo de Tarso, San Agustín de Hipona, San Isidoro, Santo Tomás de Aquino, Francisco Suárez, Domingo Soto, Luis de Molina, Fernando Vázquez de Menchaca, Leonard Lessius, Johann Jakob Müller, Johann Heinrich Böeckler, Johann Christoph Beckmann, Guillermo Grocio, Jean Bodino, Thomas Hobbes o Samuel Pufendorf. En contraste con la posición favorable adoptada hacia Hugo Grocio, Vidania suele rechazar las tesis de esos dos últimos autores, en particular las de Pufendorf, a quien por su falta de pragmatismo considera paradigma de la abstracción racionalista. El constante repudio a las tesis de ambos autores evidencia la falta de sintonía del aragonés con los deseos de secularización del poder que patrocinaba ese nuevo iusnaturalismo racionalista de cuño protestante.

En lo que hace referencia a su estructura y método, el manuscrito se divide en veinte capítulos bien diferenciados. Iñurrítegui ha observado con acierto que la planta sobre la que Vidania construye su obra está tomada del *De principiis* de Guillermo Grocio⁶⁴. Su objeto de estudio es «El Derecho o Jurisprudencia Natural, separada de lo que llamaríamos Derecho de las Gentes, y de la formada de ambos, se intitula Derecho Civil». Especial interés reviste el hecho de que Vidania estudie el Derecho natural separado del llamado Derecho de gentes, con el que tradicionalmente se había presentado unido. Dicha separación no es en absoluto asunto menor, ya que para el oscense «a este Natural Derecho deben todas las Leyes su fundamento; y él a Dios, que lo inscribió en la mente del universal padre de la naturaleza humana, Adán, cuando con su divina inspiración dio vida y racionalidad en sus manos, al frágil barro del paraíso de Edén, y le hizo hombre a su imagen y semejanza»⁶⁵. El método que sigue Vidania para acometer el estudio del Derecho natural parece recorrer una senda similar a la llevada a

⁶⁴ IÑURRITEGUI RODRÍGUEZ, José María, «Reescribiendo a Grocio...», op. cit., p. 98.

⁶⁵ VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos...*, op. cit., f. 1.

cabo por Hugo Grocio⁶⁶. El propio Vidania al tratar sobre el particular recalca que «el Methodo, que observaremos, esto es la delineación del hábito cognoscitivo de las cosas, que se han de tratar, y la razón y causa, ni será Synthetico ni Analytico, que son las dos más celebradas maneras que con reñidas disputas nos enseñan clarísimos escritores»⁶⁷. Sobre estas consideraciones que realiza Vidania sobre su propio método para acceder al Derecho natural se muestra disconforme Juan Vallet de Goytisolo en su ya comentado análisis⁶⁸.

Desde mi punto de vista son los siete primeros capítulos de la obra los que resultan de un valor mayor. En los cinco primeros Vidania se afana por intentar extraer una visión general del Derecho natural, profusa tarea a la que dedica alrededor de 150 folios. En el capítulo inicial que abre su tratado, destacan los esfuerzos que realiza el oscense para intentar ofrecer una delimitación lo más clara posible entre el Derecho natural y la ley positiva, incluyendo dentro de esta última las leyes aparecidas en las tablas del Decálogo, asegurando que «ni la escrita ni la de gracia, derogaron en cosa alguna la natural, inmutable pauta de todas, como primero derecho divino, estampado en las humanas mentes para inviolable regla de su culto; y conservación racional del género humano»⁶⁹. Para Vidania, al Derecho natural deben todas las leyes su fundamento. También pueden subrayarse las diferencias que a su juicio existen entre el Derecho natural y la Filosofía moral: «confunden algunos este Derecho natural con la filosofía moral; y aunque no negamos ser parte de ella; no asentimos a la identidad. Es el Derecho natural la regla; la ética por su instituto trata de lo intrínseco de la acción moral, y es lo regulado. Y así podremos considerar ese Derecho natural: Una parte de la filosofía moral, que de principios prácticos, conocidos con la luz de la razón, se dará a entender, o confirmar al hombre, las cosas, que son naturalmente justas, y debe universalmente obrar para con Dios, para con sí mismo y para los otros hombres»⁷⁰.

Al capítulo introductorio le suceden dos epígrafes muy significativos y reveladores «Derecho, Naturaleza y Derecho natural; ¿qué cosa sean?», y «Varias acepciones y divisiones del Derecho natural». Ambos epígrafes son excelentes botones de muestra que dejan bien patente que el tratado de Vidania es mucho más que una mera traducción de la obra de Guillermo Grocio. El aragonés va intercalando

⁶⁶ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «Fragmento de una cultura jurídica desaparecida. Un manuscrito del español Vidania sobre Derecho Natural (1712)», op. cit., pp. 184-189, en especial p. 186.

⁶⁷ VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos...*, op. cit., ff. 9 y 10.

⁶⁸ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, «Diego Vincencio de Vidania, un oscense grociano contemporáneo de Vico», op. cit., p. 294.

⁶⁹ VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos...*, op. cit., f. 3.

⁷⁰ VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos...*, op. cit., f. 5.

junto a las citas originales del holandés su propio aparato doctrinal de autoridades, en especial los españoles Francisco Suárez, Luis de Molina y Domingo Soto. También incorpora gran cantidad de comentarios y observaciones de carácter personal, reelaborando completamente el trabajo del menor de los Grocio, cuya verdadera finalidad parece ser la de servirle de guía.

A la hora de presentar el concepto de Derecho natural, el aragonés se apoyará en una triple autoridad protestante: Hugo Grocio, Johann Jakob Müller y Guillermo Grocio. Según Vidania estos tres autores «dicen con poca diferencia, una misma cosa»⁷¹. La traducción que ofrece Vidania de las ideas de estos dos últimos autores resulta convincente. Si para Guillermo Grocio «Ley Natural es la que Dios, como autor de la Naturaleza, fijó en los corazones de todos los mortales para discernir lo honesto de lo torpe, mandando aquello y prohibiendo esto», para Müller «es lo que dicta la recta razón, prácticamente en materia universal, de aquello que es intrínsecamente moral». Más abigarrada resulta en este caso la traducción que emplea para acercarse a Hugo Grocio, para quien el Derecho natural «es lo dictado por la recta razón, que por la conveniencia o inconveniencia con la misma naturaleza racional indica en algún acto moral, manifiesta resultar de torpeza moral, o moral necesidad; y por consecuencia que Dios, autor de la naturaleza, manda o prohíbe aquel acto»⁷². No obstante, Vidania cita igualmente a otros importantes autores como al teólogo y ético evangélico luterano alemán Balthasar Meisner, autor de una valiosa *Dissertatio de Legibus*, publicada en 1516, o al teólogo y filósofo medieval nominalista francés Juan Gerson, cuyo *Tractatus de Vita Spirituale*, publicado en 1402, es hoy reconocido como uno de los primeros intentos de llevar a cabo una teoría sobre los derechos naturales. De especial significación son las referencias al teólogo y orador italiano San Ambrosio, a San Pablo de Tarso y a Francisco Suárez. De este último extracta de su *De legibus* que «La Ley Natural no solamente es indicativa de lo bueno y de lo malo, sino también contiene prohibición de lo malo y precepto de lo bueno»⁷³.

A partir de las tesis de todos estos autores, el altoaragonés concreta su personal visión del Derecho natural, subrayando con énfasis «que esta ley estaba fijada en nuestros corazones, esto es decir el modo como se promulgó esta ley; esto es, la impresión o inscripción de ella en el alma del hombre, hecha por el mismo Dios en la mente de la criatura racional»⁷⁴. No cabe duda pues de que, en opinión de Vidania, la ley natural se encuentra inscrita en las mentes de todos los

⁷¹ VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos...*, op. cit., f. 36.

⁷² VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos...*, op. cit., ff. 35 y 36.

⁷³ VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos...*, op. cit., f. 45.

⁷⁴ VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos...*, op. cit., f. 40.

seres humanos. Y siguiendo al menor de los Grocio, fue Dios quien «la gravó en los corazones de todos los mortales. No fue con clarines la publicación de esta ley, como se hace con las leyes civiles, ni con armoniosos cantos de ángeles, como la divina, ni escrita en piedras ni tablas, sino dentro de nuestros corazones»⁷⁵. En la construcción levantada por el aragonés a Dios se le atribuye pues el papel de «causa eficiente del Derecho natural», asegurando «ser Dios, autor de la naturaleza, el que prescribió esta ley, o Derecho, a todo el género humano»⁷⁶. Vallet de Goytisolo recalca con fuerza que la concepción del Derecho natural ofrecida por Vidania se encuentra así en la línea de Francisco Suárez y de los hermanos Grocio, alejándose de forma significativa de la patrocinada por Santo Tomás de Aquino. Un Derecho natural que, en opinión del altoaragonés, tiene por objeto «todo lo justo natural» que puede conocerse a partir de aquellos principios prácticos de la luz o razón natural. Un Derecho natural que tiene por fundamento «una ley de sociabilidad», que concede a las personas la facultad de conservarla de forma pacífica.

Los dos capítulos siguientes llevan por título «Causas del Derecho natural y cosas que le son propias» y «De los efectos del Derecho natural». De especial interés resulta a mi juicio este último epígrafe, en el que el aragonés, tras enumerar las consecuencias señaladas por Guillermo Grocio, concluye afirmando que «es el único efecto del Derecho natural; la obligación natural», la cual define como «una necesidad de obrar en el género de las costumbres resultante de la naturaleza de la cosa o del objeto»⁷⁷. Siguiendo a Johann Jakob Müller, el oscense subraya que la iluminación del entendimiento humano no puede considerarse consecuencia, sino regla del Derecho natural. Sobre los efectos puramente jurídicos, Vidania se interroga sobre si la ley natural tiene el efecto de hacer nulos determinados actos. También sobre si puede posibilitar acciones de petición para que las personas puedan solicitar lo que es suyo en justicia⁷⁸. En este punto concreto, asegura que no existen acciones ni fórmulas de la manera en que se consideran en el Derecho civil, pero que existen dos modos de recuperar lo que es suyo: la aprehensión y la retención.

Una vez articulada su idea general, el altoaragonés prosigue con dos capítulos de incuestionable importancia, en los que a lo largo de casi un centenar de hojas se preocupa «Del Derecho natural acerca de las cosas divinas»; y «Del Derecho natural de las cosas públicas». En el primero de ellos denuncia la «errada opinión

⁷⁵ VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos...*, op. cit., f. 101.

⁷⁶ VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos...*, op. cit., f. 101.

⁷⁷ VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos...*, op. cit., ff. 141 y ss.

⁷⁸ VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos...*, op. cit., ff. 166 y ss.

de Hugo Grocio»⁷⁹ en relación a las cosas divinas, en especial a la idea del holandés de que las leyes naturales mantendrían su vigencia aunque se tuviera que admitir que *Deus non daretur* (Dios no existiera, no fuera dado). En el segundo lleva a cabo, desde una posición profundamente conservadora, una construcción personal de las tesis de Hugo Grocio en la que rebate un hipotético derecho de resistencia de los súbditos contra su príncipe, tanto en los casos en los que este «los hubiera hecho vasallos con la fuerza, las armas o con el engaño, como en el caso que al principio hubiesen ellos consentido voluntariamente en que los dominase»⁸⁰. Así, la posición notablemente reaccionaria del altoaragonés en este punto podría haber sido defendida por cualquiera de los partidarios del absolutismo político: «no es lícito al pueblo variar sobre la potestad suma, que una vez transfirieron en el príncipe: y mucho menos oponerse, y resistir sus preceptos, ni examinar la justicia o injusticia de ellos»⁸¹. Estos pasajes suponen una explícita crítica a las ideas contrarias que sobre el particular defendía Fernando Vázquez de Menchaca. La explicación que ofrece el oscense para semejante argumentación no resulta en absoluto concluyente: «aquel derecho natural de poder resistir lo ha prohibido la causa urgentísima de la paz y tranquilidad pública, porque de otra manera no pudiera conseguirse, y todas las repúblicas serían un perpetuo y continuo desorden»⁸². Las únicas excepciones que acepta Vidania para romper esta regla general «del supremo y natural dominio superior» del soberano o soberanos que gobiernan las repúblicas⁸³, son cuando los actos del príncipe atentaran contra la Religión o cuando lo hicieran contra las «vidas de sus súbditos».

Cuestión diferente a juicio del oscense es sin embargo la de la facultad inicial de la que gozan los pueblos de elegir la forma de gobierno que consideren más conveniente. Influido por la obra de Hugo Grocio, Vidania subraya que «es de Derecho natural, el haber gobierno político; pero por aquel no se establece la forma, que ha de tener este. Quiere que haya quien procure, y vele por el bien común: no determina si ha de ser uno, como cabeza; si pocos juntos que la formen políticamente, para mandar a todos los demás: si ha de ser el de uno, hereditario o electivo: ni si el de muchos... todo esto toca al pueblo, o provincia, que según juzga serle conveniente, lo dispone»⁸⁴. Los pueblos tienen pues la potestad

⁷⁹ VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos...*, op. cit., ff. 181 y 182.

⁸⁰ VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos...*, op. cit., f. 248.

⁸¹ VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos...*, op. cit., f. 250.

⁸² VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos...*, op. cit., f. 251.

⁸³ VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos...*, op. cit., f. 258.

⁸⁴ VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos...*, op. cit., ff. 233 y 234.

originaria de elegir a sus gobiernos, pero siempre que se trate de pueblos libres, de aquellos que no se encuentren sometidos a una previa sujeción marcada, por ejemplo, por una derrota en batalla o por haber cedido ya sus derechos a un gobernante, cesión que Vidania entiende como irrevocable.

A mi juicio debe resaltarse, y puede llegar incluso a desconcertar, que en todas estas cuestiones de carácter político, en las que está en juego el concepto y los límites de la soberanía, Diego Vidania parece mostrarse completamente ajeno a la trascendental lucha que, en su triple dimensión jurídica, política y militar, a él mismo le había llevado desde Nápoles hasta Barcelona para ocupar un asiento dentro del Consejo austracista. La opción tomada por el aragonés a la hora de tratar todas esas importantes cuestiones no deja de sorprender todavía más si se observa su activa implicación personal en el conflicto dinástico en favor de la posición del archiduque. Pero el oscense parece exclusivamente centrado en replicar los ataques que desde el iusracionalismo protestante europeo se habían lanzado contra algunos de los principios fundamentales de la Teología escolástica que servían de fundamento a la monarquía católica española⁸⁵. Preocupaba especialmente la defensa de una ley natural despojada de todo carácter religioso y metafísico, de un nuevo Derecho natural que se sostuviera exclusivamente sobre la razón del hombre.

Desde el capítulo décimo hasta el fin de su tratado el aragonés se esfuerza en aplicar los principios obtenidos a partir del Derecho natural sobre algunas figuras e instituciones jurídicas. Así desfilan por sus páginas consideraciones, de extensión variable y no siempre proporcionada, sobre el matrimonio, el divorcio, el repudio o la poligamia, sobre el homicidio, el adulterio, el incesto, el hurto o la injuria, sobre los contratos (primero en general y más adelante centrándose en algunos de especial importancia como la prenda o el depósito) y sobre las obligaciones (materia a la que dedica más de un centenar de hojas). Para el estudio y agrupación de todas estas materias el aragonés se basará en los criterios adoptados por el propio emperador Justiniano en sus *Instituciones*, en las que situó como preceptos esenciales del Derecho «vivir honestamente»; «no dañar a otro»; y «dar a cada uno lo que es suyo». Y, por último, en lo que hace referencia a la finalidad principal que debe perseguir el Derecho natural, Vidania la encuentra en «el público, y común bien de todas las gentes»⁸⁶, debiendo ocuparse preferentemente de «los bienes y los males: esto es las cosas honestas, y las torpes: apeteciendo aquellas, y huyendo de estas segundas»⁸⁷.

⁸⁵ En este mismo sentido: IÑURRITIGUI RODRÍGUEZ, José María, «Reescribiendo a Grocio...», op. cit., p. 108.

⁸⁶ VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos...*, op. cit., f. 120.

⁸⁷ VIDANIA, Diego Vincencio de, *El Derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos...*, op. cit., f. 102.

IV. CONCLUSIÓN

No resulta en absoluto descabellado atribuir al manuscrito redactado por Diego Vincencio de Vidania una notable originalidad, pues es sin duda uno de los primeros tratados, si no el primero, que se compone en lengua castellana dedicado por completo al Derecho natural. Víctor Tau afirma en este sentido que el trabajo de Vidania «está marcando entonces el carácter de nueva disciplina dentro de la esfera jurídica, donde reinaban los derechos civil y canónico»⁸⁸. Su obra ciertamente supone una de las primeras recepciones, y réplicas, del iusnaturalismo racionalista de los hermanos Grocio en el mundo hispano. Dicho proceso se llevó a cabo a principios del siglo XVIII en un ambiente poco idóneo, marcado en lo político por el desarrollo y los resultados de la Guerra de Sucesión, y en lo ideológico por una densa preocupación religiosa, centrada en los efectos que las ideas secularizadoras del iusracionalismo protestante pudieran causar sobre la propia cultura teológica escolástica, poniendo en discusión algunos de los principios fundamentales sobre los que se asentaba la monarquía católica española.

Diego de Vidania acercó con su trabajo el Derecho natural racionalista postulado por los hermanos Hugo y Guillermo Grocio al pensamiento iusfilosófico español, intentando adaptar algunos de sus presupuestos, y en especial su método, a la tradición jurídica católica española. Es por ello por lo que Juan Vallet de Goytisolo ha insistido en calificar la obra del oscense como la «versión católica y española del método de Grocio»⁸⁹. Para José María Iñurritegui, la labor emprendida por Vidania tuvo sin embargo un objetivo de alcance mayor: «levantar unos diques de contención teórica frente a la propuesta secularizadora de Samuel Pufendorf»⁹⁰, sirviéndose en buena medida para ello de algunos de los presupuestos que el propio Hugo Grocio había patrocinado, y que eran susceptibles de una relectura de carácter católico.

A mi juicio, el tratado de Vidania rompe con la imagen de una España intelectualmente angosta y aislada de las letras europeas. Su profundo, y directo, conocimiento de los autores y de los trabajos publicados durante el siglo XVII sobre *ius naturale* no puede salvarse simplemente en términos de singularidad. La obra del aragonés aparece levantada en su armazón inicial sobre la base del *De principiis iuris naturalis enchiridion* de Guillermo Grocio, pero es mucho más que una mera traducción del tratado del holandés, diluyendo en parte sus postulados al introducir importantes referencias tanto al pensamiento católico español anterior de autores como Francisco Suárez o Fernando Vázquez de Menchaca, como incluso

⁸⁸ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «Fragmento de una cultura jurídica desaparecida. Un manuscrito del español Vidania sobre Derecho Natural (1712)», op. cit., pp. 179 y 180.

⁸⁹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, «Diego Vincencio de Vidania, un oscense grociano contemporáneo de Vico», op. cit., p. 288.

⁹⁰ IÑURRITEGUI RODRÍGUEZ, José María, «Reescribiendo a Grocio...», op. cit., p. 103.

al de algunos autores luteranos como Johan Jakob Muller. No obstante, parece compartir con Grocio algunos puntos de particular significación, especialmente su deseo de no despojar a la ley natural de toda su tradicional dimensión metafísica y religiosa, manteniendo viva la creencia en Dios como fuente última de la ley natural. De un Derecho natural que, por obra de Dios, y parafraseando al propio Vidania, se encontraba «innato en las mentes de los hombres».

V. PUBLICACIONES, MANUSCRITOS Y CARTAS DE DIEGO VIDANIA

- VIDANIA, Diego Vincencio de, *Carta dirigida a Athanasius Kircher*, Huesca, 4 de septiembre de 1668. Archivo de la Pontificia Universidad Gregoriana de Roma (APUG) 564, f. 132r.
- , *Disertación histórica de la patria del invencible mártir San Laurencio. Respondiendo al doctor Juan Bautista Ballester. Que dedica a la vencedora ciudad de Huesca...*, Juan de Ybar, Zaragoza, 1672.
- , *Carta dirigida a Athanasius Kircher*, Zaragoza, 26 de julio de 1672. Archivo de la Pontificia Universidad Gregoriana de Roma (APUG) 565, f. 118r.
- , *Carta dirigida a Athanasius Kircher*, Zaragoza, 10 de agosto de 1672, Archivo de la Pontificia Universidad Gregoriana de Roma (APUG) 565, f. 052r.
- , *Relación de Méritos y servicios de Diego Vincencio Vidania, catedrático de Sexto de la Universidad de Huesca*. Manuscrita y fechada el 1 de diciembre de 1672. Archivo General de Indias, Indiferente, 124, núm. 150.
- , *Relación de méritos y servicios de Diego Vincencio de Vidania, Catedrático de Sexto de la Universidad de Huesca*. Fechado el 14 de enero de 1673. Impreso, 3 páginas. Archivo General de Indias, Indiferente, 124, núm. 11.
- , *Oración panegírica, por la admisión de Jaime Félix Mezquita, en el muy ilustre Colegio de Notarios del número de la Imperial Ciudad de Zaragoza*, Juan de Ybar, Zaragoza, 1673.
- , *Relación de Méritos y Servicios de Diego Vincencio de Vidania, doctor en Leyes, catedrático de Cánones de la Universidad de Huesca*. Manuscrita y fechada el 28 de mayo de 1673. Archivo General de Indias, Indiferente, 123, núm. 42.
- , *In processu iurisfirmæ doctoris Matthiae de Llera*, Zaragoza, 1673.
- , *In processu Iosephi Castillo mercatoris Caesaraugustae domiciliati super gravaminibus. Scholia et motiva*, Zaragoza, c. 1674.
- , y PIEDRAFITA Y ALBÍ, Juan Antonio, *In provisione iurisfirmæ Iuratorum, et Concilii loci de Paniza*, Zaragoza, c. 1675.
- , «El Dotor [sic] Diego Vincencio de Vidania, Ciudadano de Huesca, y antes Retor [sic] Cathedratico de Digesto Viejo, de Sexto, y de Código en su Vniversidad. Al mérito y memoria del avtor, ofrece estos elogios», en LASTANOSA, Vicencio Juan de, *Tratado de la moneda iaquesa y de otras de oro y plata del Reyno de Aragón* (s. n.), Zaragoza, 1681.

- , *Carta dirigida a Vicencio Juan de Lastanosa*, Huesca, 20 de mayo de 1681, impreso, s. a., 18 hojas. Publicada en algunos ejemplares de LASTANOSA, Vicencio Juan de, *Tratado de la moneda iaguesa y de otras de oro y plata del Reyno de Aragón* (s. n.), Zaragoza, 1681.
- , «Inocencio XI. Héroe de las victorias contra los bárbaros», en VIDANIA, Diego Vincencio, *Triunfos cristianos del mahometismo vencido. En cinco discursos académicos. Al excelentísimo señor D. Diego Sarmiento de Valladares, Obispo, Inquisidor General*, Lucas Antonio de Bedmar y Baldivia, Madrid, 1684, pp. 1-21. A continuación Vidania compone un «Elogivm» en latín sobre dicho Pontífice (pp. 22-24).
- , *Carta del doctor Vidania a la Inquisición española*, Roma, 26 de enero de 1686, Archivo Histórico Nacional (AHN), Inquisición, Legajo 3011, sin foliar.
- , «Nota al lector», a la obra de DE LUCIO ESPINOSA Y MALO, Félix, *Ocios Morales: divididos en descripciones simbólicas y declamaciones heroycas*, Manuel Román, Zaragoza, 1693.
- , *Anales de las Españas, desde el diluvio hasta el felicísimo reinado del señor rey don Carlos Segundo nuestro Rey y Señor*, manuscrito, inédito, Sicilia, c. 1693, 433 páginas.
- , *Thesoro de las Españas Citerior y Ulterior, Tarraconense, Bética y Lusitania. Su historia sagrada, profana, geográfica, orográfica, genealógica, heráldica. Por orden alfabético*, manuscrito, inédito, Nápoles, c. 1694.
- , *D. Francisco de Benavides representa los servicios heredados y propios, y los de sus hijos y la antigüedad y calidad de su casa, y de los incorporados a ella*, Dominico Antonio Parrino y Miguel Luis Mucio, Nápoles, 1696.
- , y VITALES, Pedro, *Familias de Aragón. Nobiliario de armas y apellidos de Aragón*, manuscrito, inédito, s/l, 1696, 285 páginas.
- , *Anales del reinado de don Felipe III, rey de las Españas y Nuevo Mundo*, 2 tomos, manuscrito, inédito, Nápoles, 1707, 913 páginas.
- , *El Derecho Natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos. Escríbelo para su uso Diego Vincencio de Vidania*, manuscrito, inédito, Barcelona, 1712, 674 páginas.
- , (publicado de forma anónima), *Inscriptiones et suscriptiones Iustinianei Codicis, a typographorum incuriis vindicata a Candido Adiniva Grananessio*, Nápoles, 1713.
- , *De abusu sacramentorum*, manuscrito, inédito, Sicilia, s/f, 112 páginas.
- , *Fasti legales opus*, 2 tomos, manuscrito, inédito, s/l, s/f, 912 páginas.
- , *Dissertatio De Praefecto Urbi*, manuscrito, inédito, s/l, s/f, 383 páginas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ASCIONE, Imma, *Seminarium doctrinarum. L'Università di Napoli nei documenti del'700. 1690-1743*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, 1997.
- CANELLAS LÓPEZ, Ángel, «Voz: Vidania, Diego Vicente de», *Gran Enciclopedia Aragonesa*, XII, Unali, Zaragoza, 1982, p. 3333.
- CARPINTERO BENÍTEZ, FRANCISCO, *Historia breve del Derecho Natural*, COLEX, La Coruña, 2000.

- CASTELLVÍ Y OBANDO, Francisco de, *Narraciones históricas*, 4 vols., MUNDET I GIFRE, José María, ALSINA ROCA, José María (eds.), estudio preliminar de CANALS VIDAL, Francisco, Fundación Francisco Elías de Tejada y Erasmo Pèrcopo, Madrid, 1997-2002.
- DE LUCIO ESPINOSA Y MALO, Félix, *Ocios Morales: divididos en descripciones simbólicas y declamaciones heroicas*, Manuel Román, Zaragoza, 1693.
- DEL ARCO Y GARAY, Ricardo, *La erudición aragonesa en el siglo XVII en torno a Lastanosa*, Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos, Madrid, 1934.
- FRANCO DE VILLALBA, Diego, *Crisis legal*, Zaragoza, 16 de febrero de 1710. Existe reedición facsímil de VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2016.
- GALASSO, Giuseppe, *Napoli Spagnola dopo Masaniello. Politica. Cultura. Società*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1972.
- GARCÉS MANAU, Carlos, «Diez cartas de Vincencio Juan de Lastanosa y Diego Vincencio Vidania a Athanasius Kircher, conservadas en la Universidad Pontificia Gregoriana de Roma», *Argensola*, 115, 2005, pp. 187-199.
- GARCÍA MARÍN, José María, *Monarquía católica en Italia. Burocracia imperial y privilegios constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- GIL CREMADES, Juan José, *Derecho y burguesía. Historia de una cátedra zaragozana*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2002.
- GROCIO, Guillermo, *De principiis iuris naturalis enchiridion*, Danilem Geselle, La Haya, 1667.
- GROCIO, Hugo, *De iure belli ac pacis*, Nicolaum Buon, París, 1625. Edición al castellano: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- HINOJOSA, Eduardo, «Los precursores españoles de Grocio», *Anuario de Historia del Derecho Español*, VI, 1929, pp. 220-236.
- HOCHSTRASSER, T. J., *Natural Law Theories in the Early Enlightenment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
- ÍNURRITEGUI RODRÍGUEZ, José María, «Reescribiendo a Grocio. El Derecho natural innato de Diego Vincenzo Vidania», *Hispania*, vol. LXXV, núm. 249, enero-abril 2015, pp. 95-122.
- LAHOZ FINESTRES, José María, «Voz: Vidania, Diego Vicencio de», en *Diccionario Biográfico Español*, Real Academia de la Historia, Madrid. De libre acceso en: dbe.rah.es/biografias/28882/diego-vicencio-de-vidania-broto
- , *Repertorio biográfico de profesores, graduados y estudiantes de la Universidad de Huesca*, Huesca, 2022, inédito.
- LASTANOSA, Vicencio Juan de, *Tratado de la moneda iaquesa y de otras de oro y plata del Reyno de Aragón* (s. n.), Zaragoza, 1681.
- LATASSA Y OTÍN, Félix, *Biblioteca nueva de los escritores aragoneses*, edición a cargo de LAMARCA LANGA, Genaro, Real y Excma. Sociedad Económica Aragonesa de Amigos del País e Ibercaja, Zaragoza, 2005, tomo IV. Edición original: Oficina de Joaquín de Domingo, Pamplona, 1800, tomo IV.
- LEÓN, Virginia, «El Consejo de Aragón Austracista, 1707-1713», en FERRERO MICÓ, Remedios, y GUÍA MARÍN, Luis (eds.), *Corts i Parlaments de la Corona D'Aragó*, Valencia, Universidad de Valencia, Valencia, 2008, pp. 239-261.

- LUONGO, Dario, *Contegna, Vidania, Caravita, Giannone. All'Alba dell' Illuminismo. Cultura e pubblico studio nella Napoli Austriaca*, Alfredo Guida, Nápoles, 1997.
- ORDOVÁS ESTEBAN, Javier, *Los cronistas aragoneses en la Edad Moderna. Apuntes Biobibliográficos*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2019.
- PALAU Y DULCET, Antonio, *Manual del librero hispanoamericano. Bibliografía general*, 28 vols., Palau, Barcelona, 1948-1977, vol. XXVI.
- , *Manual del librero hispanoamericano. Inventario bibliográfico*, 7 vols., Julio Ollero, Madrid, 1990, vol. VII.
- PUY MUÑOZ, Francisco, *Las ideas jurídicas en la España del siglo XVIII (1700-1760)*, Universidad de Granada, Granada, 1962.
- QUIRÓS ROSADO, Roberto, «Patronato regio y clientismo cortesano. La provisión de dignidades y beneficios eclesiásticos en la Italia de Carlos III de Austria, 1706-1714», *Annali di Storia Moderna e Contemporanea*, Nueva Serie, núm. 3, 2015, pp. 33-66.
- SANUY, Ignacio María, *Notas sobre un manuscrito de Don Diego Vincencio de Vidania que se conserva en la Biblioteca de la Real Academia de la Historia*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1991, inédito, 213 folios.
- SIMÓN DÍAZ, José, *Impresos del siglo XVII*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), Madrid, 1972.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, «Fragmento de una cultura jurídica desaparecida. Un manuscrito del español Vidania sobre Derecho Natural (1712)», *Quaderni Fiorentini*, XXIV, 1995, pp. 157-198.
- TELLECHEA IDÍGORAS, José Ignacio, «Un juicio desconocido sobre Molinos. Carta del doctor Vidania a la Inquisición española (Roma, 26 de enero de 1686)», *Revista Española de Teología*, 38, 1978, pp. 367-377.
- TORRES ARCE, Marina, «La Inquisición y la última conjura antiespañola del siglo xvii en Sicilia», en MARTÍNEZ MILLÁN, José, y RIVERO RODRÍGUEZ, Manuel (coords.), *Centros de poder italianos en la Monarquía hispánica. Siglos XV-XVIII*, Ediciones Polifemo, Madrid, 2010, vol. II, pp. 837-892.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, «Diego Vincencio de Vidania, un oscense grociano contemporáneo de Vico», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 69, 1992, pp. 287-299.
- , «Panorámica introductoria al derecho natural», en AYUSO, Miguel (ed.), *El Derecho Natural hispánico*, Cajasur, Córdoba, 2001, pp. 27-45.
- VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, «Iniciales vías de penetración del iusnaturalismo en Aragón», en ROMERO, Carmelo, y SABIO, Alberto (coords.) *Universo de micromundos*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2009, pp. 235-248.
- , «Voz: Vidania Broto, Diego Vincencio de», en PELÁEZ, Manuel J., y SÁNCHEZ-BAYÓN, Antonio (coords.) *Diccionario de canonistas y eclesiasticistas europeos y americanos*, Editorial Académica Española, Saarbrücken, 2012, tomo I, pp. 502-504.

- , *Del orgulloso forismo al foralismo tolerado. Atmósfera política, fundamentación jurídica y contenido normativo de la Nueva Planta. La reacción de la historiografía jurídica aragonesa*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2014.
- , «Sobre la recepción del iusnaturalismo racionalista en España a comienzos del setecientos. Diego de Vidania y su Derecho natural innato», en CALVO, Manuel, ARLETTAZ, Fernando, y GRACIA, Jorge (eds.) *Derecho y Sociedad*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2014, pp. 256-268.
- , «Fundamentación jurídica de los decretos de conquista de 1707. La reacción de los juristas aragoneses: Diego Franco de Villalba y su *Crisis legal*», *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LXXXVI, 2016, pp. 351-383.
- , «Diego Vidania y su defensa del aristotelismo escolástico y de la *auctoritates* tradicional frente a las nuevas corrientes empiristas y racionalistas. Un singular episodio de la *Querelle des Anciens et Modernes* en el Nápoles austriaco», en CUEVAS SUBÍAS, Pablo (coord.), *Universidad y poder. Circunstancias de la Universidad de Huesca*, Instituto de Estudios Humanísticos, Universidad de Lisboa y Universidad Autónoma de México, Alcañiz, Lisboa y México, 2023, pp. 269-309.
- VICO, Giambattista, *Autobiografía*, traducción de Ana María Miniaty, Aguilar, Buenos Aires, 1970.
- VOLTES BOU, Pedro, *Barcelona durante el gobierno de Carlos de Austria*, Ayuntamiento de Barcelona y CSIC, Barcelona, 1963.
- WALDMANN, Felix, «Natural Law and the Chair of Ethics in the University of Naples, 1703-1769», *Modern Intellectual History*, 19, 2022, pp. 54-80.

**EL PENSAMIENTO DE RUDOLF VON JHERING Y OTTO
VON GIERKE BAJO LA PERSPECTIVA DE DOS ESTUDIOS
DE FELIPE GONZÁLEZ VICÉN**

***THE THOUGHT OF RUDOLF VON JHERING AND OTTO VON
GIERKE UNDER THE PERSPECTIVE OF TWO STUDIES
BY FELIPE GONZÁLEZ VICÉN***

MARCOS ARJONA HERRAIZ
Doctor en Filosofía del Derecho

RESUMEN

Este breve ensayo pretende presentar, incluso rescatar, dos magníficos estudios del filósofo del Derecho español Felipe González Vicén sobre el concepto y método del Derecho en el pensamiento jurídico de Rudolf von Jhering y Otto von Gierke, dos de los más egregios juristas alemanes de la segunda mitad del siglo XIX. A lo largo de esta exposición, por tanto, se irá perfilando someramente el pensamiento de dichos juristas, siguiendo para ello, fundamentalmente, ambos estudios de González Vicén. El objeto principal del presente trabajo es mostrar la influencia que estos dos juristas han tenido en el pensamiento jurídico de González Vicén, sobre todo, en el desarrollo de sus ideas acerca del concepto y método del Derecho, así como en las relaciones entre este y el orden autónomo de la ética.

Palabras clave: Jhering, Gierke, González Vicén, jurisprudencia de intereses, obediencia al Derecho.

ABSTRACT

This brief essay aims to present, and even rescue, two magnificent studies by the Spanish legal philosopher Felipe González Vicén on the concept and method of Law in the legal thought of Rudolf von Jhering and Otto von Gierke, two of the

most eminent German jurists of the second half of the 19th century. Throughout this exposition, therefore, the thought of these jurists will be briefly outlined, primarily following González Vicén's studies. The main objective of this work is to show the influence that these two jurists have had on González Vicén's legal thinking, particularly in the development of his ideas about the concept and method of Law, as well as in the relationships between Law and the autonomous realm of ethics.

Key words: Jhering, Gierke, González Vicén, Jurisprudence of Interests, obedience to Law.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. RUDOLF VON JHERING: DERECHO COMO LUCHA DE INTERESES. III. OTTO VON GIERKE: PLURALISMO JURÍDICO Y PREVALENCIA DE LAS OBLIGACIONES ÉTICAS. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Como todos los pensadores más notables, y dado que los mejores frutos de la filosofía y la ciencia no pueden considerarse netamente como el resultado de ocupaciones aisladas de individuos, sino de la suma de muchos esfuerzos a lo largo del tiempo, Rudolf von Jhering y Otto von Gierke podrían ser comprendidos como dos grandes síntesis del pensamiento jurídico contemporáneo. El eminente filósofo del Derecho español Felipe González Vicén así parece querer destacarlo a través de dos de sus estudios más celebrados. El primero, publicado en 1971, lleva por título «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke»; el segundo, «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», salió a la luz en 1987. En este sentido, la tesis o conclusión más relevante que cabría señalar podría enunciarse así con sus propias palabras:

En el umbral del pensamiento jurídico contemporáneo en su sentido más estricto, con un pie ya en su temática y apuntando a sus problemas, se hallan dos figuras de carácter universal: Rudolf von Jhering y Otto von Gierke. Pocas veces se habrán visto dos personalidades tan distintas e incluso contrapuestas; no sólo en su estilo personal, sino en las raíces y supuestos de su obra y en las mismas intenciones últimas de su pensamiento. Y, sin embargo, el impulso que ambos dan a la ciencia del Derecho es, puede decirse, coincidente¹.

¹ GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», GONZÁLEZ VICÉN, F., *Estudios de filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1979, p. 259.

González Vicén advierte que, tanto la sociología jurídica como el objetivismo jurídico francés, la escuela del Derecho libre, la hermenéutica de los intereses, el pluralismo jurídico y político, todas las direcciones, en suma, que, más o menos decisivamente, constituyen el horizonte de todo el pensamiento jurídico que vino después tienen, de una manera o de otra, su origen último en Jhering y Gierke. Es decir, ambos autores cierran el siglo XIX y abren el camino de los conceptos y de las metodologías del siglo XX, desde las cuales, aunque no sucede así en todos los casos, se empieza a comprender el Derecho como fenómeno social e histórico². Dicho en términos mucho más concretos, Jhering y Gierke son el primer intento serio del positivismo jurídico de corregir su trayectoria formalista dando un «salto sobre su propia sombra»³.

Bajo estos presupuestos, presentamos, a continuación, algunas de las reflexiones más relevantes de González Vicén sobre ambos juristas. Empezando por Jhering, destacaremos los conceptos esenciales de su segunda etapa tras hacer una breve presentación de la primera, lo que nos ayudará a entender la influencia que ha tenido en González Vicén. El epígrafe siguiente pretende lo mismo con Gierke y su obra. Menos conocido en el ámbito hispánico que su compatriota, es de destacar la influencia en González Vicén, todavía mayor si cabe que el primero (especialmente en las relaciones entre ética y Derecho). En cualquier caso, el objeto de este trabajo no es realizar un análisis concienzudo y actualizado sobre Jhering y Gierke, sino presentar la influencia que estos han ejercido sobre González Vicén.

II. RUDOLF VON JHERING: DERECHO COMO LUCHA DE INTERESES

Comienza González Vicén considerando que tal vez el gran valor de Jhering consista en haber pensado dentro de las dos grandes corrientes de la filosofía del Derecho alemana de su tiempo, a saber, desde el conceptualismo o jurisprudencia de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*) primeramente y, después y en plena oposición a lo anterior, desde el estudio del Derecho como realidad social dentro de lo que se vino en llamar jurisprudencia de intereses (*Interessenjurisprudenz*). Entre medio, una fase de transición en la que asume, en ocasiones con amarga ironía, la ceguera de su primera etapa⁴. En este sentido, van apareciendo entre 1860 y 1866 sus *Cartas*

² *Ibidem*, pp. 259-260

³ Expresión alemana, «*Über den eigenen Schatten springen*», muy del gusto de González Vicén. La empleaba a modo de crítica de ese primer positivismo formalista —todavía hoy subsistente en la teoría y en la práctica jurídicas—, que en lo metodológico no dejaba de ser sino una continuación más o menos remozada del logicismo iusnaturalista. Ese positivismo debía dar un salto sobre su propia sombra para deshacerse del formalismo y comenzar a tomar en serio al Derecho positivo como lo que es, una realidad social que tiene lugar, como cualquier otra, en su contexto histórico.

⁴ Para conocer una categorización más exhaustiva de las diferentes fases del pensamiento y obra de Jhering es muy recomendable el libro de Luis Manuel Lloredo Alix. Cfr. LLOREDO ALIX, L.

*confidenciales de un desconocido sobre la jurisprudencia actual*⁵, que se reunirán en 1884 junto a otros trabajos en su conocido libro *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, traducido al castellano como *Bromas y veras en la ciencia jurídica*⁶, paradigma de la mordacidad y causticidad de sus críticas a la jurisprudencia conceptual en la que había militado. No obstante, la virulencia de esta obra se debe también al carácter literario de su autor y puede extenderse a una parte nada desdeñable de su producción. Así, en su etapa conceptualista encarna la versión más extrema del formalismo jurídico, la reducción a conceptos de las proposiciones y relaciones jurídicas, su enlazamiento formal y su constitución en sistema, y, en su segunda etapa, personifica, al contrario, la mayor de las tenacidades en su defensa de la perspectiva socio-histórica del Derecho mientras va pergeñando una crítica aniquiladora del conceptualismo formalista. González Vicén —quien no tiene reparos en manifestar su desagrado ante actitudes intelectuales poco medidas y emotivas—, considera que, si bien la actitud de Jhering peca casi siempre de excesiva vehemencia, no existe mejor filósofo del Derecho para comprender la cisura intelectual dada en la ciencia jurídica alemana de su tiempo. Dicho de otro modo: para González Vicén, pese al exceso de emotividad de los argumentos de Jhering, que en ocasiones redundan en detrimento de su consistencia, la obra de Jhering resulta la más representativa para comprender la transformación de la ciencia jurídica europea desde que comienzan a apagarse los ecos de la Escuela histórica y van finalizando las últimas grandes construcciones de los representantes del Derecho natural⁷.

Comenzando por la etapa que cabría etiquetar de conceptualista, explicita González Vicén, Jhering se encuentra bajo el influjo de Savigny y de la Escuela histórica, sobre todo de Puchta. Se trata del Jhering formalista⁸, en las antípodas de su pensamiento posterior. Puchta y Savigny, nos recuerda González Vicén, concebían el Derecho como un sistema. El principal cometido de la ciencia del Derecho resultaba, para ellos, conocer las proposiciones jurídicas condicionadas

M., *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Dykinson, Madrid, 2012. En el presente trabajo tendremos solamente en consideración los dos grandes momentos intelectuales del eminente jurista alemán, además de una etapa intermedia de tránsito, tal y como dice González Vicén, de una etapa a la otra.

⁵ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», *Anuario de filosofía del Derecho*, n°4, 1987, p. 232.

⁶ En el Prefacio de *Bromas y veras en la ciencia jurídica* indica Jhering que estas *Cartas* fueron publicadas en concreto en la *Preussische* (más tarde *Deutsche*) *Gerichtszeitung*. La publicación por entonces fue anónima. Cfr. JHERING, R. von, *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Ridendo dicere verum*, Traducción de Tomás A. Banzhaf, Madrid, Civitas, 1987, p. 35. Existe en castellano una traducción incompleta anterior a esta que citamos aquí a cargo de Román Ríaza bajo el título de *Jurisprudencia en broma y en serio*.

⁷ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», op. cit., p. 223.

⁸ Si bien es cierto que el método de la jurisprudencia de conceptos tenía, además de la faceta deductiva, una faceta inductiva que la diferencia de racionalismos precedentes, González Vicén pone el acento de sus críticas en el aspecto deductivo de los diversos formalismos que se han ido sucediendo, llegando a considerar al formalismo jurídico en su conjunto como un «criptoiusnaturalismo» metodológico.

las unas por las otras, deduciendo las unas de las otras. De este modo el Derecho se puede conocer sistemáticamente. En este marco se mueve la *Begriffsjurisprudenz* y será Jhering durante la primera mitad de su vida el más vigoroso de sus exponentes. Dirige en esta época todos sus esfuerzos hacia la fundamentación de una ciencia jurídica estrictamente lógica. Lo que aporta originalidad a sus trabajos de entonces es su propio estilo y el empleo de una metodología que denominará «histórico-natural», llenando sus obras de terminología extraída de las ciencias naturales, especialmente de la química y de la biología⁹.

Respecto a las ideas fundamentales de esta primera etapa, González Vicén considera que se pueden resumir en dos, a saber, que la ciencia del Derecho no es un conocimiento de contenidos materiales, sino de conceptos formales extraídos de los ordenamientos jurídicos concretos y que la estructura del Derecho se revela sistemática *per se*, lo que la hace susceptible de ser conocida y expuesta. A partir de aquí, según González Vicén, Jhering divide la ciencia del Derecho en dos niveles: una «jurisprudencia inferior» o fase preliminar cuya labor esencial es interpretativa, captando el sentido de las normas y eliminando sus aparentes contradicciones y vaguedades para extraer el contenido de la voluntad legisladora y una «jurisprudencia superior», que tiene por objeto los institutos y conceptos jurídicos. A su vez, los conceptos jurídicos, que tienen un claro referente fáctico —por resultar relaciones vitales que se convierten a través de la norma en relaciones jurídicas—, son proposiciones jurídicas interrelacionadas que van conformando los institutos jurídicos. Es a través del instituto y del concepto jurídico que las proposiciones jurídicas van encontrando su lugar en el sistema. Considera González Vicén que esta idea de sistema es la noción central para el Jhering de la *Begriffsjurisprudenz*, pues brinda una visión de conjunto, unitaria, de una masa de proposiciones jurídicas con fines y orígenes distintos. En sus interacciones lógicas, los conceptos jurídicos pueden desembocar en la formulación de otros nuevos, por lo que la ciencia del Derecho no será solo receptiva, sino también productiva. Así, la «jurisprudencia superior» tiene una doble tarea, la de indagar los conceptos dados con sus propiedades y estructura, y, de otro lado, una función propiamente creadora, que acaba reduciendo lo jurídico a un mundo conceptual¹⁰.

Como indica González Vicén, este conceptualismo de raigambre pandectista recibe con el tiempo muchas críticas, la mayoría dirigidas contra esta misma cuestión, o sea, que la manera lógico-sistemática de comprender el Derecho lleva al error de soslayar la misma vida social en la que este surge y se desarrolla, pues, al estar más pendiente de la relación entre los conceptos, pierde el sentido concreto del concepto mismo, de su objeto, de tal manera que no capta el material jurídico,

⁹ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», op. cit., pp. 224-225. Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La Escuela Histórica del Derecho», GONZÁLEZ VICÉN, F., *De Kant a Marx (Estudios de Historia de las Ideas)*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1984, pp. 145-146.

¹⁰ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», op. cit., pp. 225-229.

sino que se limita a poner de relieve la conexión entre reglas jurídicas. Así, considera González Vicén que, dándose cuenta del error inherente al propio sistema, Jhering comienza a dar un giro radical en su pensamiento que se hace mucho más patente a partir de sus obras de la década de 1870. Desde entonces, para él, el Derecho será, sobre todo, fruto de las necesidades sociales. En esta segunda etapa, señala González Vicén, recibe el pensamiento de Jhering la influencia muy notable de dos fuentes diferentes, a saber, la obra de Montesquieu que, aunque ya fuera fuente de inspiración para Jhering anteriormente, va a ser ahora fundamental y la ética de los economistas y utilitaristas ingleses¹¹.

No obstante, advierte González Vicén, este cambio sustantivo no es repentino. Ya en *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, en castellano *El Espíritu del Derecho romano en las diferentes fases de su desarrollo*¹², se pueden entresacar, junto a afirmaciones propias del conceptualismo, otras de signo opuesto. Jhering va viendo con creciente claridad que no toda realidad jurídica, y menos aún la social, puede ser reducible a sistema. También, como decíamos, las *Cartas* de 1861 recogidas en *Bromas y veras en la jurisprudencia* sirven de puente o bisagra entre ambos momentos de su vida y obra. Las críticas de Jhering, manifiesta González Vicén, recaerán sobre todo sobre el intento del conceptualismo de hacer de la jurisprudencia una ciencia encerrada en sí misma, o una arquitectura lógica plagada de falacias por no buscar correspondencia con la realidad. Para este conceptualismo, los conceptos jurídicos son autónomos e intemporales, ahora bien, para el «segundo» Jhering, los conceptos jurídicos son empíricos e inducidos de un material concreto, es decir, la vida no se da por razón del concepto, sino que lo que sucede es más bien al revés. El culto a la lógica es por tanto el gran error. Incluso es un gran error encasillar a los venerados juristas romanos como meros lógicos. Lo que distinguía a los grandes profesionales del Derecho de la antigua Roma no era su dominio de la lógica, sino una visión clara de las necesidades de la vida, una adecuada elección de medios, esto es, los romanos seguían el itinerario de la consecuencia lógica hasta que las necesidades vitales la frenaban, de tal manera que, el empleo de la lógica nunca les hacía perder de vista la vida. En definitiva, como bien pone de manifiesto González Vicén en este análisis suyo que estamos siguiendo, los dardos de Jhering se dirigen contra un conjunto más amplio de juristas, esto es, contra el formalismo jurídico. En efecto, para González Vicén, además, va a ser la obra de Jhering de 1872 *Der Kampf ums Recht*, traducida como *La Lucha por el Derecho*, fundamental en esta crítica certera. Sobre todo, cuando afirma Jhering que la Escuela histórica, como romántica que es, descansa en una falsa idealización, a saber, la creencia de que el Derecho ha nacido sin dolor, sin acción, como germina una planta en el campo de forma espontánea. Jhering, en total oposición

¹¹ *Ibidem*, pp. 229-230.

¹² Cfr. IHERING, R. von, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Traducción de Enrique Príncipe y Satorres, Granada, Comares, 2011.

a esta cosmovisión jurídica, elabora un concepto del Derecho activo, intencional y vitalista, de manera que, en la formación del Derecho, interviene la intención, la conciencia, el cálculo y la reflexión¹³.

Si esta etapa viene marcada en gran medida por un pensamiento negativo o de oposición contra el particular concepto de historia de la Escuela histórica, contra su noción de Derecho, contra su idea de la jurisprudencia romana, contra el logicismo-formalismo, contra el conceptualismo, contra el carácter abstracto e intemporal de sus conceptos, etc., que a la sazón conformaban los lugares comunes de la ciencia del Derecho, la obra culmen de Jhering en este momento de su vida va a procurar ser realmente original. Se trata de *Der Zweck im Recht*, esto es, *El fin en el Derecho*; publicada en 1877. Para González Vicén marca este trabajo un hito en la historia del pensamiento jurídico. Esta obra, pese a su estructura caótica y plagada de digresiones, tiene una enorme relevancia en tanto que pretende quebrar de una vez por todas la autonomía histórica del Derecho que Savigny y su escuela habían perfilado. Si con la Escuela histórica el Derecho ya no es creación humana desde una pauta intemporal, desde esta obra de Jhering tampoco será revelación del mundo de la historia. Se reconvertirá en obra humana, pero ya no desde criterios trascendentes, sino como respuesta a las necesidades y requerimientos de las sociedades. González Vicén, al relatar este giro en el pensamiento de Jhering, al referirse a la crítica al logicismo formalista y la apertura a un concepto del Derecho más en clave sociohistórica, está hablando de su propio pensamiento. También al explicitar la idea de que el Derecho es obra consciente, norma humana para las relaciones humanas, pero que ni la razón especulativa ni la historia (como la entienden los románticos) son fuentes materiales del Derecho, ahí también se encuentra su idea del Derecho. Este cambio metodológico y conceptual era precisamente el mayor interés de González Vicén, no sólo al reflexionar con Jhering, sino en toda su obra, pues veía en la realidad jurídica de su presente la continuidad perniciosa del formalismo. Entonces, volviendo a Jhering, nos podemos preguntar, a la hora de elaborar un concepto del Derecho, ¿solamente habrá que atender a sus fuentes formales? ¿solamente atenderemos a relaciones de poder o de fuerza en la base del Derecho? Ya en el prólogo de esta obra, indica González Vicén, responde Jhering a estas cuestiones y revela su propósito al afirmar que la fuente de todo Derecho es el fin, que no hay una sola proposición jurídica que no atienda a un fin o motivo práctico¹⁴.

Si todo en la naturaleza está regido por fines, llamará Jhering a la causalidad física, «ley de la causalidad» y a la ley psicológica de la voluntad humana, «ley del fin»¹⁵. Pero la referencia absoluta a un egoísmo en el obrar, dentro de la ley de finalidad, conduce al problema de cómo puede subsistir el mundo sobre la base del

¹³ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», op. cit., pp. 230-236.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 236-239.

¹⁵ Cfr. IHERING, R. von, *El fin en el Derecho*, Traducción de Diego Abad de Santillán, Granada, Comares, 2000, pp. 3-4.

egoísmo. La respuesta le conduce, según señala González Vicén, hacia la existencia misma de la sociedad. La convivencia pacífica y ordenada de personas diferentes entre sí, con modos de vida distintos e incluso encontrados. Jhering, advierte González Vicén, compara la sociedad con una máquina que mueve vertiginosamente cuchillas, ruedas y rodillos, que parecen independientes e incluso en posiciones antagónicas; del mismo modo, la sociedad aparece armónica, pero es resultado de una lucha de intereses. ¿Cómo es posible? Acude Jhering al esquema moral de Bentham y al utilitarismo inglés, es decir, a dos señores soberanos o dos palancas que se accionan en el obrar humano: el placer y el dolor. Jhering transforma este par psicológico en otro de tipo social, el provecho y la fuerza. Los seres humanos actúan movidos por el principio de conservación, y en sus relaciones no imponen a los demás sus propios fines, sino que movilizan el egoísmo de los demás al servicio del egoísmo propio. El interés propio y el ajeno se entrelazan¹⁶. Con su dicotomía entre placer y dolor Bentham (y antes que él, otros pensadores ingleses) había tratado de mostrar un criterio absoluto para el obrar ético del individuo. De un modo similar, con la idea de provecho quiere Jhering aludir al aspecto que hace posible la convivencia pacífica, es decir, que hace posible la sociedad en su sentido más estricto. Acuciados por la satisfacción de sus necesidades, los seres humanos se reúnen con sus semejantes en sociedades¹⁷. Ya lo decía Adam Smith:

Entre los hombres, los genios y los talentos más desemejantes son de alguna utilidad recíproca: las producciones diferentes de sus talentos respectivos vienen como a reunirse, por medio de la disposición permutativa, en un fondo común de donde cada uno puede sacar aquella porción que le haga falta de la producción ajena¹⁸.

Así, con este concepto de provecho, extraído de los economistas ingleses, opina Jhering que es como el propio interés puede hacer posible la convivencia pacífica. ¿Y qué hay de la fuerza? La fuerza, explicita González Vicén, se halla también, para Jhering, como determinante de la acción. Pero la fuerza ya no es compatible con la libertad individual, como sí lo es el provecho. La fuerza subyuga la voluntad, la coacciona hasta hacerle querer en el sentido deseado¹⁹. Con el examen de este concepto de fuerza y de los numerosos sinónimos que utiliza (violencia, poder, compulsión, coacción, ímpetu, dominio, amenaza, etc.), Jhering comienza un nuevo capítulo de su teoría en el que el ser humano juega, cada vez más, un papel pasivo²⁰. En efecto, en el comienzo de los tiempos el más fuerte domina y se hace obedecer y el más débil

¹⁶ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», op. cit., pp. 240-242.

¹⁷ *Ibidem*, p. 242.

¹⁸ SMITH, A., *La riqueza de las naciones*, vol. I, Traducción de José Alonso Ortiz, Barcelona, Orbis, 1983, p. 60.

¹⁹ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», op. cit., pp. 242-243.

²⁰ *Ibidem*, p. 243.

es sometido. Desde entonces hay un largo camino, una pugna de intereses, y los medios por los que se lleva a cabo esa lucha de intereses no son deducciones o razones, no es una cuestión teórica, sino que son la acción y la energía de la voluntad nacional, que, espoleados por el egoísmo humano, van constituyendo, cada vez más, formas de vida en común más seguras para la consecución de sus intereses. De este modo, como en el caso del provecho, el egoísmo toma su partida. Cuando los pueblos primitivos asesinaban a los miembros del pueblo vecino, se plantearon si no sería mejor para sus intereses dejar con vida al vencido y someterlo a esclavitud. Este es, según Jhering, el inicio del proceso que va desembocando en la sustitución de la fuerza física por la norma que regula la aplicación de la fuerza. Pero como la vida humana no puede ser entregada a merced del más fuerte, el interés, portavoz del egoísmo, demanda el Derecho: una comunidad regida por normas predecibles y vinculantes. Esto es lo que tratan de conseguir todo tipo de asociaciones, desde las más rudimentarias. Este proceso culminará en el Estado y el Derecho que de él emana²¹. Escribe Jhering:

Hemos señalado así el camino por el cual la violencia, sin auxilio de ningún otro motivo que el de su propio interés, llega al Derecho. La forma en que se manifiesta aquí el Derecho es (...) la paz: la supresión de la lucha por el establecimiento de un *modus vivendi*, que ambas partes reconocen como obligatorio²².

El Derecho, además, en opinión de Jhering, puede definirse partiendo de la relación entre la norma *per se*, la coacción, y su ejercicio por el Estado:

La violencia se pone así una medida, que quiere observar, reconoce una norma a la que quiere someterse, y esta norma aprobada por ella misma es el Derecho (...). Toda paz pone en el lugar de la lucha hasta allí el poder del Derecho. El motivo que mueve al vencedor a ello, ha sido mencionado antes: el Derecho se aparta de la violencia, que codicia él mismo por causa del sosiego y renuncia a mayores ventajas que no están en ninguna proporción con los medios a emplear. Una importancia no menor la tiene el proceso también para formación del Derecho en el interior de los Estados (...). El que quiere perseguir las condiciones jurídicas de un pueblo hasta en sus últimos orígenes, llegará en incontables casos a la violencia de los más fuertes, que ha impuesto el Derecho a los más débiles²³.

En definitiva, tal y como refiere González Vicén, la titularidad exclusiva de la fuerza la tiene, según Jhering, el Estado, el cual no solo pone fin a las luchas entre el fuerte y el débil, sino que exige una regla o condición organizadora de la fuerza. El poder del Estado es un poder organizado, que se sistematiza a través de reglas inquebrantables, y que, al administrar el poder, reciben también de éste su fuerza. Estas reglas son lo que denominamos Derecho. Por lo que, como ya advertía González Vicén en la propia

²¹ *Ibidem*, pp. 243-244.

²² Cfr. IHERING, R. von, *El fin en el Derecho*, op. cit., p. 172.

²³ *Ibidem*, pp. 172-173.

definición de Jhering, el Derecho va a tener dos elementos, a saber, ser un conjunto de normas que articulan este poder supremo (que llamamos Estado) y ser coacción, esto es, poder capaz de sancionar y validez fáctica²⁴. Por su lado, el Estado va a ser, según Jhering, la única fuente del Derecho. Y lo expresa de esta manera:

El Estado es el detentador llamado y único de la violencia de la coacción social (...). Toda asociación que quiere realizar sus derechos contra sus miembros por el camino de la coacción mecánica está a merced de su cooperación, y el Estado tiene en sus manos la posibilidad de establecer las condiciones bajo las cuales quiere ofrecer esa cooperación. Pero esto quiere decir en otras palabras: el Estado es la única fuente del Derecho²⁵.

Aquí resulta una opinión diametralmente opuesta, como veremos a continuación, con los planteamientos de Gierke. Las demás asociaciones y comunidades infraestatales, según Jhering, pueden darse reglas para su funcionamiento interno, pero no son propiamente jurídicas porque les falta la sanción que obliga coactivamente para ser cumplidas. La coacción, entonces, como señala González Vicén, es, para Jhering, distintiva del Derecho, cosa que no era así para Gierke. Todas las normas que se cumplen bajo la amenaza de la coacción estatal son, entonces, Derecho. No lo son todas las demás normas por muy habitualmente que sean observadas de hecho en la realidad²⁶. No obstante, apuntilla Jhering que la coacción es solamente un momento del concepto del Derecho. Existe otro, también esencial, que es la norma, esto es, una proposición que contiene una regla para el obrar humano. Las normas, a diferencia de las máximas, son vinculantes, imperativos que prescriben una acción o una prohibición. Ambos van acompañados, como se está diciendo, por la sanción. De este modo, Jhering matiza que la coacción en sí es un criterio inseguro del Derecho y, como apunta González Vicén, el filósofo del Derecho alemán recapacita y da un paso atrás para preguntarse si con lo dicho es suficiente para comprender el concepto del Derecho. La coacción y la norma son los momentos formales que nos advierten que la sociedad exige algo de sus miembros a través de la compulsión, pero no se indica ni el por qué ni el para qué. Solamente por su contenido, podemos saber cuál es el sentido del Derecho. Sin embargo, explicita González Vicén, para Jhering esta cuestión se convierte en un problema insoluble pues el contenido del Derecho varía de país a país y de época en época²⁷. Escribe Jhering:

Una cuestión insoluble, oigo decir, pues este contenido es eternamente variable, aquí este, allí aquel, un caos en perpetuo flujo, sin consistencia, sin regla. (...) Fe y superstición, brutalidad y cultura, espíritu de venganza y amor, crueldad y sentido de la humanidad, o como se llame todo ello, todo ha encontrado en el

²⁴ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», op. cit., p. 244.

²⁵ Cfr. IHERING, R. von, *El fin en el Derecho*, op. cit., p. 222.

²⁶ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», op. cit., p. 245.

²⁷ *Ibidem*, pp. 245-246.

Derecho fácil acogida. (...) La contradicción, el cambio eterno parece constituir por su contenido la esencia del Derecho²⁸.

Por tanto, González Vicén indica que Jhering llega a la conclusión de que el criterio de verdad tampoco sirve y acude entonces al concepto de lo adecuado. Adecuación, piensa Jhering, significa la coincidencia de la voluntad con lo que debe ser. El término adecuado (o apto) se utiliza para calificar un medio con el que se trata de alcanzar un fin, sin importar, en este sentido, conceptos como el de verdad o error. El fin del Derecho, que es el objeto en sí de la ciencia jurídica, dice Jhering, puede resumirse en pocas palabras:

¿Cuál es pues el fin del Derecho? A la pregunta: ¿qué persigue la acción del ser viviente? he respondido antes: la realización de sus condiciones de vida, y a ella me refiero ahora al definir el Derecho por su contenido como la forma de la seguridad de las condiciones de vida de la sociedad, creadas por la fuerza coactiva del Estado²⁹.

En este punto, González Vicén manifiesta que, para Jhering, el Derecho está dirigido a la consecución de este fin, el cual, tiene que ser necesariamente distinto en su contenido de acuerdo con las circunstancias de hecho en que se trate de alcanzar aquel fin, es decir, de acuerdo con la situación histórica real del grupo social para el que se destina el Derecho. Llegamos así al punto determinante del relato de González Vicén sobre el pensamiento de Jhering, a saber, que el Derecho, que es norma y que funciona a través del poder coactivo del Estado, tiene un fin muy determinado: asegurar ciertas condiciones de vida. Pero éstas, concluye Jhering, no son objetivas. En efecto, como indica González Vicén, como apunta el jurista alemán, las condiciones de vida no pueden ser algo objetivo, pues, en este sentido, existen Estados confesionales y aconfesionales, quema de herejes y brujas y libertad religiosa, escolaridad obligatoria y escolaridad prohibida, y un sinnúmero de posibilidades más. En ninguno de esos casos podemos entender que el Derecho es más adecuado, sino que es el más adecuado para el tiempo que se dio. Por lo que, con esta noción relativista y técnica del Derecho, es decir, que el Derecho sólo puede medirse de acuerdo con el fin que está llamado a cumplir, convierte Jhering el Derecho, según González Vicén, en un auténtico fenómeno social, abriendo así de lleno las puertas a la reflexión jurídica contemporánea³⁰. Esta concepción del Derecho como fenómeno sociohistórico al que finalmente llega Jhering es primordial para nosotros en este estudio, pues, todo el relato viceniano acerca del pensamiento del genial jurista alemán es conducido magistralmente por González Vicén hacia sus mismos principios filosófico-jurídicos, a saber, su perspectiva sociojurídica y su personal historicismo jurídico, que nada tiene que ver con la Escuela histórica, sino,

²⁸ IHERING, R. von, *El fin en el Derecho*, op. cit., p. 299.

²⁹ *Ibidem*, p. 304

³⁰ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», op. cit., p. 246.

más bien, como decíamos a colación de Jhering, con esa toma en consideración de las situaciones históricas concretas de los grupos sociales concretos a quienes el Derecho va dirigido. En este sentido, la perspectiva sociohistórica del Derecho de González Vicén queda apuntalada con este relato sobre el pensamiento de Jhering.

Jhering, comenta González Vicén, resulta así el altavoz de la mentalidad de una nueva sociedad. El Derecho, indica González Vicén, no puede ser el Derecho natural racionalista, un Derecho fundado en la razón que, como tal, podría militar en dos bandos en pugna estableciendo exigencias contradictorias. Tampoco el Derecho «histórico» como lo concibe la Escuela histórica: la dogmática de la jurisprudencia conceptual, que tan duramente critica el «segundo Jhering», nace precisamente de la escuela de Savigny y Puchta. La razón principal es que estos consideraban un Derecho fuera de su realidad social, un Derecho «en sí» que consistía en un conjunto lógico concluso (lo que paradójicamente resta historicidad al Derecho). Contra esta noción abstracta de Derecho, indica González Vicén, construye Jhering su teleología jurídica, la cual está incardinada de una manera más realista desde el punto de vista histórico-social que la jurisprudencia de conceptos o el Derecho Natural. Jhering, advierte González Vicén, se dirige a nosotros, en una sociedad en ebullición en la que reina la lucha de los intereses individuales y en la que una clase social pretende tomar el poder e institucionalizar sus propios intereses³¹.

El Derecho para Jhering, apunta González Vicén con mucha intención, ya no es una estructura abstracta por encima de la sociedad, sino instrumento en la lucha de los intereses y el medio decisivo para, desde un determinado punto de vista, organizar la convivencia. Un punto de vista que tiene lugar como resultado de la lucha de intereses encontrados, de la conquista, en definitiva, del poder mismo³². Este punto de vista, acentuado por los análisis vicenianos de la obra de Marx, tienen mucho que ver con la concepción complementaria que tenía González Vicén del Derecho como realidad sociohistórica, a saber, la perspectiva conflictualista del Derecho. No obstante, reflexionar en esa dirección ahora excedería los límites que nos hemos marcado para el presente estudio. Pasamos a continuación a analizar el estudio de González Vicén dedicado a Gierke y los extremos que incorpora de este a su propio pensamiento.

III. ACERCA DE OTTO VON GIERKE: PLURALISMO JURÍDICO Y PREVALENCIA DE LAS OBLIGACIONES ÉTICAS

González Vicén, que no ocultaba su preferencia por el estilo sobrio de Otto von Gierke, frente al tono excesivo de Jhering, había publicado bastante tiempo antes, en 1971, una profusa semblanza del gran jurista alemán que llevó por

³¹ *Ibidem*, pp. 247-248.

³² *Ibidem*, p. 248.

título, como ya habíamos explicitado, «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke».

En dicho trabajo destacaba González Vicén de Gierke dos direcciones o núcleos de ideas que, a su juicio, más han influido en la teoría jurídica contemporánea, a saber, concebir el Derecho como fenómeno social y su concepto de Estado como una asociación entre asociaciones. Estas dos direcciones es lo que, principalmente, vamos a analizar a continuación considerando sus correlaciones funcionales, pues una dirección implica a la otra y viceversa. Las ideas que referimos a continuación sobre el pensamiento jurídico y ético de Gierke provienen principalmente del texto monográfico antedicho de González Vicén. Comenzaremos con la concepción histórica del Derecho de Gierke, que, al igual que sucedía con Jhering, apuntala el concepto histórico del Derecho de González Vicén, y la importantísima noción gierkeana de *Genossenschaft*³³. Después, nos centraremos en la idea de que el Estado es una asociación entre asociaciones, de cuyas consecuencias extraerá Gierke las notas principales que le sirven para definir el Derecho y para acuñar otros conceptos fundamentales como Derecho social o convicción. De este modo, aterrizaremos en el problema del método, analizando las ideas de racionalidad del Derecho y el criterio justificativo de la justicia, de donde Gierke acaba infiriendo que el único mandato incondicionado es el que proviene de la conciencia ética (lo cual es determinante para la filosofía del Derecho de González Vicén). Por último, tras una somera recapitulación de ideas, terminaremos de analizar todo lo correspondiente al concepto y método del Derecho en Gierke a colación de su enfrentamiento intelectual con el formalista jurídico Paul Laband, quien, a la sazón, se convirtió en el principal jurista del *Reich* bismarckiano y cuya teoría logicista manifiesta la continuidad histórica del absolutismo al idear un Estado constitucional en apariencia y autoritario en la práctica³⁴.

El punto de partida del pensamiento de Gierke es, nos explica González Vicén, su concepto histórico del Derecho: el Derecho es Derecho positivo, es una realidad histórica y el desconocimiento de este carácter del Derecho es el mayor error del iusnaturalismo. Esta doctrina, piensa Gierke, proyecta de manera absoluta lo que en realidad es la cultura jurídica de una época, siendo que el Derecho es, más bien, expresión de la vida de las comunidades humanas y se encuentra directamente conectado con la totalidad de la cultura de cada comunidad, al igual que la economía, la religión, la ética y la ciencia³⁵. Escribe González Vicén:

³³ Este es un concepto difícil de traducir al castellano. Implica una asociación o comunidad de *Genossen*, esto es, de compañeros o camaradas, con un objeto común, por lo que también podría significar cooperativa o corporación. Por extensión, y en lo jurídico, que es lo que nos ocupa, *Genossenschaft* resulta una comunidad autoorganizativa, la cual, con independencia del Estado, se da a sí misma un conjunto de normas jurídicas.

³⁴ Cfr. PENDÁS, B., «Estudio preliminar», GIERKE, O., *Teorías políticas de la Edad Media*, Traducción de Piedad García-Escudero y estudio introductorio de Benigno Pendás, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1995, pp. LIV-LV.

³⁵ GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», op. cit., pp. 260-265.

Para Gierke la positividad consiste en este carácter concreto del Derecho, en su relación esencial con una comunidad histórica y sus formas de vida. O lo que es lo mismo —y este es el problema central en la teoría del conocimiento jurídico de Gierke—, el Derecho no es una estructura general de comportamiento susceptible de conceptualización abstracta, sino un sistema normativo, en el cual el contenido que recibe de la vida histórica de una colectividad es un momento esencial de su concepto³⁶.

Esta relación entre la historicidad y la positividad del Derecho Gierke la pone de manifiesto no sólo a nivel ontológico, sino también a nivel epistemológico, pues la ciencia del Derecho solamente puede tener como objeto de conocimiento a este mismo Derecho dado en la historia. En palabras de Gierke:

A la ciencia pura únicamente es asequible lo que es; no lo que debe ser. De modo que la ciencia del Derecho, como tal ciencia pura, ha de ocuparse solamente de la realidad histórica que llamamos Derecho³⁷.

El concepto de comunidad o asociación (*Genossenschaft*), tal como indica González Vicén, es la clave del planteamiento de Gierke y al análisis de su Derecho y de su desarrollo histórico se va a referir su obra más exigente, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*³⁸. Se trata, explicita González Vicén, de una denominación genérica que abarca toda asociación humana delimitada por un fin histórico, político, religioso, económico o simplemente sociocultural en el más amplio sentido de la palabra³⁹. Lo que la va a caracterizar son dos elementos, a saber, ser una asociación de personas y perseguir con determinación un fin común. Al pensar Gierke la comunidad como asociación traza una nueva teoría social y un nuevo concepto del Derecho. Comenta González Vicén, en este sentido, que una de las ideas más notorias de Gierke fue el haber considerado como grave error concebir al Estado como única forma posible de asociación y a los individuos un conjunto de existencias particulares desorganizadas. Así, la de Gierke es una concepción de la asociación

³⁶ *Ibidem*, pp. 265-266.

³⁷ GIERKE, O., *La función social del Derecho privado*, Traducción de José M. Navarro de Palencia, Madrid, Sociedad editorial española, 1904, p. 13.

³⁸ En castellano contamos solamente con la traducción de una parte de la obra que proviene, a su vez, de la traducción al inglés de F. W. Maitland, *Political Theories of the Middle Age*. Cfr. GIERKE, O., *Teorías políticas de la Edad Media*, op. cit. La obra completa en alemán está compuesta de cuatro volúmenes publicados entre 1868 y 1913. Cfr. GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlín, Weidmann, 1868-1913. Los cuatro tomos se titulan respectivamente: *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriff*, *Die Staats und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland* y *Die Staats und Korporationslehre der Neuzeit. Durchgeführt bis zu Mitte des siebzehnten, für das Naturrecht bis zum Beginn des neunzehnten Jahrhunderts*. Cfr. PENDÁS, B., «Estudio preliminar, en GIERKE, O., *Teorías políticas de la Edad Media*, op. cit., p. XVI.

³⁹ GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», op. cit., p. 266.

opuesta a la idea y realidad del Estado absoluto en que el ser humano, el individuo, no es otra cosa que su correlato. No hay ningún eslabón intermedio para el absolutismo entre Estado e individuo. La concepción de Gierke es antiautoritaria y está dirigida contra la visión absolutista que el Estado tiene de sí, la idea de concebirse como asociación exclusiva. Pues bien, contra tal visión, Gierke propone una teoría social de las asociaciones para la que, en primer lugar, la idea de que el Estado pueda disponer de ellas monopolísticamente contradice tanto la naturaleza humana como los datos de la experiencia social. Paradójicamente, indica González Vicén, esta concepción exclusivista del Estado pasa a la teoría social de la época de Gierke desde el Derecho natural, doctrina con la que Gierke, como hemos dicho, fue muy crítico. Y será crítico a pesar de evidenciar, tal y como estamos diciendo, que pensar a la persona solamente como individuo o como miembro de una única asociación posible supone invalidar impulsos básicos de su propia naturaleza⁴⁰.

Para Gierke, tal y como relata González Vicén, la historia de los pueblos se desarrolla en comunidad, o, más bien, en comunidades, para las cuales el proceso de complejidad inherente al desarrollo social, político y económico genera unas problemáticas que estas mismas no pueden asumir. En la prehistoria las comunidades naturales basadas en hechos físicos como la familia, la stirpe o el pueblo se bastan para dar satisfacción a todos los cometidos de la vida colectiva y realizan la comunidad del lenguaje, de las costumbres, de la religión, de las necesidades económicas, de la organización jurídica y de la vida política. Con el transcurso de los siglos estos cometidos son cada vez más complejos y junto a las comunidades naturales surgen otras asociaciones que ya no son derivados de la tradición, sino creadas reflexivamente por los hombres para la satisfacción de fines concretos. Esto será un hecho de enorme trascendencia, que significa en la vida de los pueblos, dice Gierke, lo mismo que el primer acto consciente en la vida del sujeto⁴¹. Las comunidades que van surgiendo se integran en otras asociaciones superiores o no, son de tipo económico o no lo son, efímeras o permanentes, etc. Lo que surge es un inmenso tejido en forma de mosaico en el cual, en cada momento histórico, se va objetivando la persona individual. Es este mundo de comunidades en constante devenir el que constituye la auténtica vida social, y no un agregado abstracto de individuos, ni tampoco un Estado comprendido como única asociación que delimita una suma desorganizada de personas. De lo anterior es fácil entender que Gierke también va a ser crítico con el extremo opuesto, con la tradición del Derecho romano que no considera más realidad individual que el ser humano. Esta doctrina es seguida por Savigny y los tratados de pandectas. Para Savigny, los individuos asociados para el logro de unos fines concretos no conforman una nueva individualidad, sino un «agregado de individuos»⁴², al cual, el Derecho, valiéndose de una ficción, le otorga

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 266-267.

⁴¹ *Ibidem*, p. 268.

⁴² SAVIGNY, F. C., *Sistema del Derecho romano actual*, vol. I, Versión castellana de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, F. Góngora editores, 1878, p. 32.

cierta atención. La postura de Gierke, indica González Vicén, no podría ser más opuesta. Las *Genossenschaften* no son para él meros agregados, sino que constituyen una unidad real, en cuerpo y alma, podríamos decir; hasta el punto de que el acto que origina una asociación no es para Gierke un contrato, sino un acto creador total. Escribe González Vicén a este respecto que, para Gierke:

Sólo un desconocimiento de la naturaleza del pensamiento jurídico puede ver en las asociaciones una individualidad artificial junto a individualidades naturales, una ficción arbitraria del legislador a la que no corresponde un sustrato real⁴³.

Ya su maestro Georg Beseler, autor de *Volksrecht und Juristenrecht*, conocido por oponerse a Savigny y a la pandectística del Derecho romano⁴⁴, había insistido en el carácter orgánico y personal de las asociaciones, las cuales no se deben contraponer al ser humano como individuo, ya que ellas mismas son individuos. De este modo, indica González Vicén, Gierke insistirá en que es un error creer que el Derecho crea las asociaciones ficcionalmente, pues el Derecho no es el que crea un sujeto de Derecho, sino una proposición jurídica que muestra la existencia de este⁴⁵.

Una vez que Gierke asienta, como característica esencial de la vida social, la existencia de una multiplicidad de asociaciones, el Estado se nos revela como una asociación más; llegando así a una de las direcciones fundamentales del pensamiento gierkeano anunciadas por González Vicén. El Estado, como asociación, posee una estructura similar a las otras, pues, si bien en su caso es cierto que engloba el total de la sociedad, no es genéricamente diferente de las demás. Para Gierke, fue el pensamiento político en la Edad Moderna el que oscureció el concepto de Estado como asociación entre asociaciones, para entenderlo como una institución que se encuentra por encima y fuera de la sociedad. Volver a comprender el Estado como asociación puede significar pensar la comunidad política como entidad real. No obstante, Gierke manifiesta que existen rasgos que son solamente propios del Estado. El Estado no deja de ser una asociación «superior» a las demás, en el sentido de que es la más extensa y que abarca a todas las personas y a todas las asociaciones. Además, posee fines diferentes, sobre todo si entendemos que el Estado es la comunidad del obrar político. Por último, es también «superior» por ser una asociación soberana, entendiendo así que, como Estado soberano es la única asociación que no está sometida a ninguna otra, ni a ningún otro Estado. En conclusión, apunta González Vicén, para Gierke las asociaciones ligán sus poderes a sus fines concretos, pero el Estado extiende su poder a todos los fines posibles de la convivencia

⁴³ GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», op. cit., pp. 270-271.

⁴⁴ Cfr. PENDÁS, B., «Estudio preliminar», op. cit., pp. XIV-XVI.

⁴⁵ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», op. cit., pp. 268-271.

humana. Por razón de esta extensión de su poder, el Estado ocupa una posición especial y superior⁴⁶.

Concebido así el Estado como asociación entre asociaciones, pero, a su vez, como asociación preeminente, el concepto del Derecho de Gierke, manifiesta González Vicén, va a partir de estas conclusiones como presupuestos de base. Define así el Derecho como manifestación de la vida de las comunidades y de su mundo de relaciones y sólo desde esta realidad puede ser entendido como regulación efectiva y concreta de la convivencia humana⁴⁷; es decir, el Derecho tiene su origen en las familias, las estirpes, los grupos regionales, las Iglesias, los municipios, las corporaciones, etc. Gierke repite en su concepción del Derecho lo que había hecho en su teoría social y del Estado, esto es, un desplazamiento del punto de vista tradicional que viene a significar que el ser humano es miembro de una multiplicidad de asociaciones que expresan cada una su propia personalidad, y, entre ellas, está también el Estado. A este pluralismo social, como podemos rápidamente darnos cuenta, le va a venir aparejado un pluralismo jurídico (que servirá de inspiración a pensadores de la talla de Harold J. Laski y Eugen Ehrlich). El Derecho para Gierke, continúa González Vicén, no es producto de una única instancia de poder (el Estado), sino que nace en el seno de cada una de las asociaciones que componen la sociedad, es decir, desde la asociación de ámbito más estrecho hasta la más amplia que es el Estado. Por lo tanto, dice González Vicén, para Gierke el Derecho que produce el Estado es emanación de la asociación o personalidad total estatal a través de sus órganos, la cual, sólo posee accidentalmente y como circunstancia histórica una coactividad superior⁴⁸. Esta conclusión, advierte González Vicén, es de vital importancia para comprender la originalidad de Gierke. Supone admitir por su parte no sólo que la coerción no es la nota principal del Derecho, sino que puede haber Derecho carente de fuerza coactiva y seguir siendo Derecho⁴⁹.

Las asociaciones crean Derecho en dos sentidos diferentes. El primer sentido, indica González Vicén, se refiere a las normas que determinan su estructura y por tanto su realidad supraindividual, o, en términos de Gierke, el Derecho social, la vida interna de las asociaciones. Conforman este Derecho social⁵⁰ algo bien diferente del Derecho privado tradicional, a saber, las normas que regulan su existencia y sus procesos de vida y también ciertas nociones como las de miembro, órgano o capacidad de acción jurídica válida, o el proceso de formación de la voluntad colectiva, o las relaciones de la asociación, y, en particular, las relaciones de sus miembros con el patrimonio colectivo, etc. Todo este sistema jurídico

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 272-278.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 279.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 280.

⁴⁹ Cfr. PENDÁS, B., «Estudio preliminar», op. cit., p. XXII.

⁵⁰ Sobre este concepto de Derecho social, cfr. GURVITCH, G., *La idea del Derecho social*, Edición, traducción y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto, Granada, Comares, 2005.

de orden superior es lo que Gierke llama Derecho social que, en definitiva, no es sino aquello que las asociaciones establecen como orden de su existencia. En segundo lugar, explicita González Vicén, como toda asociación deja a los individuos que las componen una esfera de libertad independiente de la comunidad, la regulación de otra clase de relaciones que se van a dar pie aquí, según Gierke, conformarán el Derecho individual (extremo este en el que el más célebre epígono de Gierke, el ya mencionado Eugen Ehrlich, va a diferir, comprendiendo que todo individuo obra en sociedad siempre como miembro de una asociación). En cualquier caso, esta distinción entre Derecho social y Derecho individual no coincide con la tradicional diferencia entre Derecho público y Derecho privado⁵¹.

Otro concepto clave de Gierke, manifiesta González Vicén, para comprender su percepción del Derecho es el de convicción, mediante el cual quiere decir que el Derecho es un fenómeno surgido en las colectividades humanas y se hace real en la convicción común, es decir, en la conciencia común del estar existiendo en sociedad. De este modo se distancia Gierke también de la Escuela histórica al diferir de la misma idea de pueblo, *Volk*, como fuente del Derecho (el *Volksrecht*), viéndose desplazada por la idea de convicción de la comunidad, como también desplaza la idea algo más general de que el Derecho se constituye como tal por la imposición de una voluntad superior. Gierke será muy crítico con el voluntarismo (frente a Bierling, por ejemplo, y su teoría del reconocimiento del Derecho o *Annerkennungstheorie*), que considera herencia del Derecho romano. Como González Vicén subraya, le parece a Gierke que el Derecho no puede ser él mismo voluntad, pues es una regulación y delimitación de voluntades y, claro está, una voluntad puede doblegar a otra, pero de ella no puede derivarse una limitación del querer. E insiste González Vicén: según Gierke, para que el Derecho sea norma para voluntades libres debe ser otra cosa diferente a mera voluntad. Frente al voluntarismo, entonces, la convicción expresa un juicio de la razón acerca de qué normas deberían regir las relaciones de voluntad en una comunidad. Como expresión de un juicio racional el Derecho posee existencia frente a toda voluntad y por tener sus raíces en la convicción común de un grupo humano, el Derecho es siempre juicio de la razón acerca de los límites que hay que señalar a la voluntad como lo permitido o lo debido. Por eso, concluye González Vicén, puede decir Gierke, en definitiva, que el Derecho no es voluntad, sino razón⁵². Este modo de pensar lo enfrenta también al imperativismo, pues, para Gierke, la voluntad no hace surgir el Derecho de la nada; su función es sólo la de declarar, confirmar o revestir de sanción un Derecho ya existente. El Derecho puede expresarse y se expresa en forma de mandato o imperativo, pero, a pesar de ello, el mandato es sólo la vestidura del Derecho. Lo que se manda es Derecho

⁵¹ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», op. cit., p. 282.

⁵² *Ibidem*, p. 289.

porque lo que la voluntad trata de imponer es un juicio de la conciencia jurídica sobre la determinación racional de la libertad⁵³.

Pero Gierke, indica González Vicén, va a necesitar un criterio fundante para afirmar qué es un juicio de la razón; un juicio tal que exprese que una norma sea o deba ser Derecho. Tal criterio será el de «justicia», pues, precisamente, lo justo es el juicio contenido en la convicción común de que algo debe ser Derecho. La idea del Derecho es la idea de «lo justo». Eso sí, esta idea no puede ser algo fijo y formulado de una vez por todas, sino que los seres humanos deben tratar de hacerlo efectivo en la historia a través de las comunidades. Ehrlich lo diría con estas palabras:

No poseemos ni una única justicia, ni una única belleza, pero en toda obra de justicia se encuentra la justicia, como en toda obra artística auténtica está hablando la belleza a la humanidad⁵⁴.

Por lo tanto, ese carácter múltiple y contradictorio en la experiencia histórica no es accidental, sino consustancial a la naturaleza de las comunidades y su conciencia jurídica. Aquí, apunta González Vicén, residirá para Gierke el error del positivismo de su tiempo, haber creído que, refutando el iusnaturalismo, se eliminaba la idea del Derecho de la ciencia jurídica, la idea de ver en el Derecho una respuesta histórica de las distintas comunidades a la cuestión de la justicia. Si eso sucede, para Gierke, el Derecho pierde toda dignidad y se convierte exclusivamente en un instrumento que se mide por su utilidad en la consecución de una serie de fines ajenos a él mismo, en la mera aseguración de unos intereses. En ese proceder de su época, este paulatino ir desapareciendo la idea de justicia como elemento esencial del Derecho, señala González Vicén, veía Gierke el comienzo de una dirección que iba a conducir a la aniquilación de la autonomía ética del Derecho. Un proceso que, en opinión de González Vicén, ya se ha completado⁵⁵ y lo describe así:

Es lo que hoy (...) llamamos la tecnificación y mecanización del Derecho: la sustitución del Derecho por la ley, la producción legislativa «motorizada», y la concepción del Derecho como un medio técnico en manos de técnicos, destinado a la consecución de los fines propios del poder político y de los poderes económicos. Es el proceso de la neutralización ética del Derecho⁵⁶.

Es fácil de ver, en esta descripción, una crítica a la situación española del momento (el tardofranquismo), que, en lo jurídico, cabría denominar con una

⁵³ *Ibidem*, p. 290.

⁵⁴ Ehrlich, E., *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1913, p. 168.

⁵⁵ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», op. cit., pp. 290-294.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 294.

expresión del gusto de Elías Díaz, «formalista-tecnocrática»⁵⁷. Pero, volviendo a Gierke, advierte González Vicén que, en todo caso, la idea de justicia no puede tener un contenido intemporal (como pretendería el iusnaturalismo, matiza González Vicén), sino que debe tener carácter de realidad social, íntimamente relacionada al fenómeno, también social, de la convicción común. Qué es justo estará determinado por la conciencia jurídica de una comunidad, y, por tanto, vinculado al desenvolvimiento histórico de las formas de vida de esta comunidad. Por semejante determinación, además, entiende Gierke que la norma tendrá un contenido concreto, que es lo que la vincula a su realidad social. De esta manera, explícita González Vicén, contestará también Gierke al formalismo jurídico que elimina, o pretende eliminar, los caracteres esenciales del Derecho, haciendo caso omiso a su contenido, que la idea de justicia está relacionada íntimamente con el problema de la validez. Como González Vicén advierte, no van a satisfacer a Gierke ni la concepción del Derecho para obtener un fin (como los postulados que basan la obligatoriedad en la seguridad jurídica), ni la concepción del Derecho natural, que hace descansar la validez del Derecho en «otro» Derecho. Ambas poseen el rasgo común de fundamentar la obligatoriedad del Derecho desde fuera del Derecho. Éste, sin embargo, debe encontrar su fundamento en sí mismo. Y, resume González Vicén, lo encuentra Gierke en la idea de justicia y en la idea del Derecho como realidad social e histórica, pues, si todo Derecho positivo es siempre la conformación y concreción de la idea del Derecho propia de la conciencia de una comunidad histórica determinada, aquí se halla el último fundamento de la validez jurídica. Este fundamento se identifica, por eso, para Gierke con la justicia. La justicia no como una noción, variable o permanente, situada más allá de la realidad jurídica histórica, sino como elemento integrante de su realidad⁵⁸. Este planteamiento no debe confundirse con una suerte de relativismo, se trata, más bien, de un «relacionismo». El sociólogo alemán Karl Mannheim define esta diferencia de un modo claro:

El relacionar las ideas individuales con la estructura total de un determinado objeto histórico-social no debe confundirse con un relativismo filosófico que niegue la validez de toda norma (...). El relacionismo no significa que no existan criterios de verdad y de falsedad para una discusión. Pero sí insiste, sin embargo, en que es inherente a la naturaleza de ciertas afirmaciones el que no puedan ser formuladas de un modo absoluto, sino solo en los términos de la perspectiva de una situación determinada⁵⁹.

⁵⁷ El mismo Elías Díaz siempre destacó que el trabajo intelectual de González Vicén, aparentemente inocuo, que se ocupa de Kant, del positivismo jurídico, etc., contenía una más o menos velada crítica al régimen franquista. Cfr. DÍAZ, E., *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Madrid, Alianza, 1994, p. 98.

⁵⁸ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», op. cit., pp. 298.

⁵⁹ MANNHEIM, K., *Ideología y utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*, Traducción de Eloy Terrón, Madrid, Aguilar, 1966, pp. 362-363.

Por lo demás, y esta es una de las conclusiones que más peso han tenido en el mismo González Vicén, tampoco debe confundirse este compromiso de la idea de justicia con su momento histórico con una tendencia hacia la obediencia incondicionada del Derecho solamente por formar parte de una realidad dada. La validez del Derecho, advierte González Vicén con mucha intención, permanece siempre dentro de los límites de la obligatoriedad específicamente jurídica, y, aunque presta al Derecho un fundamento ético, no le presta un fundamento ético absoluto e incondicionado. Esto es así para Gierke, porque, de un lado, «ni las obligaciones éticas ni las obligaciones de la cortesía son obligaciones jurídicas»⁶⁰ y, de otro lado, las exigencias éticas incondicionadas se encuentran exclusivamente en la conciencia ética individual, pues, piensa Gierke, el Derecho es un bien elevado, pero no es el bien más elevado⁶¹. Llegamos aquí a un punto crucial de este estudio. Como sucedía con Jhering, González Vicén llega muy dialéctica y procesualmente a lo que a él mismo le interesa destacar. De estas conclusiones de Gierke en la relación entre ética y Derecho hasta la imposibilidad de las razones éticas de obediencia al Derecho sólo hay un paso. Escribía González Vicén en una de sus últimas publicaciones:

La obediencia al Derecho no está fundada en ninguna necesidad ética. El Derecho [...] no es nada que pueda ser objeto de una emoción ética, sino uno de los instrumentos forjados por el hombre para la satisfacción de sus necesidades materiales. No hay fórmula jurídica que no sea modificable o derogable si así lo demandan las necesidades materiales del momento. Pensar en un Derecho justo por naturaleza, invariable y que obligue éticamente, es dejar vagar la imaginación por rutas que no conducen a ningún sitio⁶².

Gierke no quiere que el Derecho llegue a constituirse en mero instrumento, para González Vicén ya lo es de hecho; y se trata en gran medida de un instrumento de dominio⁶³. En cualquier caso, para Gierke, en el momento en el que la obligatoriedad jurídica polemiza con las exigencias de las normas éticas, la decisión acerca de la conducta debida reside en el juicio de la conciencia individual. La desobediencia al Derecho, indica González Vicén, es para Gierke una acción moral cuando esta desobediencia se lleva a cabo como obligación de conciencia ineludible. La desobediencia se convierte, cuando el

⁶⁰ GIERKE, O., *Recht und Sittlichkeit*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1963, p. 5.

⁶¹ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», op. cit., p. 300.

⁶² GONZÁLEZ VICÉN, F., «Obediencia y desobediencia al Derecho. Unas últimas reflexiones», *Sistema*, n° 88, 1989, p. 107.

⁶³ A mi juicio, esta insistencia —muy marxista— de González Vicén en la dimensión instrumental del Derecho orientada a ejercer el dominio de una clase sobre otra ha generado que diversos críticos hayan soslayado los principales argumentos de González Vicén acerca de la necesidad de comprender ambos órdenes normativos como realidades separadas.

Derecho colisiona con una norma tenida por obligatoria éticamente, en un verdadero deber moral⁶⁴.

Por lo demás, advierte González Vicén que la corriente de pensamiento jurídico denominada «objetivismo jurídico» va a partir precisamente de esta concepción gierkeana del Derecho como expresión de la vida de las comunidades humanas a través de la convicción común. Es la corriente opuesta a concebir el Derecho como producto de la voluntad humana. En efecto, el Derecho es más bien resultado de la «conciencia orgánica» de los seres humanos y aparece sustraído de las decisiones individuales o colectivas, por lo que no es como tal «creado», no es resultado de procesos formales, sino un producto de la vida social. De este modo, procesos como la costumbre, la función legislativa, la actividad judicial que la doctrina tradicional abarcaba bajo la denominación de fuentes del Derecho no sólo no se hallan en el origen del Derecho, sino que presuponen, ya en sí, la existencia previa de un Derecho. Para Gierke, según González Vicén, la declaración por el Estado de que algo es Derecho sólo tiene sentido en cuanto a una realidad normativa anterior, sólo como su formulación y aseguramiento, no como su misma creación. Gierke se enfrenta aquí conscientemente con el proceso por el que el Estado se hace con el monopolio de la producción jurídica⁶⁵.

En efecto, como refiere González Vicén en su estudio, Gierke va a despojar teóricamente al Estado de su supremacía política que, desde Bodino, se tenía como algo inherente al concepto de soberanía. En este sentido, para González Vicén, Gierke se convierte así en el redescubridor del Derecho no escrito, independiente de toda voluntad que proceda de la autoridad. Separa para ello, conceptualmente, al Estado del Derecho. La opinión generalizada consistía, según González Vicén, en que partiendo del Estado se puede realizar un concepto de Derecho, que solamente desde el Estado puede llegarse al Derecho. Gierke se va a oponer a todo ese planteamiento haciendo valer su concepción del Derecho como realidad autónoma. Igual que los usos, el idioma, el arte y la ciencia, el Derecho es también una función especial de la vida en común, que no queda absorbida por el Estado. La identificación de los imperativos del poder estatal con el Derecho conduce, según Gierke, a una teoría triste, estéril y vacua, que lo único que sabe decirnos es que Derecho son las reglas de conducta dictadas por el titular del poder para sus súbditos. Las relaciones entre Estado y Derecho sólo pueden entenderse si se parte del hecho de que se trata de dos fenómenos sociales con estructura y realidad propias, y se renuncia a intentar reducir el uno al otro. El poder organizado ha existido desde siempre, tanto en las hordas primitivas como en las comunidades políticas modernas, y es imposible pensar al ser humano sin la existencia de una asociación estatal. Pero tampoco se puede pensar sin la realidad del Derecho. Se trata de dos facetas diferentes de la vida en

⁶⁴ Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», op. cit. pp. 300-301.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 302-306.

común. El Estado es poder organizado, dirigido a la realización de los fines de la comunidad, mientras que el Derecho es orden que afirma y delimita la interacción de las voluntades individuales en la convivencia. Son dos potencias de igual rango, pero, aunque distintas conceptualmente, no se dan en la realidad por separado. La significación del Derecho para el Estado deriva de la naturaleza de éste como asociación, pues, al igual que en toda asociación, la vida interna del Estado es un proceso jurídico. El Derecho penetra la vida y el ser del Estado, fijando su constitución, regulando las relaciones entre sus órganos, determinando los modos de creación y formulación de su voluntad y el ámbito de validez de ésta. El Derecho es diferente del Estado, pero es la presuposición de éste. Pues un Estado que fuera meramente acción del poder, que porque posee fuerza física exige y obtiene obediencia, toda la vida política se reduciría al despotismo. Por tanto, Derecho y Estado no pueden ser dos potencias que se pretendan absorber la una a la otra. El Estado no está por encima, por debajo o fuera del Derecho; el Estado está en el Derecho, y en el Derecho reconoce la norma y el límite de su propia voluntad soberana. El Derecho es entonces una potencia interna, cuya fuerza se halla en la convicción común de la comunidad y no en la compulsión física, por lo que, para Gierke, la coactividad no puede ser el carácter esencial del Derecho sino solamente un añadido, porque la realidad del Derecho se refiere a la vida de la comunidad, no a ningún medio de coacción externa⁶⁶.

Para concluir, González Vicén entiende que, por todas estas razones antedichas polemiza Gierke con Paul Laband. Una polémica que no va a suponer meros debates entre especialistas. La crítica de Gierke a Laband es algo más; es, dice González Vicén, el enfrentamiento, como veremos a continuación, de dos grandes direcciones metodológicas que se podrían poner de manifiesto, principalmente, primero, en su forma de entender la norma; segundo, en su forma de alumbrar el concepto del Derecho; tercero, en su forma de comprender el método jurídico⁶⁷.

Respecto a la primera cuestión, explicita González Vicén, Laband afirmaba dos elementos en la norma jurídica, a saber, la regla jurídica que se formula en ella y el imperativo por el que se ordena la obediencia a la norma, o como se solía expresar en célebres discusiones del momento: la distinción entre ley en sentido material y ley en sentido formal. Para Gierke, este dualismo es muestra de las consecuencias de considerar que el Estado tiene el monopolio del Derecho, supone un auténtico desmembramiento de la norma que es en realidad un acto unitario. Esta separación no tiene sentido, piensa Gierke, pues considerar al imperativo en sí, sin un contenido al que hacer referencia, es una abstracción. Es el contenido jurídico del imperativo del Estado lo que confiere al acto legislativo el carácter de Derecho, no el imperativo en sí⁶⁸.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 308-311.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 313.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 313-314.

Respecto a la segunda cuestión, el concepto gierkeano del Derecho como fenómeno social es el punto de arranque para su devastadora crítica contra el formalismo jurídico, del que se hace eco González Vicén. El formalismo jurídico del siglo XIX se había consagrado a través de la jurisprudencia de los conceptos propia, como decíamos a colación de Jhering, de la pandectística, y posteriormente iba a resonar a través de las obras de Derecho público de Laband, pero también de C.F.W. von Gerber. El enfrentamiento entre Gierke y Laband, a juicio de González Vicén, supone, en el plano gnoseológico, la encarnación del enfrentamiento entre las dos grandes direcciones de la teoría del conocimiento jurídico: la que cree que la realidad social y jurídica tiene que entenderse desde sí misma y la que cree que tiene que entenderse partiendo de conceptos generales o desde la idea. Según González Vicén, Gierke señala que toda labor científica tiene una función conceptualizadora, pero el error de la jurisprudencia conceptual, representada en el debate por Laband, es pensar que el concepto no es medio para el conocimiento sino el fin de este. Gierke manifiesta que los principios, métodos y estructura de semejante posición contradicen la misma naturaleza del Derecho, que consiste en ser un fenómeno social. Además, el método abstractivo, más propio de las ciencias empíricas, no es útil para la conceptualización jurídica. Los conceptos jurídicos no son meras estructuras lógicas, sino estructuras históricas. El objetivo de la ciencia del Derecho no consiste en aplicar Derecho ni en crearlo, sino en conocerlo y saber que su objeto está fuera de ella⁶⁹.

En tercer lugar, respecto al método jurídico, comenta González Vicén que, con su crítica, Gierke se siente depositario de las intenciones de Savigny y el corrector en su nombre del camino erróneo que, desde Puchta y la pandectística, seguiría la segunda generación de la Escuela histórica. En opinión de González Vicén, Gierke, como también lo hiciera Jhering, ha visto con genial penetración que el conceptualismo de los pandectistas (y en el caso particular de Gierke también el conceptualismo propio de la escuela de Laband y Gerber) no es una nueva teoría sino una recaída en el método logicista-formal del iusnaturalismo racionalista⁷⁰. Así pues, concluye González Vicén, el método de Gierke parte de la idea del Derecho como un objeto histórico, cuya comprensión y articulación conceptual no pueden ser realizados con independencia de su contenido. No se trata de dejar a un lado toda conceptualización, que es necesaria, sino ver claramente que la forma es siempre forma de un contenido. Para González Vicén hay aquí una prefiguración de aquel *adagio* husserliano, *zur Sache selbst*, esto es, volver a las cosas mismas, pero aplicado al campo del Derecho: una vuelta a la materia del Derecho, y, a su vez, por lo mismo, una prefiguración de la sociología jurídica. No hay que olvidar la notable influencia de Gierke en los primeros sociólogos del Derecho, como en el caso de Eugen Ehrlich. González Vicén se sentiría en total sintonía con estos extremos.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 316-327.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 328.

Para concluir, González Vicén resalta que el método de Gierke para el conocimiento del Derecho es un método histórico, en el que lo general y lo singular son momentos igualmente esenciales de la conceptualización. Hay una conexión esencial entre pasado y presente, y se puede concebir cada uno de esos momentos históricos como una totalidad de formas de vida relacionadas y que se condicionan entre sí. Por lo demás, matiza a su vez González Vicén que la idea de que el pasado vive en el presente y lo determina es una idea de la Escuela histórica. Por su parte, la idea de que ninguna época produce su mundo por sí y a su arbitrio, sino siempre en una comunidad que no se puede separar de su pasado, es de Hegel. En opinión de González Vicén, Hegel intuyó genialmente que cada momento en la historia, representa un momento del Espíritu (*Geist*) que se manifiesta en una multiplicidad de organizaciones, ya sean, políticas, religiosas, artísticas, morales, de uso social, etc., que, siendo diferentes, no difieren al ser ramas de un mismo tronco. Entre estos dos planteamientos, entiende González Vicén, se mueve el método histórico de Gierke. Pero para comprender el Derecho nos debemos mover también en un plano de comprensión integral, esto es, analizando todas las demás funciones de la vida social. En definitiva, en opinión de González Vicén, la ciencia jurídica trata de fijar los contornos del Derecho en toda su pureza, pero si al hacerlo olvida la realidad social que conforma la materia jurídica, el Derecho mismo se le escapará de entre los dedos. Para conocer el Derecho es preciso tener en cuenta siempre aquellos factores, distintos del Derecho, que determinan y condicionan el proceso histórico de su formación⁷¹.

IV. CONCLUSIONES

De la proteica obra de estos dos juristas excepcionales se pueden extraer muchas conclusiones, no obstante, a efectos del presente trabajo se pretendía exclusivamente perfilar los aspectos que González Vicén destaca de ambos a través de la reexposición que hemos pretendido realizar de sus estudios dedicados al pensamiento, método y concepto del Derecho de Jhering y Gierke, pues, tal y como hemos ido diciendo, han supuesto un evidente influjo en su pensamiento.

La perspectiva histórico-social del Derecho en la que se posicionó toda su vida González Vicén y que durante el siglo XX han ido defendiendo diversos teóricos del Derecho, como es el caso, por ejemplo, de Norberto Bobbio y Renato Treves en sus bien fundamentados estudios de las funciones sociales del Derecho para comprender el Derecho mismo, o ya en nuestro siglo, por influencia de Herbert Hart, toda una serie de filósofos y filósofas del Derecho en el ámbito anglosajón

⁷¹ *Ibidem*, p. 333.

como Nicola Mary Lacey, Roger Cotterrell, o Brian Z. Tamanaha⁷², tiene su punto de arranque de modo bien diferenciado, y en sintonía con nuestra sensibilidad contemporánea, en la obra y pensamiento de Rudolf von Jhering y Otto von Gierke. Es, en definitiva, la perspectiva propia de una reflexión sobre el Derecho que, sin renunciar al positivismo jurídico, pretende arrumbar todo modo de formalismo en la práctica y en el estudio del Derecho.

González Vicén, había sido todo un «resistente». Cualquiera que se aproxime a su biografía podrá comprobarlo. No es de extrañar que, al menos, una parte fundamental de Jhering le llamase tanto la atención; quizá, en este sentido, le gustase sobre todo aquello de que el que se ve atacado en su «derecho» debe resistir. Esta máxima de conducta se trata de un deber que tenemos para con nosotros mismos. La conservación de la existencia es la suprema ley de los seres vivos, así se manifiesta instintivamente en todas las criaturas; pero la vida material no es toda la vida del hombre, tiene que defender además su existencia moral, lo cual, para Jhering, pasa por su realización jurídica⁷³. La vida humana, en su nivel práctico y social, requiere del conflicto. González Vicén, quien además de Jhering recibió la influencia de Marx —en este sentido conflictualista de la concepción del Derecho—, entiende que el Derecho es siempre la realización de los valores de una clase social frente a otra. En definitiva, los derechos no vienen dados, sino que deben ser conquistados. Esta es, también, una de las razones por las que entre ética y Derecho debe prevalecer la primera frente al segundo. El Derecho de un Estado determinado es siempre el Derecho propio de un grupo social que en un tiempo determinado tiene la fuerza para poder imponerse.

Gierke, por su parte, menos conocido en el mundo hispánico al no disponer prácticamente de traducciones en nuestro idioma⁷⁴, tiene bien claro que es necesario separar la ética del Derecho; no porque el Derecho no deba tener ninguna dignidad ética, de hecho, deber ser realizado a través de la justicia, sino porque la confusión entre órdenes normativos dejaría mal parada la autonomía ética de los sujetos. Así también lo cree González Vicén. De Gierke —y de la tradición alemana de la que parte, de la cual Althusius y Kant son dos grandes exponentes— toma González Vicén precisamente la idea de que, si bien el Derecho posee una cierta dignidad moral, solamente existen obligaciones absolutas dentro del ordenamiento de la ética. Las obligaciones jurídicas no son obligaciones éticas y

⁷² Sobre el aporte de estos autores próximos a la teoría analítica del Derecho para la comprensión en nuestros días del Derecho como un fenómeno social, ver el cuarto epígrafe del trabajo del profesor Manuel Calvo, «Hacia una teoría socio-jurídica del Derecho». Cfr. CALVO GARCÍA, M., «Positivismo jurídico y Teoría sociológica del Derecho», *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies*, vol. 6, issue 1, 2014, pp. 57-62.

⁷³ JHERING, R. von, *La lucha por el Derecho*, op. cit., p. 77.

⁷⁴ Algo que ya está empezando a paliarse con la aparición hace relativamente poco de la traducción de uno de los textos más conocidos de Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*. Cfr. GIERKE, O. von, *Johannes Althusius y el nacimiento histórico del contractualismo*, Traducción de Pedro Madrigal, Madrid, Tecnos, 2021.

viceversa, aunque coincidan en el contenido de su mandato. No hay que entender de otro modo la dignidad de las normas jurídicas:

El cometido último del Derecho, además de la ordenación de la vida del Estado, es la delimitación de esferas ciertas del obrar legítimo individual como condición externa de posibilidad para el desarrollo de la propia personalidad; es aquí donde para Gierke, como ya antes para Kant y la tradición kantiana, radica el fin ético formal del Derecho⁷⁵.

Es al final de todo su recorrido por el estudio de la filosofía y la filosofía del Derecho germánicas —en el que Jhering y Gierke son dos momentos nucleares de dicha trayectoria— que González Vicén podrá expresar sin ambages aquello de que:

Si un Derecho entra en colisión con la exigencia absoluta de la obligación moral, este Derecho carece de vinculatoriedad y debe ser desobedecido. O dicho con otras palabras: mientras que no hay un fundamento ético para obediencia al Derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia⁷⁶.

V. BIBLIOGRAFÍA

CALVO GARCÍA, M., «Positivismo jurídico y Teoría sociológica del Derecho», Sortuz. *Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies*, vol. 6, issue 1, 2014, pp. 46-66.

DE PÁRAMO, J. R., «Obediencia al Derecho: revisión de una polémica», *Isegoría*, n° 2, 1990, pp. 153-161.

⁷⁵ GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», op. cit., p. 315.

⁷⁶ GONZÁLEZ VICÉN, F., «La obediencia al Derecho», GONZÁLEZ VICÉN, F., *Estudios de filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1979, p. 388. Este estudio, cuyo epicentro sería precisamente este párrafo, generó un debate que duró casi dos décadas. Los principales protagonistas en su primera hora de fueron Elías Díaz, Manuel Atienza, Javier Muguerza y Eusebio Fernández. Dos buenas referencias para seguir sus argumentaciones son FERNÁNDEZ GARCÍA, E. *La obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas, 1987, sobre todo las páginas 91-115, y MUGUERZA, J., «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia», *Sistema*, n° 70, 1986, pp. 27-40. Entre 1987 y finales de la década de los noventa intervinieron en mayor o menor medida los argumentos de Adela Cortina, Esperanza Guisán, Gregorio Peces-Barba, Juan Ramón de Paramo, Benjamín Rivaya, Carlos Gómez, Juan Carlos Acinas, Marina Gascón Abellán y Juan Antonio García Amado. Como las referencias de esta segunda hora pueden ser muchas incluyo aquí tres que recogen especialmente bien las voces intervinientes: DE PÁRAMO, J. R., «Obediencia al Derecho: revisión de una polémica», *Isegoría*, n° 2, 1990, pp. 153-161; GARCÍA AMADO, J. A., «A vueltas con la desobediencia. Notas sobre las tesis de González Vicén y sobre algunas críticas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° 10, 1993, pp. 349-374; GASCÓN ABELLÁN, M., «Felipe González Vicén y la negación del deber de obediencia al Derecho», *Volubilis*, n° 6, 1997, pp. 151-159.

- DÍAZ, E., *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Madrid, Alianza, 1994.
- EHRlich, E., *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1913.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E. *La obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas, 1987.
- GARCÍA AMADO, J. A., «A vueltas con la desobediencia. Notas sobre las tesis de González Vicén y sobre algunas críticas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° 10, 1993, pp. 349-374.
- GASCÓN ABELLÁN, M., «Felipe González Vicén y la negación del deber de obediencia al Derecho», *Volubilis*, n° 6, 1997, pp. 151-159.
- GIERKE, O., *La función social del Derecho privado*, Traducción de José M. Navarro de Palencia, Madrid, Sociedad editorial española, 1904.
- GIERKE, O., *Teorías políticas de la Edad Media*, Traducción de Piedad García-Escudero y estudio introductorio de Benigno Pendás, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1995.
- GIERKE, O., *Recht und Sittlichkeit*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1963.
- GIERKE, O. von, *Johannes Althusius y el nacimiento histórico del contractualismo*, Traducción de Pedro Madrigal, Madrid, Tecnos, 2021.
- GONZÁLEZ VICÉN, F., «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico», *Anuario de filosofía del Derecho*, n°4, 1987, pp. 223-248.
- GONZÁLEZ VICÉN, F., «La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke», GONZÁLEZ VICÉN, F., *Estudios de filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1979, pp. 259-334.
- GONZÁLEZ VICÉN, F., «La obediencia al Derecho», GONZÁLEZ VICÉN, F., *Estudios de filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1979, pp. 365-398.
- GONZÁLEZ VICÉN, F., «La Escuela Histórica del Derecho», GONZÁLEZ VICÉN, F., *De Kant a Marx (Estudios de Historia de las Ideas)*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1984, pp. 99-146.
- GONZÁLEZ VICÉN, F., «Obediencia y desobediencia al Derecho. Unas últimas reflexiones», *Sistema*, n° 88, 1989, pp. 105-110.
- GURVITCH, G., *La idea del Derecho social*, Edición, traducción y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto, Granada, Comares, 2005.
- IHERING, R. von, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Traducción de Enrique Príncipe y Satorres, Granada, Comares, 2011.
- JHERING, R. von, *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Ridendo dicere verum*, Traducción de Tomás A. Banzhaf, Madrid, Civitas, 1987.
- IHERING, R. von, *La lucha por el Derecho*, Traducción de Adolfo Posada, Madrid, Civitas, 1985.
- IHERING, R. von, *El fin en el Derecho*, Traducción de Diego Abad de Santillán, Granada, Comares, 2000.

- LLOREDO ALIX, L. M., *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Dykinson, Madrid. 2012.
- MANNHEIM, K., *Ideología y utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*, Traducción de Eloy Terrón, Madrid, Aguilar, 1966.
- MUGUERZA, J., «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia», *Sistema*, n° 70, 1986, pp. 27-40.
- PENDÁS, B., «Estudio preliminar», GIERKE, O., *Teorías políticas de la Edad Media*, Traducción de Piedad García-Escudero y estudio introductorio de Benigno Pendás, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1995.
- SAVIGNY, F. C., *Sistema del Derecho romano actual*, vol. I, Versión castellana de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, F. Góngora editores, 1878.
- SMITH, A., *La riqueza de las naciones*, 3 vol., Traducción de José Alonso Ortiz, Barcelona, Orbis, 1983.

**LEGÍTIMA DEFENSA EN UN CONTEXTO DE VIOLENCIA
DE GÉNERO: ¿ES POSIBLE SU APRECIACIÓN
EN SITUACIONES DE NO CONFRONTACIÓN?**

***SELF-DEFENSE IN A GENDER VIOLENCE CONTEXT:
IS IT POSSIBLE ITS APPLICATION
TO NON-CONFRONTATION SITUATIONS?***

ÁNGEL SANTIAGO TOMÁS PLA

Abogado

Doctorando en Derecho Procesal

Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El creciente aumento casuístico de los resultados en los que puede derivar un contexto de violencia de género pasa por el supuesto en el que la mujer maltratada acaba con la vida de su agresor en una situación de no confrontación, al menos inmediata. Tradicionalmente, la respuesta jurídico-penal otorgada por los Tribunales de Justicia se ha fundado en razones vinculadas con la culpabilidad penal, y, en particular, con la causa de inculpabilidad del miedo insuperable. Todo ello, también en aras de observancia de las exigencias inherentes al principio de justicia material. No obstante, el presente trabajo explora la posibilidad de resolución de estos supuestos en sede de antijuridicidad, ponderando la posible aplicación a los mismos de la causa de justificación de legítima defensa (art. 20.4º del Código Penal), y, en especial, la concurrencia del presupuesto de la agresión ilegítima bajo la forma de una «gran agresión continua», en atención a las especificidades del referido contexto de violencia que atraviesa la mujer.

Palabras clave: legítima defensa, violencia de género, situación de no confrontación, «gran agresión continua», error sobre los elementos que constituyen la agresión ilegítima, miedo insuperable.

ABSTRACT

The growing casuistic increase of the results in which a gender violence context can derive includes the case in which the abused woman kills her aggressor in a non-confrontation situation, at least immediately. Traditionally, criminal response granted by Justice Courts is based in reasons linked to criminal guilt, and, particularly, according to guiltlessness cause of unbeatable fear. Thereby, because of the requirements inherent to material justice principle. Nevertheless, this essay, called «Self-defense in a gender violence context: ¿is it possible its application to non-confrontation situations?» explores the possibility of resolving this cases in illegality ambit, pondering the possible application to them of the justification cause of self-defense (art. 20.4° of the Spanish Criminal Code), and, in particular, the concurrence of the requirement of illegitimate aggression in the shape of a «big continuous aggression», in attention to the specificities of the referred gender violence context that the woman suffers.

Key words: self-defense, gender violence, non-confrontation situation, «big continuous aggression», mistake about the requirements that shape an illegitimate aggression, unbeatable fear.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONTEXTO DEL MALTRATO: ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y DE SUS PRINCIPALES MANIFESTACIONES Y EFECTOS EN LA VÍCTIMA. 1. CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO. 2. LAS DIVERSAS POSIBILIDADES DE EXTERNALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. 3. EFECTOS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA VÍCTIMA. III. LA APLICACIÓN DE LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN DE LEGÍTIMA DEFENSA EN SUPUESTOS DE NO CONFRONTACIÓN DENTRO DE UN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO. 1. LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN DE LEGÍTIMA DEFENSA: ELEMENTOS. A. *Agresión ilegítima*. B. *Necesidad de la defensa*. C. *Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión*. D. *Falta de provocación suficiente por parte del defensor*. E. *Elemento subjetivo: Ánimo o voluntad de defensa*. 2. LA INAPLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN SITUACIONES DE NO CONFRONTACIÓN EN EL CONTEXTO DE UNA SITUACIÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO. 3. ¿ES POSIBLE APRECIAR LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN DE LEGÍTIMA DEFENSA EN SITUACIONES DE NO CONFRONTACIÓN, EN UN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO? IV. CONCLUSIONES ALCANZADAS. V. BIBLIOGRAFÍA. 1. DOCTRINA. 2. JURISPRUDENCIA.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los efectos más graves de la violencia de género es que la misma puede ocasionar, a tenor de su progresiva intensificación, situaciones límite que, en no pocas ocasiones, desembocan en el óbito de la mujer. Lamentablemente, infrecuente es la semana en la que no podemos encontrar en los medios de comunicación social sucesos de este cariz.

Sin embargo, y a pesar de la existencia de un contexto de violencia de género, lo que, en algunas ocasiones efectivamente acontece es, precisamente, la situación contraria. Esto es, que sea la mujer víctima de violencia de género quien acaba con la vida del varón. Ello, v.gr., en el seno de un contexto de interacción previa, o si se prefiere, de agresión ilegítima por parte de éste ante la cual ella reacciona. O bien en el marco de una situación denominada de no confrontación¹ en la que ésta aprovecha que el varón está desprevenido para ejecutar su ataque. De esta forma, la misma podría superar esa diferente *vis* física entre ambos, la cual, probablemente, hubiera ocasionado el resultado de fallecimiento de la mujer, en el caso de haber podido reaccionar el varón por no encontrarse desprevenido.

Por esta razón, en la praxis se tiende a calificar jurídico-penalmente estos hechos como delito de asesinato. Así, en tanto en cuanto se aprecia la concurrencia de la circunstancia agravante específica de alevosía, *ex* art. 139.1.1^a del Código Penal, particularmente afianzada por la precisión del ataque y las distintas zonas corporales eventualmente afectadas, a la sazón, vitales.

El objeto de este trabajo es examinar la posible justificación penal de tales conductas, analizando si, en sede de antijuridicidad, es posible afirmar, en supuestos de hecho como el planteado, la concurrencia de la causa de justificación de legítima defensa, regulada en el ordinal cuarto del artículo 20 CP.

II. EL CONTEXTO DEL MALTRATO: ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y DE SUS PRINCIPALES MANIFESTACIONES Y EFECTOS EN LA VÍCTIMA

1. CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO

El término «violencia de género» sobrepasa su catalogación como mera expresión coloquial, por cuanto viene a ser un concepto provisto de contenido jurídico, y acuñado *ex lege*. En este sentido, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre,

¹ Un ejemplo característico en el que se produce el acometimiento en estos casos viene a ser cuando el tirano doméstico está durmiendo.

que regula y establece una serie de medidas destinadas a la protección integral de la mujer contra la violencia de género, define, en su artículo 1.1, el precitado concepto. A tal efecto, considera que, por violencia de género, debe entenderse:

«(...) toda violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

En parecido sentido, el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (también conocido como Convenio de Estambul), en su artículo 3.a) entiende por violencia contra las mujeres lo siguiente:

«(...) una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o puedan implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada».

En adición, considera, en relación con el concepto de género, que el mismo se corresponde con «los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres». Y por violencia contra las mujeres por razones de género reputa «toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada». Dicho Convenio forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, en tanto en cuanto fue ratificado por España en el año 2014.

Del mismo modo, en el ámbito internacional, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, aprobada mediante Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas núm. 48/104, de 20 de diciembre de 1993, entiende como violencia contra la mujer (cfr. art. 1):

«(...) todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada».

Y, dentro de su artículo segundo, incluye diversos tipos de violencia dentro de la familia, como la sexual, la psicológica o la física, así como variadas manifestaciones de las mismas, v.gr. el abuso sexual, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina, etc.

De todo lo anterior se deduce, como es sabido, que el sujeto pasivo de la violencia de género ha de ser necesariamente una mujer. En particular, por cuanto tal elemento conforma la principal razón del fundamento que desvalora con mayor intensidad este tipo de violencia. El mismo viene a ser esa suerte de elemento subjetivo o intencional, concurrente en el varón agresor, que pone de manifiesto con su actuar la existencia de una situación de discriminación y desigualdad, ejerciendo la violencia con prevalimiento de una relación de poder asimétrico en su favor.

Esa relación de superioridad del hombre sobre la mujer no se debe sólo a factores físicos, como una mayor altura, corpulencia o fuerza del varón. Sino que, en esencia, se encuentra estrechamente vinculada con una dominación sobre la mujer en la relación afectiva. Este sometimiento resulta, además, perceptible a todos los niveles, incluyendo el control psíquico ejercido sobre la víctima, su aislamiento social, o la prohibición de disponer ilimitadamente de recursos comunes (lo que, en esencia, se conoce como violencia económica).

A su vez, para afirmar la existencia de la violencia de género, esa mujer necesariamente ha de ser, o haber sido, cónyuge del tirano doméstico, o bien persona ligada a éste por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. La analogía no es predicable respecto del hecho del matrimonio, sino en relación a lo que subyace en el mismo. Es decir, el amor o afecto, el contacto frecuente, la permanencia temporal, etc.

Por consiguiente, dentro de este elemento encajan tanto las parejas de hecho debidamente registradas pública y oficialmente, como también las relaciones sentimentales sin ningún vínculo jurídico a efectos del Derecho de Familia. No obstante, se exige que tales relaciones revistan una vocación de permanencia y que no constituyan exclusivamente meros encuentros esporádicos².

En parecido sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 510/2009, de 12 de mayo, indica, en su fundamento de Derecho primero, que:

«lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar los móviles del agresor»³.

Junto a lo anterior, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 1376/2011, de 23 de diciembre, matiza que:

² Cfr. ROIG TORRES, Margarita, «La delimitación de la "violencia de género": un concepto espinoso», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 32, 2012, p. 261.

³ Vid. STS, Sala de lo Penal, núm. 510/2009, de 12 de mayo.

«tienen cabida no sólo las relaciones de estricto noviazgo (...), esto es, aquellas que (...) denotan una situación transitoria en cuanto proyectada a un futuro de vida en común, sea matrimonial, sea mediante una unión de hecho más o menos estable y con convivencia, sino también aquellas otras relaciones sentimentales basadas en una afectividad de carácter amoroso y sexual»⁴.

Consecuentemente, debe existir, como decimos, una cierta afectividad consolidada y provista de cierta regularidad.

2. LAS DIVERSAS POSIBILIDADES DE EXTERNALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

A tenor de todo lo expuesto con anterioridad, cabe preciar que la violencia de género no reviste una única manifestación, sino que su dimensión trasciende a varias esferas. En este orden de cosas, el art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, recoge, a modo ejemplificativo, algunas de las manifestaciones de ese tipo de violencia.

En concreto, el tenor literal de dicho precepto indica que «la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad».

A mayor abundamiento, las relaciones sentimentales caracterizadas por la presencia de un factor o componente de violencia de género pueden contener una única manifestación de este tipo de violencia, o, por el contrario, diversas y variadas exteriorizaciones de la misma. De todas ellas, la más conocida, obviamente, es el maltrato físico, que abarca desde un leve bofetón hasta palizas periódicas de mayor entidad y, en última instancia, la privación de la vida.

Sin embargo, también podemos encontrarnos ante situaciones de maltrato psíquico, caracterizadas por constantes insultos, humillaciones y tratos vejatorios. Asimismo, pueden existir conductas tipificables en el marco de los delitos contra la libertad sexual, por ejemplo, como medida de castigo. Se trata de la violencia sexual.

Pero también nos podemos encontrar con privaciones de libertad ambulatoria. A veces, concretadas en un encierro efectivo. Y, en otras ocasiones, imposibilitando en la praxis las posibilidades de huida de la mujer respecto de la situación que padece, mediante ese dominio ejercido sobre la misma. Así, incomunicándola y aislándola respecto de sus familiares más cercanos —lo que se conoce como violencia social—, o ejerciendo tal control psíquico e intimidación sobre ella que desvirtúa por completo la posibilidad de dar razón a la autoridad acerca de cuál es su verdadera situación. Esta intimidación puede lograrse mediante el uso de

⁴ Vid. STS, Sala de lo Penal, núm. 1376/2011, de 23 de diciembre.

la violencia ambiental, esto es, manifestando el varón la agresividad mediante atentados indirectos contra la mujer, utilizando todo aquello que ella quiere, ama, posee y tiene. Por ejemplo, romper intencionadamente objetos, golpear puertas y ventanas en una discusión, conducir de forma temeraria cuando ella está presente junto con sus hijos, etc.⁵

También influye sobremanera en la mujer el control y la dependencia de carácter económico, que sería la última de las manifestaciones de esta situación, lo cual no implica que sea infrecuente ni mucho menos.

3. EFECTOS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA VÍCTIMA

El factor de violencia de género genera una pluralidad de efectos perjudiciales en la mujer. Entre ellos, y sin perjuicio de los concretos actos de violencia, trastornos funcionales, aislamiento, ansiedad anticipatoria, miedo, dependencia de alcohol o de estupefacientes, anergia, trastorno de estrés postraumático (por ejemplo, si salen de esa situación de violencia) con padecimiento de episodios de re-experimentación, etc.

Pero, probablemente, el efecto psicológico más destacado de la violencia de género para la mujer es la causación a la misma del denominado Síndrome de la Mujer Maltratada (SMM), que acontece en un contexto de malos tratos continuados y que ocasiona una anulación, o desaparición casi total de la autoestima de la víctima de los mismos, quien también sufrirá de depresión, cuadros de ansiedad, dificultades para comunicarse y desarrollar con normalidad sus relaciones sociales⁶, y un largo etcétera.

Todo este cuadro diagnóstico expuesto, a la postre, ocasiona en la mujer una situación de indefensión aprendida, que viene a ser la consecuencia inicialmente buscada y pretendida por el varón con el ejercicio de la violencia. A su vez, tal indefensión aprendida ocasiona una serie de distorsiones en la percepción de la víctima, incluyendo la identificación con el agresor. En consecuencia, la mujer, al no vislumbrar salida alguna a la específica situación que padece, asume automáticamente un rol de obediencia para con el tirano doméstico, al cual transfiere todo el dominio y control sobre su persona.

En este sentido, se ha planteado si las mujeres que causan la muerte al varón, en el seno de un conflicto puntual —dentro de los múltiples que caracterizan la

⁵ Al respecto, véase DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Estudio sobre el tiempo que tardan las mujeres víctimas de violencia de género en verbalizar su situación*, Centro de Publicaciones del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, p. 13.

⁶ Vid. PÉREZ MANZANO, Mercedes, «Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 24, 2016, p. 56, donde se exponen con mayor grado de detalle las diversas manifestaciones del denominado Síndrome de la Mujer Maltratada.

relación de pareja—, o, por el contrario, en situaciones de no confrontación, padecen el Síndrome de la Mujer Maltratada.

A nuestro entender, la indefensión aprendida determina un sometimiento tal a la voluntad del tirano doméstico que acarrea, en la mayoría de los casos, la imposibilidad de acabar con la vida del varón. Por lo que, en los casos objeto de análisis, para su materialización, pueden ocurrir dos cosas. O bien que la mujer sea víctima de malos tratos, pero ello no ha repercutido en el padecimiento de dicho síndrome. O bien que se haya padecido el mismo, pero que, a la postre, se haya producido un desencadenante que ha posibilitado su superación efectiva, y por tanto, el cese de esa indefensión aprendida. Así, aunque sea en un instante temporal inmediatamente anterior a la ejecución del hecho. *De facto*, esa superación del síndrome puede conllevar una drástica discordancia con la posición anterior de la mujer. Y, en consecuencia, suponer que el desencadenante que ha posibilitado la superación efectiva del SMM ocasione también la ejecución del hecho a cargo de la mujer víctima de violencia de género.

Por esta razón, el factor verdaderamente relevante a la hora de ponderar la eventual justificación de la conducta agresiva de la mujer debe ser, en nuestro concepto, el hecho de ser víctima de unos malos tratos físicos actuales o inminentes, de un control psicológico continuado y/o de repetidas ofensas verbales. Es decir, debe atenderse fundamentalmente a la mera existencia del factor de violencia de género en la relación sentimental. Pero no al efectivo padecimiento (o no) del Síndrome de la Mujer Maltratada, con independencia de que el mismo sea un efecto destacado de este fenómeno.

En definitiva, será dicho factor el que, como debidamente se expondrá, repercute en una exclusión —o, en su caso, atenuación— de la responsabilidad penal precisamente por esa mayor peligrosidad sobre la salud e integridad corporal a la que, continuadamente, se ha visto sometida la mujer víctima de malos tratos⁷.

No obstante, la repercusión de todas estas nociones que se han examinado se proyectará en la calificación jurídico-penal de los hechos, y, particularmente, en el ámbito de la antijuridicidad, que será objeto de análisis en este trabajo. Sin perjuicio, eso sí, de las circunstancias concurrentes *ad hoc*, a las que habrá que atender en todo momento, así como de la existencia de alternativas defensivas

⁷ Al respecto de esta cuestión, véase ROA AVELLA, Marcela, «Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante», *Nova et Vêtera*, Vol. 21, núm. 65, 2012, p. 62. También, CORREA FLÓREZ, María Camila., *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa*. Tesis doctoral dirigida por Fernando Molina Fernández, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016, pp. 40 y ss., y pp. 276 y ss. En su trabajo, la autora considera que las mujeres que acaban con la vida de su agresor no padecen —o han superado, añadimos nosotros— el Síndrome de la Mujer Maltratada. Aunque entiende, en cualquier caso, que lo relevante a estos efectos es el padecimiento de la situación de maltrato, de la que se infiere una mayor peligrosidad para la mujer.

en sede de culpabilidad para el caso que la conducta de la mujer sea reputada como antijurídica.

III. LA APLICACIÓN DE LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN DE LEGÍTIMA DEFENSA EN SUPUESTOS DE NO CONFRONTACIÓN DENTRO DE UN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Como se ha indicado previamente, el propósito fundamental de este trabajo se ciñe a tratar de determinar si la conducta que llevan a cabo las mujeres que acaban con la vida del tirano doméstico en un contexto de no confrontación pueden estar justificadas penalmente, y, por ende, no ser constitutivas de delito. En particular, con el objeto de verificar si resulta, o no, de aplicación en tales supuestos la causa de justificación de legítima defensa.

Se ha entendido que la antijuridicidad equivale a la contrariedad de un hecho a las normas de cualquier sector del ordenamiento jurídico⁸. A su vez, debe distinguirse entre antijuridicidad formal, es decir, la contradicción objetiva del injusto penal con el Derecho en su conjunto, y antijuridicidad material. Este último concepto conlleva la realización de acciones o de omisiones que integran un injusto penal determinado, lesionando o poniendo en peligro bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal⁹.

Tal y como se ha expuesto, vamos a examinar, dentro de las causas de justificación existentes en nuestro ordenamiento jurídico, la legítima defensa, regulada en el artículo 20, ordinal cuarto, del Código Penal¹⁰. Esta eximente permite defender el ordenamiento jurídico ante una agresión ilegítima, predicable respecto de bienes jurídicos eminentemente personales. El portador y titular de tales bienes jurídicos es el individuo. Y entre los mismos se encuentran, por ejemplo, la vida o la integridad corporal y salud de las personas.

⁸ Cfr. VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal, Parte General: Introducción. Teoría jurídica del delito* (coords.: Romeo Casabona, Boldova Pasamar y Sola Reche), 2ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, p. 213.

⁹ *Ibidem*, pp. 213-214.

¹⁰ Conforme al precepto de referencia, estarán exentos de responsabilidad criminal los que obren en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

1. LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN DE LEGÍTIMA DEFENSA: ELEMENTOS

En los delitos contra la vida, la causa de justificación de legítima defensa se fundamenta, para los casos de legítima defensa propia, en la existencia de una necesidad básica y fundamental de autoprotección. Es decir, en una finalidad de evitar un ataque ilegítimo, actual o inminente, que padece la persona que se defiende y protege su propia vida con la conducta que lleva a cabo¹¹. Asimismo, requiere de la presencia de una serie de elementos, objetivos y subjetivo, que pasamos a exponer.

A. Agresión ilegítima

Dentro de los elementos objetivos de la precitada causa de justificación, el primero de ellos es el de la agresión ilegítima. Es un elemento imprescindible y de carácter esencial dentro de la eximente¹². Por ende, de no concurrir, no será posible la apreciación de la causa de justificación, ni siquiera como eximente incompleta¹³.

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por agresión ilegítima? En primer término, el concepto de agresión implica, fundamentalmente, un comportamiento humano penalmente relevante por acción o por omisión, que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal. A este respecto, un sector doctrinal, dentro del cual se encuadran CEREZO MIR y DíEZ RIPOLLÉS, considera que únicamente es posible la agresión por medio de una acción¹⁴. Sin embargo, la opinión doctrinal mayoritaria, en el seno de la cual se encuentran autores como LUZÓN PEÑA, defiende la posibilidad de existencia de una agresión omisiva. No obstante, sí se admite que, en la mayoría de agresiones por omisión, no será necesaria una defensa lesiva. Así, por cuanto el defensor podrá realizar, *per se*, la conducta que salvaguarde el bien jurídico protegido¹⁵.

¹¹ Cfr. STS, Sala de lo Penal, núm. 152/2011, de 04 de marzo, fundamento jurídico tercero.

¹² Cfr. CORREA FLÓREZ, María Camila, cit., p. 294. En este sentido, la esencialidad del indicado presupuesto es tal que la jurisprudencia ha llegado a expresar que se trata del elemento básico o capital generador de la legítima defensa. A este respecto, véase la STS, Sala de lo Penal, de 30 de marzo de 1993, fundamento jurídico único.

¹³ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, cit., p. 227.

¹⁴ Cfr. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte General, II. Teoría jurídica del delito*, Ed. Tecnos, Madrid, 6ª ed., 1998, pp. 212 y ss., y, más recientemente, el mismo, en, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008, p. 526. También, DíEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Derecho Penal Español. Parte General. En esquemas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 5ª ed., 2020, p. 307.

¹⁵ A este respecto, véase VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, cit., pp. 225-226, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª ed., 2016, p. 384, IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Ed. Comares, Granada, 1999, pp. 41 y ss., CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho Penal español. Parte General. Vol. I, Nociones introductorias. Teoría del delito*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002, pp. 810 y ss. También, BUSTOS RAMÍREZ, Juan José, y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Trotta, Madrid, 2ª ed., 2006, p. 261.

Por su parte, la ilegitimidad de dicha agresión alude a que la ilicitud de la conducta se refiere a normas de cualquier sector del ordenamiento jurídico¹⁶. No obstante, en relación a la noción de ilegitimidad de la agresión, MUÑOZ CONDE y LUZÓN PEÑA consideran que la misma exige que deba referirse únicamente al ordenamiento jurídico penal¹⁷. Mientras que, por el contrario, la opinión mayoritaria en relación con esta cuestión, dentro de la cual se encuadran autores como CEREZO MIR, MIR PUIG o DíEZ RIPOLLÉS, opta por considerar que la ilicitud de la agresión puede proceder de cualquiera de los sectores del ordenamiento jurídico¹⁸.

Por su parte, la jurisprudencia ha definido el concepto de agresión ilegítima en términos ciertamente parecidos, refiriendo que se trata de:

«(...) cualquier acto incisivo y amenazante cerniente sobre el sujeto y que tiende a poner en peligro o a lesionar el interés jurídicamente protegido de su vida, integridad física o bienes o derechos que le pertenecen o le son ínsitos»¹⁹.

O incluso ha considerado la agresión como «toda creación de un riesgo inminente para los bienes jurídicos legítimamente defendidos», procediendo a ligar o, mejor dicho, a vincular la creación de dicho riesgo «a la existencia de un acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo, como forma más concluyente de patentizarse el propósito agresivo»²⁰.

A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo indicaba que:

«(...) constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que puede crear un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes»²¹.

Actualmente, se viene considerando, en relación al requisito de la agresión ilegítima, que, para que dicho acometimiento revista este cariz, no es necesario que se realice efectivamente el daño o se lesione el bien jurídico protegido. Sino

¹⁶ Cfr. VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, cit., pp. 225-226.

¹⁷ A este respecto, véase LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Lecciones...*, cit., p. 388. También, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 11ª ed., 2022, p. 298.

¹⁸ Vid. CEREZO MIR, José, *Curso...*, cit., p. 218, y *Derecho Penal...*, cit., p. 532. Asimismo, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 10ª ed., 1ª reimpresión, con la colaboración de Gómez Martín y Vicente Iváñez, Ed. Reppertor, Barcelona, 2016, pp. 449 y ss., y, por último, cfr. DíEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Derecho...*, cit., p. 308.

¹⁹ Cfr. STS, Sala de lo Penal, núm. 324/1997, de 14 de marzo, fundamento jurídico segundo. También, la STS, Sala de lo Penal, núm. 900/2004, de 12 de julio, fundamento jurídico segundo.

²⁰ Vid. la ya citada STS, Sala de lo Penal, de 30 de marzo de 1993, fundamento jurídico único.

²¹ *Ibidem*.

que es suficiente con un simple intento de agresión que sea idóneo para ello²², quedando, en consecuencia, justificada una acción defensiva contra tentativas idóneas de agresión, pero no contra las que revistan un carácter inidóneo. Fundamentalmente, al no contar, en el caso de estas últimas, con los elementos necesarios para conformar una agresión real.

B. Necesidad de la defensa

En relación a este requisito, es preciso partir de una consideración previa. La misma no es otra que el hecho de que el art. 20.4º del Código Penal, precepto que regula la causa de justificación de legítima defensa, alude a la «necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión». De tal aseveración, se puede extraer la concurrencia de dos elementos objetivos diferenciados, que son la necesidad de la defensa, por un lado, y la necesidad racional del medio empleado en tal defensa, por el otro.

En primer lugar, expondremos las peculiaridades más características de la necesidad de la defensa. Se trata, nuevamente, de un elemento esencial de la causa de justificación de referencia, sin cuya concurrencia, por tanto, no es posible la apreciación de la eximente, ni siquiera de forma incompleta. Fundamentalmente, por cuanto, con carácter general, se exige que la agresión ilegítima revista una serie de cualidades o requisitos²³.

Primeramente, con el fin de apreciar la necesidad de la defensa, se exige que la agresión ilegítima sea actual o inminente. Por agresión actual debe reputarse la que está teniendo lugar en el momento presente. Mientras que, por otra parte, el rasgo característico de la inminencia implica que el ataque va a materializarse de forma muy próxima en el tiempo.

En el último caso, esto es, el de la agresión inminente, también tendrían cabida dentro de la misma los actos preparatorios inmediatamente anteriores a la iniciación de la fase de tentativa. *De facto*, la jurisprudencia ha indicado que existirá agresión, no sólo cuando exista un «acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo», sino también «cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato»²⁴.

Todo lo anterior conlleva, incluso, que pueden considerarse constitutivas de agresión ilegítima las actitudes amenazadoras. Eso sí, siempre que se reputen inminentes. Es decir, cuando las circunstancias del hecho sean tales que permitan reputar la existencia de un peligro real de acometimiento, temporalmente

²² Cfr. CORREA FLÓREZ, María Camila, cit., p. 295.

²³ Los requisitos para apreciar el presupuesto de la necesidad de la defensa serán objeto de exposición conforme a lo establecido en VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, cit., pp. 227-228.

²⁴ Cfr. la ya citada STS, Sala de lo Penal, núm. 900/2004, de 12 de julio, en su fundamento jurídico segundo.

cercano o inmediato. A este respecto, la jurisprudencia ha entendido que el acometimiento es sinónimo de agresión y que ésta debe entenderse producida no sólo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato. Por consiguiente, pueden reputarse agresión las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho permiten considerar la existencia de un peligro real de acometimiento²⁵.

No obstante, y sin perjuicio de estas consideraciones, algunos autores entienden que las agresiones de carácter continuo o permanente también se considerarían como actuales²⁶. Esta cuestión en modo alguno estaría exenta de relevancia en relación al caso concreto que nos ocupa, y sobre la cual nos pronunciaremos con detalle más adelante.

En segundo lugar, para que exista necesidad de defensa, la agresión ilegítima debe ser peligrosa en un juicio de previsibilidad objetiva *ex ante*. De esta forma, si la agresión ilegítima carece, objetivamente hablando, de peligrosidad, la defensa en modo alguno será necesaria. Por lo que dicho requisito no concurriría.

En último término, la agresión ilegítima debe ser inevitable, en el caso de no llevarse a efecto la defensa. Por consiguiente, frente al riesgo de agresión, necesariamente ha de realizarse algún comportamiento de carácter defensivo. Además, el simple hecho de que existan posibilidades de huida o de aviso a agentes de la autoridad en modo alguno supondría como consecuencia desvirtuar la concurrencia del presupuesto de la necesidad de defensa.

En definitiva, este presupuesto sirve al objeto de justificar la actitud constitutiva de un contraataque. Y, para ello, se requiere de la actualidad o inminencia de la agresión, la cual debe ser persistente en la creación de un riesgo para el bien jurídico protegido. Sin embargo, la ausencia de este presupuesto supondrá la apreciación de un exceso extensivo o impropio en la defensa²⁷. Y, consecuentemente, la imposibilidad de apreciar la causa de justificación de referencia, ni siquiera de forma incompleta. Principalmente, por cuanto el mismo es esencial para la configuración de la causa de justificación de la legítima defensa.

C. Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión

A diferencia de los elementos objetivos anteriores, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión es un elemento inesencial

²⁵ Así se indica en la STS, Sala de lo Penal, de 30 de marzo de 1993, fundamento jurídico único.

²⁶ En relación con esta cuestión, vid. CORREA FLÓREZ, María Camila, cit., p. 300.

²⁷ Cuya inevitable consecuencia será la no apreciación, ni siquiera de forma incompleta, de la eximente de referencia. A este respecto, véanse las SSTs, Sala de lo Penal, núm. 324/1997, de 14 de marzo, fundamento jurídico tercero, y núm. 1270/2009, de 16 de diciembre, en su fundamento jurídico tercero.

de la causa de justificación objeto de estudio. Subsecuentemente, de no concurrir, ello no supondrá la imposibilidad de apreciar la eximente de referencia, aunque sí en su forma completa. Por lo tanto, únicamente podrá apreciarse, de concurrir los elementos esenciales, la eximente incompleta, *ex* art. 21.1ª del Código Penal²⁸, en relación con el art. 20.4º del mismo Código.

En este sentido, la jurisprudencia considera que, de no concurrir el indicado presupuesto, podrá predicarse la existencia de un exceso intensivo o propio²⁹.

La necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión conlleva necesariamente determinar, una vez constatada la efectiva necesidad defensiva, si el concreto medio utilizado para la defensa ha sido el estrictamente necesario. A nuestro juicio, ello conforma una labor sustancialmente compleja. De hecho, el juzgador debe colocarse en el lugar del defensor en el momento en que la agresión ilegítima es actual o inminente, valorando todas las circunstancias concurrentes en el caso y determinando, en consecuencia, si concurre o no el indicado presupuesto³⁰.

Por lo tanto, el juicio de referencia debe efectuarse adoptando una perspectiva objetiva *ex ante*. Fundamentalmente, con el fin de apreciar si concurre o no la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión.

Por su parte, la jurisprudencia, cuando entra a valorar la eventual concurrencia del indicado presupuesto objetivo de la causa de justificación examinada, realiza un juicio de valor acerca de la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión, por un lado, y las propias de los medios y comportamientos defensivos³¹, por el otro.

En definitiva, une o, mejor dicho, vincula la racionalidad (entendida como una suerte de flexibilidad o graduación que no puede quedar sometida a reglas preestablecidas, sin que pueda exigirse al defensor que tenga la misma capacidad de reflexión y raciocinio de alguien que obre en circunstancias y condiciones normales de presión psicológica) al concepto de proporcionalidad. Así, teniendo en cuenta

²⁸ Conforme al art. 21.1ª del Código Penal, son circunstancias atenuantes, las causas expresadas en el capítulo anterior —incluyendo, por tanto, la legítima defensa, regulada en el art. 20.4º—, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

Quando el precepto alude a requisitos necesarios, éstos son los inexcusables para eximir de responsabilidad. Lo cual debe entenderse referido, en el seno de tal precepto normativo, a los elementos inesenciales. Puesto que, de no concurrir los mismos, se excluye la posibilidad de eximir de responsabilidad penal, mas no la de atenuarla. Sin embargo, la no concurrencia de un elemento esencial ni siquiera permitiría atenuar la responsabilidad con base en la causa de justificación de referencia.

²⁹ A este respecto, véanse las SSTs, Sala de lo Penal, núm. 324/1997, de 14 de marzo, fundamento jurídico tercero; núm. 2400/2001, de 14 de diciembre, fundamento jurídico segundo; y núm. 900/2004, de 12 de julio, fundamento jurídico segundo.

³⁰ Cfr. VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, cit., p. 229.

³¹ Cfr. SSTs, Sala de lo Penal, de 29 de septiembre de 1984, considerando octavo; de 30 de marzo de 1993, fundamento jurídico único, y la núm. 324/1997, de 14 de marzo, fundamento jurídico tercero.

las circunstancias concurrentes *ad hoc* y el estado anímico del agredido. También, por supuesto, los medios que se consideren razonables en el momento efectivo de la agresión³².

Sin embargo, doctrinalmente se entiende que este planteamiento no es correcto. Principalmente, porque la vinculación de la racionalidad con la proporcionalidad no resulta, en modo alguno, adecuada. Máxime, teniendo en cuenta que el régimen jurídico de la legítima defensa no contempla expresamente dicha exigencia de proporcionalidad³³.

Por consiguiente, la única posibilidad de conciliar el requisito de proporcionalidad al que alude la jurisprudencia con el régimen jurídico de la legítima defensa consiste en interpretar dicha proporcionalidad en clave de racionalidad. O, más concretamente, en términos de necesidad racional. Ello implica el uso de los medios defensivos estricta y racionalmente necesarios para impedir o, en su caso, repeler el acto de acometimiento.

Asimismo, el baremo para ponderar esta necesidad racional en los supuestos de hecho objeto de análisis no puede ser, según considera CORREA FLÓREZ, el criterio del hombre medio. Así, por cuanto tal consideración supondría un ejemplo de aplicación masculina del Derecho Penal, a la sazón, inidónea para el caso que nos ocupa, en tanto en cuanto el sujeto activo es una mujer. Por el contrario, deben valorarse los conocimientos específicos que tiene del agresor la persona que se defiende, así como su especial peligrosidad y fuerza³⁴.

En último lugar, el hecho de que exista la posibilidad de huir o, en su caso, de alertar a la autoridad competente, no excluye la concurrencia del presupuesto de la necesidad racional del medio empleado. Así, en el caso de usarse los medios racionalmente necesarios para impedir o repeler la agresión. La razón de ser de esta consideración es que la persona que se defiende no tiene por qué asumir riesgos innecesarios en el momento de buscar el medio idóneo para defenderse, ni tampoco ha de poner en riesgo su propia seguridad³⁵.

³² Véanse las SSTS, Sala de lo Penal, de 30 de marzo de 1993, fundamento jurídico único, núm. 1270/2009, de 16 de diciembre, fundamento jurídico tercero. No obstante, y teniendo en consideración este especial estado anímico y clima de presión concurrente en quien se defiende, alguna resolución judicial ha considerado que no cabe exigir una estricta proporcionalidad o equiparación entre el medio empleado por el agresor y el utilizado para la defensa. A este respecto, véase la STS, Sala de lo Penal, de 12 de junio de 1991, en su fundamento jurídico primero. También, las SSTS, Sala de lo Penal, núm. 470/2005, de 14 de abril, fundamento jurídico tercero, y núm. 544/2007, de 21 de junio, fundamento jurídico primero.

³³ En este sentido, véase VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, cit., pp. 229-230. Sin embargo, en sentido opuesto, existen pronunciamientos que sí contemplan la relación entre el presupuesto de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, y la proporcionalidad. A este respecto, vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, cit., p. 300.

³⁴ Cfr. CORREA FLÓREZ, María Camila, cit., pp. 315-317.

³⁵ *Ibidem*, pp. 313-314.

D. Falta de provocación suficiente por parte del defensor

El último elemento objetivo de la causa de justificación objeto del presente trabajo es la falta de provocación suficiente por parte del defensor. El mismo reviste un carácter inesencial. Por ende, su falta de concurrencia eventualmente posibilitaría la apreciación de la eximente incompleta. No obstante, en los casos de legítima defensa de terceros, si la provocación proviene de un defendido y el defensor actúa en favor de éste, sí que puede apreciarse la eximente completa. Particularmente, en razón de que el defensor no ha sido quien ha provocado suficientemente al agresor. En este sentido, sería materialmente injusto no eximir completamente de una consecuencia jurídico-penal al sujeto defensor que únicamente ha actuado con ánimo de proteger a otra persona. Y que, además, no ha provocado en absoluto al agresor.

La falta de provocación bastante concurre si el defensor no ha provocado suficientemente al agresor, de tal forma que éste último realice su conducta defensiva contra el otro³⁶. La indicada provocación puede ser intencional, en caso de que el sujeto pretendiera desatar la respuesta del agresor. O bien no intencional, en el supuesto contrario. En cuanto a ambos tipos de provocaciones, VIZUETA FERNÁNDEZ expone que, para un sector doctrinal, los dos tipos de provocaciones, si son suficientes, excluyen este elemento objetivo de la legítima defensa³⁷. Sin embargo, CEREZO MIR considera que la provocación intencional excluye ya otro elemento, como es la *necessitas defensionis*³⁸. Otros autores, como CÓRDOBA RODA, entienden, sin embargo, que, en el caso de provocación intencional suficiente, el elemento que quedaría excluido sería el de carácter subjetivo. Es decir, el ánimo o voluntad de defenderse³⁹.

En el caso de concurrir, la provocación se llevaría a cabo a través de una conducta activa. Pero también es posible que se consume por medio de una omisión. La misma ha de ser, como decimos, suficiente. Esto es, si hay provocación pero la misma es insuficiente, el presupuesto objeto de análisis seguiría concurriendo.

En este sentido, para considerar que la provocación reviste entidad suficiente, la conducta constitutiva de la misma, ya sea activa u omisiva, debe ser ilícita⁴⁰, en el sentido de contrariar el ordenamiento jurídico en su conjunto. Así, con independencia de que, a través de una conducta que no sea ilícita, pueda provocarse

³⁶ STS, Sala de lo Penal, de 12 de junio de 1991, fundamento jurídico primero.

³⁷ Cfr. VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, cit., pp. 230-231. En este sentido, véase también VALLE MUÑIZ, José Manuel, «Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 45, Fasc./Mes 2, 1992, pp. 581 y ss.

³⁸ A este respecto, cfr. CEREZO MIR, José, *Curso...*, cit., p. 240, y *Derecho Penal...*, cit., p. 557.

³⁹ Córdoba Roda, Juan, y Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal, Tomo I (Artículos 1-22)*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1972, p. 253.

⁴⁰ Cfr. CORREA FLÓREZ, María Camila, cit., p. 318.

un comportamiento agresivo en el otro sujeto. Sin embargo, además de ilícita, la conducta constitutiva de provocación suficiente ha de guardar una adecuada relación de proporción con la respuesta agresora⁴¹.

Un supuesto ciertamente particular son los supuestos de riña libre y mutuamente aceptada. En ellos, media una provocación o desafío, ya sea expreso o tácito, o bien unilateral o recíproco, que es aceptado por cada uno de los contendientes. Cada cual asume el riesgo de ser agredido, y, por ende, lesionado. Por lo tanto, en estos casos la apreciación de la causa de justificación de legítima defensa resulta ser una cuestión sumamente compleja y dificultosa. En este sentido, la jurisprudencia no suele apreciar la causa de justificación en este tipo de supuestos, si bien en algunos casos excepcionales la ha apreciado de forma incompleta⁴².

Así, en los casos en los que los contendientes actúan con la única finalidad de agredir al otro, no hay ánimo de defenderse. Por ende, no concurre el elemento subjetivo de la causa de justificación de referencia, a la sazón, esencial e insoslayable. Junto a lo anterior, si en el contexto de dicha riña libre y mutuamente aceptada, alguien se mantiene a la defensiva, bien *ab initio* de la riña, o bien desde un momento temporal posterior, el tratamiento es distinto. En tal caso, concurren los presupuestos esenciales de la legítima defensa. Pero la aceptación libre y consentida de la riña puede ser constitutiva de provocación suficiente. Y, de considerarse como tal, por concurrir prueba bastante para la acreditación de dicha provocación, ello conllevará, *ad maximum*, la apreciación de la eximente de referencia de forma incompleta⁴³.

E. Elemento subjetivo: Ánimo o voluntad de defensa

La voluntad de defenderse constituye el elemento subjetivo de la causa de justificación de legítima defensa. Consiste en que el sujeto debe actuar con conciencia y voluntad de concurrencia de los elementos objetivos de dicha causa de justificación. Pero, además, con la finalidad o intención de defenderse, es decir, con ánimo de evitación de la lesión del bien jurídico amenazado por la agresión ilegítima⁴⁴.

Por su parte, y en lo tocante a la apreciación del indicado presupuesto en relación con mujeres víctima de violencia de género que acaban con la vida del tirano doméstico, ROA AVELLA considera que, al objeto de poder predicar la concurrencia

⁴¹ Vid. VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, cit., p. 231.

⁴² Sobre esta cuestión, véanse las SSTs, Sala de lo Penal, núm. 149/2003, de 04 de febrero, fundamento jurídico primero; núm. 64/2005, de 26 de enero, fundamento jurídico primero; núm. 885/2014, de 30 de diciembre, fundamento jurídico primero; y núm. 347/2015, de 11 de junio, en su fundamento jurídico cuarto.

⁴³ Cfr. VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, cit., pp. 231-232.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 232.

del mismo, es suficiente con que la mujer actúe con conciencia de hacer prevalecer su derecho a defenderse⁴⁵.

Dicho planteamiento ha sido reforzado por alguna resolución judicial que indica que el ánimo de acabar con la vida del agresor no es, en absoluto, incompatible con la legítima defensa⁴⁶. Ello supone un considerable avance frente a atávicos postulados en los que se consideraba que, de concurrir voluntad de matar y no de defenderse *stricto sensu*, en ese caso no era posible la apreciación de la causa de justificación objeto de examen. Precisamente, por no concurrir en la fémina una exclusiva voluntad defensiva exenta de la intención de acabar con la vida de su agresor.

El elemento subjetivo de esta causa de justificación reviste un carácter esencial, por lo que su no concurrencia determinaría la imposibilidad de apreciación de la eximente de referencia, ni siquiera de forma incompleta⁴⁷.

2. LA INAPLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN SITUACIONES DE NO CONFRONTACIÓN EN EL CONTEXTO DE UNA SITUACIÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO

En nuestro país, la jurisprudencia, ciertamente, se ha mostrado reacia a apreciar la causa de justificación de legítima defensa en situaciones en las que una mujer víctima de violencia de género acaba con la vida de su agresor. Máxime cuando el óbito no se produce en una situación de confrontación evidente.

En primer término, los Tribunales de Justicia tienden a considerar que no concurre el presupuesto esencial de la legítima defensa, esto es, la existencia de una agresión ilegítima actual. Más concretamente, perfilan que, aunque se diera credibilidad al testimonio de la mujer (y por ende se considerase que existió violencia de género durante la relación sentimental), en el momento concreto del ataque de la mujer, la agresión del varón había finalizado. Del mismo modo, argumentan que, aun cuando la mujer conozca al tirano doméstico mejor que cualquier otra persona, no es aceptable afirmar, con una probabilidad rayana en la certidumbre, una futura agresión del varón cercana o inmediata en el tiempo.

Por consiguiente, y dado que no existe un acometimiento presente, la jurisprudencia, *ut supra diximus*, considera que no concurre el presupuesto de la agresión ilegítima actual o inminente. Así, ni siquiera aprecia la eximente de forma incompleta⁴⁸.

⁴⁵ ROA AVELLA, Marcela, cit., p. 67.

⁴⁶ A estos efectos, véase la STS, Sala de lo Penal, núm. 360/2010, de 22 de abril, fundamento jurídico quinto.

⁴⁷ Cfr. CORREA FLÓREZ, María Camila, cit., p. 321.

⁴⁸ Cfr. STS, Sala de lo Penal, núm. 324/1997, de 14 de marzo, fundamentos jurídicos primero, segundo y tercero. O, para un supuesto de legítima defensa diferente al que nos ocupa, pero en el que se siguió una similar línea argumentativa, véase la STS, Sala de lo Penal, núm. 900/2004, de 12 de julio, fundamento jurídico segundo.

Sin embargo, la reafirmación de este postulado no supondría, a nuestro juicio, sino la causación de un escollo insalvable. El mismo no es otro que el hecho de tener que esperar para defenderse hasta el advenimiento de un momento temporal en que la legítima defensa ya sea imposible, o, en su caso, ineficaz. Particularmente, en razón del avanzado estado de ejecución de la agresión ilegítima.

La circunstancia de la ineficacia o imposibilidad de actuación se vería notablemente favorecida por las características físicas del agresor en estos casos, a la sazón, más fuertes y corpulentos que la víctima de violencia de género. Ello desvirtúa cualquier posibilidad de defensa de la mujer si tiene que esperar a que el varón la ataque o a que la agresión sea de producción excesivamente cercana en el tiempo futuro. De esta forma, y en aras de evitar dicho problema, debe considerarse que la agresión es actual desde que el peligro de lesión del bien jurídico protegido hace preciso, o incluso inaplazable, actuar⁴⁹.

Por el contrario, de seguirse el criterio jurisprudencial, las circunstancias inherentes al fenómeno de violencia contra la mujer impedirían la posibilidad de apreciar la eximente objeto de estudio, sin que, a la vez, la mujer no acabara muerta o lesionada gravemente. Y ello, pese a que la legítima defensa no se excluye por el ordenamiento jurídico para los mismos.

Otro argumento esgrimido por la jurisprudencia en contra de la apreciación de la causa de justificación objeto de estudio es la falta de concurrencia del presupuesto de necesidad de la defensa. Así, en tanto en cuanto no concurre agresión ilegítima alguna. En este sentido, los Tribunales de Justicia entienden, en los supuestos como los que estamos analizando, que se produce, por parte de la mujer, un exceso extensivo o impropio. Así, en atención a la exagerada anticipación de la reacción de la mujer, y al hecho de que el tirano doméstico no la ha atacado de nuevo.

Como aditamento, se realza la falta de necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. En este sentido, la jurisprudencia entiende, conforme a las circunstancias subjetivas del caso concreto, que la fémina actúa desproporcionadamente. Así, por cuanto, frente a un agresor que únicamente la agrede a través de puñetazos, ella responde apuñalándolo o disparándolo.

En último término, la jurisprudencia considera que tampoco concurre el elemento subjetivo de la eximente de referencia. La razón no es otra que el hecho de que la mujer, según parece, tiene una intención de matar, de acabar con la vida de su agresor, y no una sola voluntad de defenderse. Sin embargo, a nuestro juicio, este planteamiento resulta ciertamente arcaico. Esencialmente, puesto que ya hemos expuesto que incluso alguna resolución judicial ha procedido a compatibilizar el ánimo de defenderse con la intención de acabar con la vida del agresor. Y, en consecuencia, han afirmado la posibilidad de apreciar la referida eximente concurriendo

⁴⁹ En este sentido, se han pronunciado PÉREZ MANZANO, Mercedes, cit., p. 54, y GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, y LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Editorial Bosch, Barcelona, 1978, p. 140. También, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Lecciones...*, cit., p. 390.

ambas intenciones o propósitos simultáneamente. No obstante, consideramos que el argumento referente a la exclusión del elemento subjetivo por concurrir dolo de matar puede resultar de aplicación a otros supuestos en los que exista un debate en torno a la causa de justificación de legítima defensa, y que sean diferentes del caso en el que una mujer víctima de violencia de género acaba con la vida de su agresor⁵⁰.

Ahora bien, a pesar de considerarse por parte de la jurisprudencia que no concurre la causa de justificación de legítima defensa, no siempre se procede a imponer una severa condena a la mujer por delitos de este cariz, cometidos en las circunstancias referidas. Así, al estimar los Tribunales de Justicia que, desde la perspectiva de la justicia material, la imposición de una condena de prisión excesivamente grave para una mujer que ha sufrido malos tratos de forma continuada (en ocasiones, durante muchos años) sería desproporcionado e injusto.

Por esta razón, los supuestos de hecho a los que venimos aludiendo suelen solucionarse en sede de culpabilidad penal. Fundamentalmente, por cuanto, en muchos casos, se aprecia la causa de inculpabilidad de miedo insuperable (regulada en el ordinal sexto del artículo 20 del Código Penal), si bien de forma incompleta⁵¹. Tal solución necesariamente conlleva en la praxis, no una exención de pena, sino una considerable atenuación de la misma. Concretamente, reduciéndola, preceptivamente, en uno, o, facultativamente, en dos grados penológicos.

Sin embargo, la solución aportada jurisprudencialmente para la mayoría de supuestos, resulta, en nuestro concepto, discutible. Más en concreto, la misma no tiene verdaderamente en consideración la situación tan específica y delicada en la que se encuentra la mujer, a la sazón, víctima de una relación sentimental caracterizada por el factor continuado de violencia de género. Todo lo cual fomenta notablemente la total pérdida de autoestima⁵². En este sentido, y siendo más precisos, la violencia de género no sólo redundará en una afección sustancial a la autoestima de la mujer maltratada, sino que la misma también puede sufrir otra sintomatología, como depresión, ansiedad o dificultades para relacionarse

⁵⁰ Como ejemplo de ello, véase la STS, Sala de lo Penal, núm. 360/2010, de 22 de abril, fundamento jurídico décimo.

⁵¹ A efectos ilustrativos, véase la STS, Sala de lo Penal, núm. 152/2011, de 04 de marzo, fundamento jurídico segundo. A mayor abundamiento, esta conclusión también se pone de manifiesto en PÉREZ MANZANO, Mercedes, cit., p. 53. En su trabajo, la autora incide en la idea de que, al no apreciarse, por parte de la jurisprudencia, la legítima defensa, como último recurso únicamente resta acudir —como hacen los Tribunales— al miedo insuperable.

⁵² Además, la afección de la eximente de miedo insuperable a la capacidad volitiva de la mujer, que, necesariamente conlleva un juicio de su estado psicofísico, puede repercutir, como víctima de violencia de género, en una situación de victimización secundaria. Sobre la victimización secundaria en las mujeres que han sufrido violencia de género, véase MARTÍNEZ UCEDA, Sonia, y CASTRILLO SANTAMARÍA, Rebeca, «La victimización secundaria en el contexto de los delitos de violencia de género: la victimización judicial», en, *Vulnerabilidad de las víctimas desde la perspectiva de género: una visión criminológica* (coords.: Ana María Fuentes Cano, Tara Alonso del Hierro, Jonathan Torres Téllez; dir.: Víctor Rodríguez González), 2021, pp. 215-230.

socialmente, entre otros signos. Dicha sintomatología, como ya hemos indicado al inicio del presente trabajo, es propiamente característica del denominado Síndrome de la Mujer Maltratada⁵³.

Anteriormente se ha indicado que, a nuestro entender, las mujeres víctimas de violencia de género que acaban con la vida de su agresor no padecen el denominado Síndrome de la Mujer Maltratada. O, en su caso, lo han superado, saliendo de esa situación de indefensión y resignación adquirida, característica del mismo. Sin embargo, se ha entendido que el hecho de haber padecido en su día ese síndrome, unido al historial de maltrato existente, permiten, *per se*, excluir la responsabilidad penal en sede de antijuridicidad. Ello, no por el padecimiento del indicado síndrome, sino, más bien, en atención a la mayor peligrosidad a la que se ve sometida la mujer en estos casos, y que recae sobre el bien jurídico integridad corporal y salud⁵⁴.

Ya hemos efectuado una referencia a esta cuestión al inicio del presente trabajo. No obstante, llegados a este punto, debe matizarse que es justamente el específico contexto de malos tratos el que permite analizar con acierto la concurrencia de los presupuestos de la causa de justificación de legítima defensa. De lo contrario, ignorar, o, en su caso, anular la realidad que rodea a la mujer supondría la creación, o, mejor dicho, la configuración de un palpable ejemplo de discriminación contra la misma⁵⁵.

A mayor abundamiento, la aludida discriminación, según LARRAURI PIJOAN, está presente en la jurisprudencia dominante. En particular, por cuanto se tiende a diferenciar entre los malos tratos previos en función de si el agresor es hombre o mujer, pero sin entrar verdaderamente a ponderar la concurrencia de los presupuestos de la causa de justificación de legítima defensa.

De esta forma, se excluye casi automáticamente su apreciación. Fundamentalmente, en tanto en cuanto, en opinión de la autora, no se observa que el ataque del varón, en sí mismo, es una agresión continuada en el tiempo. En adición, tampoco se tiene en cuenta que, en este tipo de situaciones, la agresión no ha finalizado en absoluto, sino que se ha interrumpido momentánea o temporalmente. Por lo tanto, el requisito de la actualidad de la defensa ha de concebirse como un presupuesto provisto de plena autonomía, y no como una forma de precisar la necesidad de la defensa⁵⁶.

⁵³ Cfr. PÉREZ MANZANO, Mercedes, cit., p. 56. La autora, como ya se ha indicado, enumera con detalle las distintas manifestaciones del denominado Síndrome de la Mujer Maltratada (SMM).

⁵⁴ Es este el factor considerado relevante en CORREA FLÓREZ, María Camila, cit., pp. 40 y ss., y pp. 276 y ss. La autora, a su vez, entiende que, de apreciarse la concurrencia del síndrome de referencia, la exención de responsabilidad criminal se fundamentará en la carencia de culpabilidad de la mujer, mas no en la justificación de su conducta.

⁵⁵ Vid. ROA AVELLA, Marcela, cit., p. 62.

⁵⁶ En el mismo sentido, LARRAURI PIJOAN, Elena, «Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del Derecho Penal», *Jueces para la Democracia*, núm. 23, 1994, p. 23. La autora, de hecho, indica que, en el Código Penal, ni siquiera se incluye expresamente el requisito de la actualidad de la agresión.

3. ¿ES POSIBLE APRECIAR LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN DE LEGÍTIMA DEFENSA EN SITUACIONES DE NO CONFRONTACIÓN, EN UN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO?

Previamente se ha indicado que la jurisprudencia española ha optado, tradicionalmente, por descartar la concurrencia de la causa de justificación de legítima defensa en situaciones en las que una mujer víctima de violencia de género acaba con la vida del tirano doméstico. Así, cuando no hay confrontación inmediata. Pero también en el contexto de un conflicto en el ámbito de la pareja.

En algunos casos, esta postura ha sido criticada doctrinalmente. Principalmente, por un sector más bien proclive a apreciar la concurrencia de dicha causa de justificación en supuestos de este cariz. Para efectuar tal consideración, se ha tomado como basamento una serie de argumentos técnicos.

En primer lugar, se entiende que nos encontramos ante un contexto específico, el de la violencia de género. Por lo tanto, los parámetros clásicos de aplicación de dicha eximente no servirán completamente para contemplar cabalmente, y en su integridad dimensional, este tipo de situaciones. Por lo que deben sustituirse por otros o, cuanto menos, matizarse debidamente. De lo contrario, se generaría una situación de discriminación contra la mujer; manifiesto ejemplo de lo que se ha venido a denominar aplicación masculina del Derecho Penal.

Es un hecho notorio que la violencia de género es un fenómeno provisto de una vocación de universalidad, con afección a todas las sociedades, y, ciertamente, independiente por completo del sistema político y forma de Estado bajo la que nos encontremos. Además, el mismo puede incidir en mujeres de toda clase y condición, no existiendo un perfil concreto y diferenciado de mujer víctima de malos tratos.

A su vez, el fenómeno de referencia no es otra cosa —*ut supra diximus*— que una situación de discriminación intemporal con origen en una estructura social de naturaleza patriarcal, en la que existen relaciones asimétricas de poder. Dicha situación se manifiesta a través de conductas como las agresiones físicas continuadas, el control de la independencia económica de la mujer, el aislamiento y la consecuente anulación de sus relaciones sociales o el control de aspectos privados de su vida, como la ropa con la que viste o las conversaciones que mantiene a través de su dispositivo de telefonía móvil⁵⁷. De hecho, en la violencia de género, el tirano doméstico tiende a utilizar su relación sentimental como un último reducto de ejercicio de un rol masculino dominante, con la finalidad de no considerarse a sí mismo carente de identidad⁵⁸, y ante la sospecha de que está perdiendo influencia sobre la mujer.

⁵⁷ Cfr. PÉREZ MANZANO, Mercedes, cit., pp. 19 y 24, quien defiende la existencia de cinco tipos de violencia que pueden dirigirse contra la mujer: violencia física, violencia ejercida contra la libertad sexual, violencia psicológica destinada al control de la mujer, violencia psicológica emocional, y, por último, violencia económica. A ello podría añadirse, como previamente se ha expuesto, la violencia social y la violencia ambiental.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 22.

Junto a lo anterior, en ocasiones se ha utilizado, como pretexto para el ejercicio de violencia contra la mujer, el consumo de bebidas alcohólicas. Sin embargo, lo cierto es que ello en modo alguno es un hecho contrastable, sino todo lo contrario. En el 88% de los casos de ejercicio grave de violencia contra la mujer en el ámbito de su relación de pareja, el consumo de alcohol no revistió relevancia alguna⁵⁹. En este sentido, y tal y como se procederá a exponer, el factor de género puede resultar clave, a nuestro modo de ver, para la subsecuente apreciación de la concurrencia de una agresión ilegítima como presupuesto esencial para apreciar la causa de justificación de legítima defensa.

En relación con la agresión ilegítima, se puede considerar que este elemento objetivo de la causa de justificación concurre en tales casos. En particular, debido a que acontece una situación de agresión ilegítima permanente, a través de la cual se conculca la libertad y la dignidad de la mujer por medio de amenazas. Una manifestación de dicha agresión es el ejercicio de un control psicológico, conseguido a través del vínculo de afectividad entre víctima y agresor.

Todas estas amenazas alcanzan tal intensidad y continuidad que afectan sobremanera a la mujer. De hecho, en algunos casos, el tirano doméstico llega a establecer un lenguaje no verbal ciertamente preorientado a intimidar a la víctima. Con el uso de éste, le hace entender que en cualquier momento puede ser atacada. Según ROA AVELLA, el peligro inminente de agresión equivale, sin ningún género de dudas, a la agresión ilegítima inminente, contraria al ordenamiento jurídico, y respecto de la cual no concurre carga alguna de ser tolerada. A su vez, entiende que la apreciación de la causa de justificación de legítima defensa ni siquiera decae en las agresiones de carácter leve⁶⁰.

Por lo tanto, y si bien la jurisprudencia ha venido exigiendo que la agresión debe ser inminente o actual, es posible considerar que dicha inminencia debe apreciarse cuando existen indicios suficientemente claros y evidentes de la proximidad temporal de la agresión. Sin perjuicio de considerar, además, que una posible espera frustraría las posibilidades de defensa, en atención a la indiscutible, y general, superioridad física del varón; situación que imposibilitaría el recurso a la eximente objeto de estudio.

No obstante, LARRAURI PIJOAN entiende que, en estos casos, siempre existirá agresión, en tanto en cuanto la permanencia de la misma determina que nunca finalice,

⁵⁹ Este dato se ha extraído de un estudio del Observatorio de Violencia de Género del Consejo General del Poder Judicial que data del año 2010. El mismo, a su vez, se tomó del «Estudio documental sobre drogas y violencia de género» del Observatorio Vasco de Drogodependencias, realizado en el año 2007. De igual modo, dicha información también consta en PÉREZ MANZANO, M., cit., p. 22. En este sentido, en el estudio del Observatorio Vasco se refiere que «ninguna posible combinación de estos factores induciría a agredir a las mujeres de no ser por el marco sociocultural en el que esto ocurre, definido por un sistema de género en el que los sexos se relacionan en un sistema jerárquico, en el que el valor de lo masculino se establece a través de la demostración de su superioridad (y negación) con respecto a lo femenino».

⁶⁰ Cfr. ROA AVELLA, Marcela, cit., pp. 52-54, y pp. 65-67.

sino que se interrumpa momentáneamente. Por consiguiente, en los casos de muerte del varón agresor en situaciones de este cariz, la autora no contempla el requisito de la actualidad o inminencia de la agresión, en tanto en cuanto la dicción literal del artículo 20.4º del Código Penal no lo prevé de manera expresa. Del mismo modo, considera que, si estos casos se solventan en sede de culpabilidad, y no en sede de antijuridicidad, se hurtaría el debate acerca de si la conducta está o no justificada⁶¹.

Sea como fuere, resulta lógico que la mujer busque, con el fin de defenderse, los momentos en los que la agresión física del varón haya cesado. O, mejor dicho, aquéllos en los que haya quedado momentáneamente interrumpida, a tenor de la permanencia del ataque.

Por lo tanto, y partiendo de la consideración, en ocasiones confundida, referente a que inminencia no equivale a inmediatez⁶², es posible entender que esa amenaza constante y manifiesta ocasionada por el varón equivale al presupuesto de la agresión ilegítima, esencial para la apreciación de la causa de justificación de legítima defensa. Así, por cuanto la amenaza deriva en la causación a la víctima de un fundado temor que se basa en la realización del mal que se anuncia. La misma depende exclusivamente de la voluntad del agresor.

En un considerable número de ocasiones, el mal con el que se amenaza es la muerte de la propia mujer. En este sentido, PÉREZ MANZANO establece que, con carácter general, se crea un clima de presión, intranquilidad y lesión permanente de la libertad de la mujer a través de una serie de amenazas. Del mismo modo, el ataque constante al que la mujer se encuentra sometida se suspende momentáneamente, pero no cesa por completo. En particular, dado que siempre estará presente el peligro para la integridad física de la mujer, sin que nunca quede restaurada por completo su libertad⁶³.

Por su parte, el precepto que regula la precitada causa de justificación, esto es, el art. 20.4º del Código Penal, admite la reacción de forma necesaria, para

⁶¹ A este respecto, véase LARRAURI PIJOAN, Elena, «Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina...», cit., p. 23.

⁶² A nuestro entender, la jurisprudencia ha equivocado estos dos términos en las situaciones de no confrontación. En contrapunto, excepcionalmente se encuentran algunas resoluciones judiciales que distan del planteamiento tradicional del Tribunal Supremo. Un ejemplo sería la STS, Sala de lo Penal, núm. 1015/1997, de 09 de julio, en cuyo fundamento jurídico quinto se indica que existe agresión ilegítima «no sólo cuando ha tenido lugar el acto de la fuerza, lo que en muchísimos casos haría imposible la defensa, sino cuando se evidencia con toda claridad un propósito lesionador inmediato, equiparándose así las actitudes notoriamente ofensivas de inminente ataque, o que proclamen una intención agresiva de carácter inmediato con las producidas que no hagan imposible la defensa». Por lo tanto, observamos que, mediante esta afirmación, se produce una extensión del requisito a situaciones de amenaza. Es decir, de riesgo o peligro inminente de lesión del bien jurídico protegido. En el concreto supuesto de hecho resuelto por esta resolución judicial se consideró, para la apreciación de la agresión ilegítima, que la amenaza de muerte con un revólver, así como el estado de humillación e intimidación constante al que se veía sometida día a día la mujer víctima de malos tratos, eran susceptibles de conformar el indicado presupuesto.

⁶³ Cfr. PÉREZ MANZANO, Mercedes, cit., p. 55.

«repeler» la agresión, pero también para «impedirla». Por lo que es lógico pensar que, en este tipo de situaciones, impedir la agresión conlleva necesariamente actuar antes de que la misma se produzca⁶⁴.

En adición a todo lo anterior, CORREA FLÓREZ ha desarrollado una elaborada teoría acerca de la agresión ilegítima en situaciones de no confrontación. La misma le permite afirmar la existencia de agresión cuando concurra lo que denomina «gran agresión continua». En ésta, se adicionan dos agresiones permanentes. Una primera, en la que existe una situación de peligro latente para los bienes jurídicos protegidos en cada caso, compuesta primordialmente por las distintas y repetidas agresiones reiteradas y sistemáticas, de índole física, verbal, etc. Y una segunda agresión, materializada en una detención ilegal permanente⁶⁵, esto es, en un ataque continuo contra la libertad de la mujer, que le impide huir, escapar de tan tortuosa relación sentimental.

A mayor abundamiento, la primera agresión permanente se compone del conjunto de los diferentes episodios concretos de maltrato. Por ejemplo, una bofetada, un puñetazo, un insulto, una agresión sexual, etc. Todo ello, unido a esa segunda agresión permanente, consistente en la privación de libertad de la mujer. Ésta se materializa a través del aislamiento al que se la somete, que le impide buscar ayuda para huir de su agresor. Además, en la praxis, supone su incomunicación y la imposibilidad de alejarse del varón, del que, además, depende económica y emocionalmente. La situación descrita, de existir permanentemente en todas sus facetas, conforma esa «gran agresión continua» a la que alude dicha autora.

En este sentido, y para que dicha teoría resulte de plena aplicación, será preciso que exista una convivencia continuada entre víctima y agresor. De lo contrario, no será posible predicar la existencia de una privación de libertad. No obstante, puede producirse, a nuestro entender, una ruptura esporádica de la convivencia en momentos puntuales, si bien la convivencia debe constituir la tónica habitual en el seno de la cual se materializa la segunda agresión permanente que constituye la «gran agresión continua»⁶⁶.

De igual modo, y en tanto en cuanto existe agresión ilegítima en este tipo de supuestos, concurrirá, con carácter general, el presupuesto de la necesidad de la defensa. La razón de ello es que tal agresión requiere de una respuesta defensiva. En adición, no hay ningún deber jurídico, a cargo de la mujer, de soportar dicho ataque ejercido por el tirano doméstico. Ni siquiera a tenor de la relación de afectividad existente.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 54.

⁶⁵ Cfr. CORREA FLÓREZ, María Camila, cit., pp. 352-357. La autora ha construido esta teoría con el objetivo de demostrar que es posible afirmar la existencia de una agresión ilegítima conducente a la apreciación de la legítima defensa en situaciones de no confrontación.

⁶⁶ *Ibidem*.

Llegados a este punto, nos pronunciaremos sobre la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. La jurisprudencia, en ocasiones, no ha apreciado la concurrencia de este requisito. Esencialmente, sobre la base de que existían, a disposición de la mujer víctima de malos tratos por parte de su pareja varón, vías alternativas menos lesivas. Algunas de las propuestas: huir, alertar a las autoridades competentes⁶⁷ o incluso solicitar la ayuda de sus familiares. No obstante, como veremos, tales vías carecen de cualquier recorrido práctico en los contextos más graves de violencia, caracterizados por la existencia de una «gran agresión continua». También, en atención a la situación de especial vulnerabilidad de la mujer.

En principio, y visto desde la ajenidad al maltrato, se asemeja bastante sencilla la opción por estas vías alternativas. Más en concreto, llamar por teléfono a la Policía y denunciar la situación en la que se encuentra la mujer es una gestión, aparentemente, muy sencilla, y que cualquier mujer puede realizar sin problemas. Sin embargo, la experiencia en estos casos demuestra que no es tan fácil acudir a estos medios alternativos, y ello por varios motivos.

En primer lugar, por cuanto, en algunas ocasiones, las autoridades policiales han tendido a evitar interferir en la «privacidad del hogar». Afortunadamente, esta situación se está revirtiendo, pero la consolidación en la sociedad de esa tónica anterior, en la praxis ha contribuido a repercutir en una lamentable normalización de la violencia contra la mujer. Aun así, siguen existiendo posicionamientos críticos en relación a los mecanismos de ayuda policial existentes en tales casos, considerando que las autoridades resultan ser bastante reacias a la adopción de medidas eficaces, en razón de esa «normalización histórica» de los malos tratos contra la mujer. Además, en el seno de tales planteamientos, se ha afirmado que, en el caso de que finalmente se lleguen a adoptar medidas, las mismas resultan ser insuficientes. Por consiguiente, la conducta policial, a su juicio, no hace sino incrementar y agravar los casos de tiranía doméstica⁶⁸.

Junto a lo anterior, las dificultades para recurrir a estas medidas alternativas, en casos extremos, también se fundan en la creencia de que la respuesta que proporcionan las autoridades policiales, y, sobre todo, judiciales, no resulta completamente eficaz, dado que no hay medios suficientes para evitar que el agresor incumpla las medidas adoptadas y agreda a la mujer de nuevo.

En refuerzo de esta postura se ubican quienes cuestionan críticamente la adopción de medidas como la orden de protección integral, cuyo procedimiento

⁶⁷ A efectos ejemplificativos, véase la STS, Sala de lo Penal, núm. 798/2009, de 09 de julio, en su fundamento jurídico segundo. En el asunto por el que se siguió la causa, se consideró que la mujer tenía a su disposición un medio alternativo para impedir o repeler la agresión, como era el aviso telefónico a Policía. De hecho, dicha vía alternativa se tuvo en consideración incluso en sede de culpabilidad, al examinar la causa de inculpabilidad de miedo insuperable.

⁶⁸ Cfr. CORREA FLÓREZ, María Camila, cit., p. 359.

de adopción aparece regulado en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y ello por cuanto las medidas que, habitualmente, se adoptan, como, por ejemplo, las órdenes de alejamiento, pueden ser fácilmente incumplidas por el varón agresor, sin que, por el contrario, haya medios suficientes para vigilar su observancia continuada⁶⁹.

En este sentido, cierto es que existe la posibilidad de colocar dispositivos telemáticos de geolocalización. Si bien, en relación a los mismos, es preciso indicar, fruto de la experiencia propia, que su implementación puede convertirse en toda una odisea, recayendo en ineficaces devenires competenciales entre distintos órganos administrativos con atribuciones en la materia. Junto a lo anterior, aunque los mismos efectivamente lleguen a implantarse, ello no obsta para que, cuando acuda la autoridad de control, el varón haya podido quebrantar las medidas que se le impusieron, y haberse aproximado a la mujer (a quien, además, se somete a una situación de continuo temor, fruto de las deficiencias técnicas que acontecen, y que proporcionan alertas falsas) para atacarla o, incluso, acabar con su vida. En definitiva, son medidas que cumplen un fuerte rol disuasorio, pero que, en verdad, no salvan, en los casos más graves, la vida de las mujeres.

Y, en tercer lugar, porque en los supuestos más graves de ejercicio de violencia de género, el agresor amedrenta a su víctima con tal intensidad que desvirtúa cualquier posibilidad de que ella, por sí misma, se atreva a alertar a las autoridades de la continuada situación de maltrato que atraviesa⁷⁰.

En relación con las posibilidades de huida, en múltiples ocasiones las mismas tampoco resultan ser factibles. Así, en atención a la dependencia económica de la víctima respecto del agresor⁷¹, quien se ha procurado su íntegra manutención económica. Ello puede suceder de forma directa, por cuanto la mujer no posee ninguna ocupación, siendo el varón quien le proporciona dinero y le limita el uso de los recursos comunes. Pero también de manera indirecta, al prestar servicios retribuidos la víctima para el tirano doméstico o para alguna empresa de su titularidad.

Por otra parte, y respecto de las posibilidades de alertar a familiares, las mismas tampoco constituyen una alternativa real. A este respecto, debemos recordar que, a lo largo de la relación sentimental, el agresor se ha dedicado a debilitar o, en su caso, a anular la relación de la víctima con sus parientes. Fundamentalmente, a través del uso de la violencia social y del férreo control psicológico ejercido sobre la víctima. Ello normalmente comporta una vigilancia y supervisión —a veces, incluso informada por la propia víctima— de las relaciones familiares y de amistad que pueda mantener la mujer⁷².

⁶⁹ Nuevamente, CORREA FLÓREZ, María Camila, cit., pp. 360 y 366. También, ROA AVELLA, Marcela, cit., p. 67.

⁷⁰ Cfr. CORREA FLÓREZ, María Camila, cit., p. 366.

⁷¹ *Ibidem*, p. 372.

⁷² Cfr. ROA AVELLA, Marcela, cit., p. 68, quien considera que, en este tipo de situaciones, el varón logra ir alejando periódicamente a la víctima de las personas que, eventualmente, podrían

En consecuencia, estas vías alternativas no conforman, en nuestro concepto, verdaderos medios alternativos, eficaces para impedir o repeler la agresión. Por consiguiente, el medio generalmente utilizado por las mujeres en este tipo de situaciones, es, con carácter general, racional⁷³. Así, dado que el uso de un arma de fuego o de un arma blanca, serían, en la práctica, los únicos medios que la víctima tendría a su alcance para impedir una agresión ilegítima dirigida contra ella. Y ello, atendida la destacada y habitual diferencia entre la complexión física del tirano doméstico y la de la mujer.

En idéntico sentido, es preciso pronunciarse acerca de la falta de provocación suficiente de quien se defiende. En relación con este presupuesto de la causa de justificación objeto de análisis, siguen existiendo pronunciamientos —a nuestro juicio, completamente atávicos— tendentes a considerar que el maltrato del hombre a la mujer se debe al hecho de que ha sido la fémina quien le ha provocado. El origen de tal instigación se debería a una supuesta falta imputable a ésta en la obediencia debida al varón.

No obstante, existen autores que consideran que este argumento nunca será válido, por cuanto la violencia de género no es una actitud varonil correcta o loable. Todo lo contrario, más bien. La misma viene a ser un comportamiento guiado por unos estándares éticos y sociales errados adquiridos por el varón. Y tal conducta obedece a una necesidad de control y dominio enfermizo que se pretende ejercer sobre la víctima⁷⁴.

En más, ni siquiera una eventual infidelidad de la mujer pudiera considerarse provocación suficiente para realizar una conducta encuadrable en el ámbito de la agresión ilegítima. Ello no supone justificación alguna para agredir física o verbalmente al miembro infiel del matrimonio o pareja.

La voluntad o ánimo de defenderse, en estos casos, será, por ende, compatible con una eventual intención de acabar con la vida del varón agresor. Al respecto, CORREA FLÓREZ considera que, en los casos de muerte del tirano doméstico a manos de su pareja en una situación carente de confrontación, la mujer actúa impulsada preponderantemente por el miedo a morir a manos de su pareja⁷⁵.

Más concretamente, el ánimo de defensa puede constatarse, a nuestro entender, en la reacción de la mujer posterior a la acometida. De hecho, podrán

ayudarla a superar y, consecuentemente, a salir de esa situación de maltrato.

⁷³ En este sentido, Pérez Manzano, Mercedes, cit., p. 57. La autora considera que, en casos de tanta gravedad, acabar con la vida del varón es el único medio «racional» de defensa, en atención a la especial relación de dominación existente entre el agresor y la víctima. Máxime cuando el agresor tiende a ocasionar una indefensión aprendida en la víctima, susceptible de conformar parte de la sintomatología del denominado Síndrome de la Mujer Maltratada.

⁷⁴ En este sentido, véase CORREA FLÓREZ, María Camila, cit., pp. 377-378.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 378-379.

conformar signos de esa falta de intención homicida, entre otros, el arrepentimiento espontáneo posterior, la presencia de un cuadro de *shock* emocional o ulteriores intentos de autolisis, fruto de los efectos de la influencia psicológica del tirano doméstico en la víctima. No obstante, en cada caso concreto habrá que atender a sus específicas circunstancias.

En virtud de toda la argumentación expuesta, es perfectamente posible, a nuestro juicio, afirmar la concurrencia de la causa de justificación de legítima defensa en supuestos en los que una mujer víctima de violencia de género acaba con la vida de su agresor varón, aun cuando no hay confrontación en ese momento.

Todo ello, eso sí, ponderando las circunstancias concurrentes *ad hoc*, y sin perjuicio de la valoración judicial de la credibilidad del testimonio de la mujer en relación a los malos tratos sufridos. A este respecto, cabe indicar que los mismos, con carácter general, suelen tener lugar en el ámbito privado de la intimidad del hogar, por lo que, en muchas ocasiones, el propio testimonio de la víctima viene a ser la única prueba directa con la que se cuenta para la atribución al varón de un resultado lesivo físico o psicológico, constatable, eso sí, mediante informes periciales médicos que valoren eventuales lesiones físicas objetivables en la mujer, así como su estado psicológico, valorando si ha podido, en su caso, ser víctima de maltrato.

No obstante, si no se estimase la presencia de la causa de justificación de legítima defensa, ni siquiera de forma incompleta, podrían valorarse otras alternativas, si bien en sede de culpabilidad penal. Nos referimos al error sobre la existencia de una agresión ilegítima, como presupuesto objetivo de la causa de justificación de la legítima defensa⁷⁶, o a la causa de inculpabilidad de miedo insuperable⁷⁷.

⁷⁶ La cuestión ha sido tratada con minuciosidad en MUÑOZ CONDE, Francisco, «¿"Legítima" defensa putativa?: un caso límite entre justificación y exculpación», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 15, 1990-1991, pp. 265-288, y, el mismo, en, «Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa», *Revista Penal*, núm. 24, 2009, pp. 122-134.

Junto a lo anterior, la naturaleza jurídica de esta modalidad de error ha sido debatida doctrinalmente. De un lado, los defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo han afirmado que el mismo es un error de tipo. Entre ellos, véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan José, «El tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6 bis.a», *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, Tomo 38, Pasc./Mes 3, 1985, pp. 709 y ss. Por su parte, quienes han afirmado la naturaleza de error de prohibición lo han hecho conforme a la teoría de la culpabilidad. Así, CEREZO MIR, José, «La regulación del error de prohibición en el Código Penal español y su trascendencia en los delitos monetarios», *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, Tomo 38, Fasc./Mes 2, 1985, pp. 277 y ss.

⁷⁷ Sobre la naturaleza jurídica de dicha eximente, cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, y URRUELA MORA, Asier, «Las causas de irreprochabilidad», en, *Derecho Penal, Parte General: Introducción. Teoría jurídica del delito* (coords.: Romeo Casabona, Boldova Pasamar y Sola Reche), 2ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, p. 298.

IV. CONCLUSIONES ALCANZADAS

1. La violencia de género conforma, en sus diversas manifestaciones, un factor específico que puede caracterizar las relaciones de pareja entre un varón y una mujer. El varón, en estos casos, maltrata a la mujer continuadamente, mediante agresiones físicas, sexuales, verbales, etc. A la vez, trata de evitar las posibilidades de huida de ésta, mediante el ejercicio de un férreo dominio psicológico sobre ella. Así, le ocasiona una situación permanente de pánico extremo en relación a la imprevisibilidad de las reacciones agresivas del tirano doméstico, privándola de libertad y aislándola socialmente. También la puede someter desde el punto de vista económico (al lograr que la mujer dependa, en este aspecto, del hombre, ya sea directa o indirectamente) o social (aislándola de su núcleo de apoyo). Todo ello puede, incluso, ocasionar una suerte de indefensión aprendida en la mujer, que desemboca en lo que, generalmente, se conoce como «Síndrome de la Mujer Maltratada».

2. La especial gravedad de tal factor, amén de su carácter universal, ha desembocado en una necesidad, no sólo de protección legal de la mujer, sino también de tutela penal específica de este tipo de estos supuestos. Para ello, debe atenderse a las particularidades que presenta una mujer maltratada. La situación cobra especial relevancia en supuestos en los que una mujer víctima de malos tratos acaba finalmente con la vida de su agresor. Y ello, bien en un contexto de no confrontación o bien en el seno de un conflicto ya iniciado, o, en su caso, de previsible iniciación, muy próxima en el tiempo.

3. En estos supuestos, y con independencia del examen de la tipicidad que se efectúe, consideramos que la mujer víctima de violencia de género que acaba con la vida del varón, aun en una situación de no confrontación, podría verse exenta de responsabilidad criminal, de considerarse que su conducta está amparada por la causa de justificación de legítima defensa. Particularmente, en los casos más graves de maltrato.

Así, el elemento esencial de la agresión ilegítima tomaría la forma de una «gran agresión continua», compuesta, a su vez, por dos agresiones permanentes. La primera, integrada por los distintos episodios de maltrato físico o verbal que, continuadamente, se producen. Y la segunda, caracterizada por la presencia de una privación continuada de libertad de la mujer, que anula sus posibilidades de huida y le impide buscar la ayuda de terceras personas.

Por consiguiente, el elemento clave no es si la mujer padece, o no, el Síndrome de la Mujer Maltratada, fundamentalmente caracterizado por esa indefensión aprendida. De hecho, si acaba con la vida de su agresor, se puede considerar que no padece tal síndrome, o que lo ha superado. Por el contrario, la cuestión nuclear a este respecto es la efectiva existencia de una relación sentimental caracterizada por un componente de maltrato, que, en sus dos facetas, permite configurar el concepto de agresión continua.

4. De igual modo, y partiendo de la base de que el artículo 20.4º del Código Penal no contempla literalmente que la agresión ilegítima deba ser actual o inminente, ello permitiría acomodar holgadamente, dentro de la referida causa de justificación, los supuestos de fallecimiento del varón en situaciones de no confrontación. En adición, esperar a que se diera inicio al ataque supondría, en la práctica, privar a la mujer de cualquier posibilidad defensiva. Y, como consecuencia de ello, en el momento en el que se evidencie, no la agresión, sino ese propósito lesionador del varón, será perfectamente posible dar ya inicio a la conducta destinada a la defensa del bien jurídico puesto en peligro y, aun así, apreciar la concurrencia de la causa de justificación de referencia.

5. A partir de ahí, deben valorarse las circunstancias concurrentes en cada caso para observar si son predicables los restantes elementos de la circunstancia eximente de legítima defensa. En particular, queremos enfatizar que la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión no equivale a la proporcionalidad del medio. Así especialmente, de tenerse en consideración la diferencia de circunstancias de índole física entre el tirano doméstico y su pareja mujer.

En idéntico sentido, tampoco existiría, a nuestro entender, la posibilidad de acudir a medios alternativos de ayuda, como huir del varón antes de que éste efectúe su ataque, avisar a la Policía, o, en su caso, alertar a familiares. Particularmente, por cuanto el varón, con carácter general, se ha encargado de aislar a su víctima, intimidándola de tal forma que ésta no se atreva a denunciar los hechos ante la Policía. También se ha encargado de alejarla o aislarla de sus familiares y amistades, fomentando una pérdida progresiva del contacto con ellos para evitar que pueda solicitar su ayuda. A su vez, el propio tirano doméstico, normalmente, hace que la mujer dependa económicamente de él, bien directamente, cuando ella no trabaja y él se encarga de su manutención, o bien indirectamente, cuando la mujer presta servicios para su pareja. Por último, la preocupación por los hijos puede configurarse también como un factor que imposibilita a la mujer superar esa situación de maltrato.

Por otra parte, y en relación al elemento subjetivo de la causa de justificación de referencia, es decir, la voluntad o ánimo de defenderse el mismo es perfectamente compatible, según el criterio de la jurisprudencia, con la intención de acabar con la vida del agresor. Por lo que, aun cuando el hecho fuera, en su caso, calificable como homicidio doloso o asesinato, podría entenderse que la conducta de la mujer se encontraría plenamente justificada, a tenor de la concurrencia de todos los presupuestos de la legítima defensa.

6. A nuestro entender, este tipo de supuestos deben solventarse en sede de justificación penal, valorándose cabalmente si la conducta de referencia se encuentra justificada. Puesto que acudir directamente a la ponderación de la culpabilidad de la mujer supondría «hurtar» o sustraer indebidamente el debate de la cuestión al ámbito de la antijuridicidad penal. No obstante, de no concurrir en el caso concreto alguno de los presupuestos de la legítima defensa, existen alternativas en sede de culpabilidad. Por ejemplo, el error sobre el presupuesto de la agresión ilegítima o la causa de inculpabilidad de miedo insuperable.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. DOCTRINA

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan José, «El tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6 bis.a», *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, Tomo 38, Pasc./Mes 3, 1985, pp. 703-720.
- El mismo, y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Trotta, Madrid, 2ª ed., 2006.
- CEREZO MIR, José, «La regulación del error de prohibición en el Código Penal español y su trascendencia en los delitos monetarios», *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, Tomo 38, Fasc./Mes 2, 1985, pp. 277-284.
- *Curso de Derecho Penal español. Parte General, II. Teoría jurídica del delito*, Ed. Tecnos, Madrid, 6ª ed., 1998.
- *Derecho Penal, Parte General*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008.
- CÓRDOBA RODA, Juan, y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal, Tomo I (Artículos 1-22)*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1972.
- CORREA FLÓREZ, María Camila, *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa*, Tesis doctoral dirigida por Fernando Molina Fernández, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho Penal español. Parte General. Vol. I, Nociones introductorias. Teoría del delito*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002.
- DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Estudio sobre el tiempo que tardan las mujeres víctimas de violencia de género en verbalizar su situación*, Centro de Publicaciones del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Derecho Penal Español. Parte General. En esquemas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 5ª ed., 2020.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, y LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978.
- IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Ed. Comares, Granada, 1999.
- LARRAURI PIJOAN, Elena, «Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del Derecho Penal», *Jueces para la Democracia*, núm. 23, 1994, pp. 22-23.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª ed., 2016.
- MARTÍNEZ UCEDA, Sonia, y CASTRILLO SANTAMARÍA, Rebeca, «La victimización secundaria en el contexto de los delitos de violencia de género: la victimización judicial», en, *Vulnerabilidad de las víctimas desde la perspectiva de género: una visión criminológica* (coords.: Ana María Fuentes Cano, Tara Alonso del Hierro, Jonathan Torres Téllez; dir.: Víctor Rodríguez González), 2021, pp. 215-230.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General, 10ª ed., 1ª reimpresión, con la colaboración de Gómez Martín y Vicente Iváñez*, Ed. Reppertor, Barcelona, 2016.

- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, «¿"Legítima" defensa putativa?: un caso límite entre justificación y exculpación», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 15, 1990-1991, pp. 265-288.
- «Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa», *Revista Penal*, núm. 24, 2009, pp. 122-134.
- El mismo, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 11ª ed., 2022.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, «Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 34, 2016, pp. 17-65.
- ROA AVELLA, Marcela, «Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante», *Nova et Vêtera*, Vol. 21, núm. 65, 2012, pp. 49-70.
- ROIG TORRES, Margarita, «La delimitación de la "violencia de género": un concepto espinoso», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 32, 2012, pp. 247-312.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles, y URRUELA MORA, Asier, «Las causas de irreprochabilidad», en, *Derecho Penal, Parte General: Introducción. Teoría jurídica del delito* (coords.: Romeo Casabona, Boldova Pasamar y Sola Reche), 2ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016.
- VALLE MUÑOZ, José Manuel, «Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 45, Fasc./Mes 2, 1992, pp. 561-612.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal, Parte General: Introducción. Teoría jurídica del delito* (coords.: Romeo Casabona, Boldova Pasamar y Sola Reche), 2ª ed., Comares, Granada, 2016.

2. JURISPRUDENCIA

- STS, Sala de lo Penal, de 29 de septiembre de 1984.
- STS, Sala de lo Penal, de 12 de junio de 1991.
- STS, Sala de lo Penal, de 30 de marzo de 1993.
- STS, Sala de lo Penal, núm. 324/1997, de 14 de marzo.
- STS, Sala de lo Penal, núm. 1015/1997, de 09 de julio.
- STS, Sala de lo Penal, núm. 2400/2001, de 14 de diciembre.
- STS, Sala de lo Penal, núm. 149/2003, de 04 de febrero.
- STS, Sala de lo Penal, núm. 900/2004, de 12 de julio.
- STS, Sala de lo Penal, núm. 64/2005, de 26 de enero.
- STS, Sala de lo Penal, núm. 470/2005, de 14 de abril.
- STS, Sala de lo Penal, núm. 544/2007, de 21 de junio.
- STS, Sala de lo Penal, núm. 510/2009, de 12 de mayo.

STS, Sala de lo Penal, núm. 798/2009, de 09 de julio.

STS, Sala de lo Penal, núm. 1270/2009, de 16 de diciembre.

STS, Sala de lo Penal, núm. 360/2010, de 22 de abril.

STS, Sala de lo Penal, núm. 152/2011, de 04 de marzo.

STS, Sala de lo Penal, núm. 1376/2011, de 23 de diciembre.

STS, Sala de lo Penal, núm. 885/2014, de 30 de diciembre.

STS, Sala de lo Penal, núm. 347/2015, de 11 de junio.

UN INSTRUMENTO PÚBLICO EN LA CORTE DEL JUSTICIA DE ARAGÓN

A PUBLIC INSTRUMENT IN THE COURT OF JUSTICE OF ARAGON

CARLOS URZAINQUI BIEL
Licenciado en Filosofía y Letras
Historiador

RESUMEN

En este artículo, analizamos un documento llamado «Instrumento público ante la Corte del Justicia de Aragón» sobre un enfrentamiento entre las localidades aragonesas de Villanueva de Gállego y Zuera en cuanto a derechos y disfrute de agua en una acequia y en base a un reconocimiento otorgado por el monarca aragonés Alfonso II en el año 1312. Este documento constituye uno de los pocos interdictos presentados ante dicho Justicia de Aragón sobre temas forales consuetudinarios que se conservan.

Palabras clave: Villanueva de Gállego, Zuera, Justicia de Aragón, Instrumento público, Acequia de Zuera, Candevanía.

ABSTRACT

In this article, we analyze a document called «Public instrument before the Court of Justice of Aragon» about a confrontation between the Aragonese towns of Villanueva de Gállego and Zuera regarding rights and enjoyment of water in an irrigation ditch and based on a recognition granted by the Aragonese monarch Alfonso II in the year 1312. This document constitutes one of the few interdicts presented before said Justice of Aragon on customary regional issues that are preserved.

Key words: Villanueva de Gállego, Zuera, Justice of Aragon, Public instrument, Zuera irrigation canal, Candevanía.

SUMARIO

I. CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA. II. PACTO DE LOS 100 SUELDOS. III. COMENTARIO AL INSTRUMENTO PÚBLICO ANTE LA CORTE DEL JUSTICIA DE ARAGÓN. IV. TEXTO DEL INSTRUMENTO EN LA CORTE DEL JUSTICIA DE ARAGÓN. V. FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA.

I. CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA

Hoy día la localidad de Villanueva de Gállego, situada en el valle del bajo Gállego y a tan solo 14 kilómetros al norte de Zaragoza, es una de las poblaciones más importantes de Aragón. Con casi 5.000 habitantes posee una de las rentas más altas en la región y en su término municipal, se encuentran instaladas importantes empresas y servicios. También posee una importante huerta y una pequeña extensión de monte llamada *La Sarda* que apenas rinde como cultivo de cereal. Hace apenas dos siglos, la localidad era un mísero barrio de Zaragoza que había sido terriblemente castigado durante la Guerra de Independencia. De los 700 vecinos con contaba en la primavera de 1808, a finales del Trienio Liberal en Villanueva apenas sumaban 200 con todo, este pequeño barrio se empeñó en ser municipio y lo consiguió a lo largo del siglo XIX. La historia de la relación entre Villanueva y Zaragoza es una interminable serie de conflictos que se han ido sucediendo a lo largo del tiempo y que han llegado incluso hasta hoy día. Por poner un sencillo ejemplo, esta localidad ribereña del Gállego es quizás, si no la que más, una de las que más conflictos han tenido a lo largo de su historia con la *Casa de Ganaderos* en otro tiempo poderosa institución zaragozana. Hubo un tiempo, a finales del siglo XV y principios del XVI en que fueron tan frecuentes estos enfrentamientos, que el mismísimo emperador Carlos V medió en una de estas causas, aprovechando su estancia en la capital aragonesa y según un documento fechado en 1523 que se conserva en el Archivo municipal de Zaragoza. En el que se establece que los vecinos de Villanueva puedan pastar con sus rebaños y cazar exclusivamente en el monte del *Vedao* y en una superficie que abarca desde:

«la balsa de la fuessa entro a Puey Fornittero así como talla el camino de Castillon enta suso ento al bal de Alfocea así como el dito boalar de sus ditas confrontaciones es terminado e concluydo así lo damos e otorgamos a bos dito concello de Billanova» previo abono de 20 sueldos jaqueses pagaderos anualmente durante 20 años, pudiendo ser prorrogado por otros tantos años consecutivos»¹.

¹ Archivo Municipal de Zaragoza. «fondos antiguos» Sg.21-16-1: Privilegio referente a Villanueva de Gállego en el año de 1523. La traducción viene a ser: «Desde la balsa de la fosa hasta el cabezo de Fornillé (junto a la urbanización del Zorongo) que lindan con el camino de Castejón y hasta la val de Alfocea, así como el dicho pasto en sus dichas confrontación sean terminadas y concluidas, damos y otorgamos a vosotros concejo de Villanueva».

Esta localidad ha sufrido secularmente dos graves problemas a lo largo de la historia; el uno radica en el poco aprovechamiento de sus montes comunales, debido a la gran extensión esteparia de la zona y la población de monte bajo y que tan solo eran cultivables las zonas más próximas al casco urbano y la zona conocida por «la Val» un barranco que discurre por 10 kilómetros dentro del Término municipal en dirección noroeste-este y en cuya desembocadura se encuentra enclavado el casco urbano.

Una de las carencias más importantes que ha sufrido el lugar hasta épocas muy recientes (finales del siglo XX) es la ausencia de leña para calentar en invierno los hogares, como digo no existen extensiones boscosas importantes dentro del Término municipal a excepción de los sotos ribereños del Gállego, éstos presentan una doble problemática y es que la leña de chopo, que es la que abunda en las riberas del río arde muy fácil, pero se consume rápidamente y por otra parte, su acceso es muy restringido debido a que estos terrenos suelen estar todos en manos privadas lo que hace que el producto se encarezca. De hecho una de las menciones más antiguas que tenemos de Villanueva hace referencia a esta problemática, precisamente con el vecino monte del Castellar. Este vasto territorio que configura la muela noroeste de Zaragoza, ha tenido históricamente especial atracción y vinculación para los vecinos del lugar por su fácil accesibilidad y su proximidad al casco urbano. Este territorio ha sido siempre un lugar de donde extraer recursos económicos para un territorio municipal tan exiguo como el villanovense. Según la documentación conservada, los vecinos de Zaragoza, «iban al Castellar como término propio»². Esta actividad causó más de un disgusto a los villanovenses a lo largo de la historia. Ya en 1462 dos vecinos del entonces barrio zaragozano, fueron sorprendidos por los monteros del señor del Castellar haciendo leña en sus posesiones. Estos villanovenes fueron detenidos y llevados a presencia de Juan Ximénez de Cerdán, a la sazón señor de este monte, quien decretó el *ius maletractandi* o lo que es lo mismo, la pena de muerte que se llevó a cabo inmediatamente. Enterada la ciudad de Zaragoza de estos sucesos, salió en defensa de los vecinos de Villanueva y se originó una revuelta que acabó con la destrucción del palacio de Juan Ximénez. La exigencia de entrega de los asesinos y una serie de enfrentamientos que durarían al menos quince años entre el consistorio zaragozano y el señorío del Castellar que terminó con el incendio y destrucción de las casas del Castellar, tal como recoge en sus *Annales*, Gerónimo Zurita³. Aunque el dominio jurisdiccional correspondía al duque, los zaragozanos podían acceder a la muela del Castellar con el fin de *pacentar* los rebaños de la misma así como «hacer leña verde de su monte bajo, *amalladar*, *foganizar*, *cabilar*, *parizonar*, *aventar* y *cazar*»⁴. Esta carencia de combustible se ha solucionado a través de los siglos gracias al aprovechamiento

² Archivo Casa de Ganaderos de Zaragoza: Caja 12, lg. 1,27-1 y Caja11, lg. 1,7.

³ Antonio Peiró Arroyo, *El Señorío urbano de la ciudad de Zaragoza*. Institución Fernando el Católico de la Diputación Provincial de, Zaragoza 1993, pág. 42.

⁴ Archivo Casa de Ganaderos de Zaragoza.: Caja 12 lg.1.16-1.

de leñas un poco más al norte del monte del Castellar, me refiero al extenso bosque de carrascas y sabinas conocido por «Pinares de Zuera». Dentro de este inmenso pinar se encuentra una partida llamada «las Fajas en *Vallones*» en la cual los vecinos de Villanueva tienen derecho universal a cortar leña para sus casas desde tiempos donde se pierde la memoria y que en algunos documentos aparece citada como «Castellar antiguo». Por otra parte y aunque parezca paradójico, se siente la falta de agua a pesar de que su huerta está regada desde la más remota antigüedad. Más cercana al río discurre la de *Rabal* pero ésta, se dedica a servir a las grandes fincas y torres que existen en su término y antiguamente estaban al servicio de los diferentes molinos papeleros que había en la zona. Hijueta de Rabal es el *Término de Cascajo*, que riega aguas abajo del casco urbano y tan solo exclusivamente del municipio se encuentra la acequia de *Rasilla* que, junto con el llamado *Brazal Nuevo* hacen de acequias molinares y en la actualidad sirven para la actual fábrica de *Harinas de Polo*, que es el último resto de este pasado «industrial» de la localidad y además riegan su huerta.

II. PACTO DE LOS 100 SUELDOS

Candevanía es el tercer canal de riego que históricamente ha discurrido dentro del término municipal de Villanueva. La popularmente conocida como acequia de Zuera fue desde sus inicios, hasta hace relativamente pocos años el suministro de agua potable para la población. Es posible que el origen de Candevanía, que nace en el mismo azud de Camarera aguas arriba de Zuera, primase la necesidad de suministrar agua al camino real existente entre este azud y Cesar Augusta, siendo su función principal el consumo humano y no exclusivamente el de riego. Según un documento del siglo XVI, Burjazud (uno de los núcleos fundacionales de Villanueva, cuyo término seguramente se relaciona con el azud de Rabal) disfrutaba del agua de esta acequia «para que tuviese aquella, abundantes sobras por toda la semana». Con la fundación de Villanueva de Burjazud se creó un conflicto de intereses.

Las primeras menciones de la «Villa nueva» datan de mediados del siglo XII y aunque son confusas se pueden aceptar, porque hacen referencia a la ocupación en el extrarradio de Zaragoza y en torno al río Gállego, donde no existe ninguna otra Villanueva. Según un documento recogido por Luis Rubio, fechado en 1148, un señor llamado Miguel y su mujer Sancia venden, el primero de mayo de dicho año un campo:

«que est in Uila Noua a seminataura I kafiz & II arrienzatas ordi»⁵.

⁵ Rubio, Luis. *Los documentos del Pilar en el siglo XII*, Institución Fernando el Católico de la Diputación Provincial de Zaragoza, 1971. Doc. 49.

El comprador fue un señor llamado Ferrer y su mujer, quienes pagaron la cantidad de XX sueldos jaqueses. El profesor José María Lacarra también menciona a un tal «Bernardus de Uila Noua» como testigo en la compra de un hortal situado en la «torre Longa»⁶ junto al río Gállego.

Modesto Lafuente narra en su *Historia de España*⁷ como, estando el *Cid* en Valencia fue llamado por Almoſtaín rey de la taifa zaragozana, rogándole le amparase contra Sancho Ramírez quien, en su avance progresivo hacia el valle del Ebro iba apoderándose de sus dominios con la ocupación del monte del Castellar hacia 1085. Mudó el de Vivar su rumbo y volvió a Zaragoza «le costó al aragonés sí quiso evitar el venir a las manos con el Campeador para solicitar un acomodamiento con él, que el Cid aceptó a condición de que no molestara más a Almoſtaín» y Sancho regresó a sus Estados, mientras don Rodrigo permanecía en aquellas tierras. María Jesús Viguera⁸ especifica más el asunto añadiendo que la Capital era apetecida por Alfonso VI y que Sancho Ramírez se adelantó a los deseos del castellano, edificando la fortaleza del Castellar. Agobiado Almoſtain recurrió al Cid quien se encontraba en Valencia y acudió en su ayuda. Enterado Sancho Ramírez reunió gran cantidad de tropa navarro-aragonesa y acampó en Gurrea de Gállego para mantener la ocupación de toda esta zona. Se pobló Luna en 1092, se obligó con el pago de «parias» a Ejea, Tauste y Pradilla y se avanzó la posición de Juslibol.

Más detallados son los datos que ofrece Domingo Buesa en su historia sobre el rey Sancho Ramírez⁹ en la que especifica que «llegado el Cid a Zaragoza firmó un tratado con Al Moſtaín, cruzó el Ebro y acampó en marzo de 1092 en un lugar próximo al río Gállego». El rey aragonés enterado de esta maniobra convocó a todas sus tropas y junto con su hijo Pedro marcharon hacia Zaragoza «acampando en Gurrea, a unas cuatro leguas, al norte de la ciudad». Los datos que ofrece Buesa son más definitivos, a la par que confusos. Gurrea no está a cuatro leguas de Zaragoza, sino más del doble. Supongo que lo que quieren decir las crónicas es que «las tropas aragonesas pasaron por Gurrea y acamparon a cuatro leguas al norte de Zaragoza» o que el monarca aragonés se encontraba en Zuera y es que en la grafía bajo medieval, esta población aparece como «Çuera» lo que puede traer a confusión con «Gorea» que es el nombre medieval de Gurrea. Cuatro leguas son poco menos de 20 kilómetros¹⁰. A esta distancia, al norte de Zaragoza se encontraban por entonces Burjazud y en la actualidad muy cerca de la actual urbanización de Las Lomas del Gállego, junto a la torre del

⁶ Lacarra, José M^a: *Documentos para el estudio de la reconquista y repoblación en el valle del Ebro 11*, IFC. Zaragoza 1985; Documentos 64.

⁷ Lafuente, Modesto *Historia General de España*, Montaner y Simón editores. Barcelona 1888, tomo 3, pág. 183.

⁸ Viguera, María Jesús: *Aragón musulmán*, Mira editores, col. Temas. Zaragoza 1988

⁹ Buesa Conde, Domingo: *Sancho Ramírez*. Guara Editorial, Zaragoza 1978, págs. 78-79.

¹⁰ Según las medidas tradicionales una legua viene a ser entre 4,5 y poco menos de 5 kilómetros en la actualidad.

Aliegar. También existía otro edificio desaparecido «la venta de Coscón». Este lugar se ubicaba precisamente en la entrada del Castellar y en el punto de intersección donde se unen el *Vedao* y el monte de las *Fajas*, a la entrada del Pinar en la zona de Vallones y por tanto del llamado Castellar antiguo. Corresponde este lugar con el actual kilómetro 10 de la carretera entre Villanueva de Gállego y Castejón de Valdejasa y en el límite de los términos municipales de aquel, Zuera y Zaragoza. Si el rey aragonés pretendía defender este territorio, lo lógico es que se ubicara en un lugar que reuniera tales características estratégicas. Antonio Gascón Ricau¹¹ también entiende que Gurrea es una población muy alejada para poder entablar unas negociaciones teniendo «taponada» la entrada del Castellar a las tropas del Campeador, era más fácil realizar una negociación o llevar a cabo un posible enfrentamiento bélico hay que recordar que éstas estaban situadas «en la línea del río Gállego» antes de llegar a la actual Zuera. Gascón también menciona la existencia de una torre defensiva cristiana situada o bien en el alto de Esteban o en el «*Montis Vallis*» (seguramente Monte de Vallones, lugar donde se encuentra la partida de Las Fajas). Esta posición pudo ser considerada peligrosa para los intereses de la Taifa ya que también obstaculizaría el tránsito hacia la zona dominada por los musulmanes en las Cinco Villas, auténtico granero de Zaragoza y últimos restos de sus parias al norte de la Capital y por supuesto el abastecimiento de leñas y combustible vegetal para la ciudad de Zaragoza, si se entiende que entonces la extensión arbórea era mayor a la actual, es comprensible este interés del gobierno de la Taifa por conservar esta reserva de calefacción para los duros inviernos en el valle del Ebro. De ahí entre otras razones que don Rodrigo se desplace desde Levante, para obligar al rey aragonés a llevar dicha construcción a otro lugar o destruirla. Se da la circunstancia de que junto a la urbanización de las Lomas del Gállego, en su límite norte existe una partida de terreno, ubicada dentro de la finca del Aliegar llamada «la Torraza». En línea con el actual azud de Rabal (la primitiva Burjazud) y la localidad de San Mateo y también junto al viejo camino real de Zaragoza a Huesca (actual nacional 242) es decir, a unos 18-20 kilómetros al norte de Zaragoza que es lo que miden aproximadamente 4 leguas.

En su expansión hacia el Valle del Ebro los reyes aragoneses iban estableciendo líneas defensivas que consistían en pequeñas fortificaciones militares, generalmente torres guardadas por un «Tenente» y protegidas por una serie de colonos que vivían en su alrededor cultivando las tierras adyacentes y defendiendo la posición de frontera. Por tanto la que Sancho Ramírez quería ubicar en esta zona de las Fajas de Vallones, en el actual pinar de Zuera sería una más y tendría funciones a la vez que defensivas de control en las comunicaciones y apoyo en su avance hacia la fortaleza del Castellar, además de asentamiento cristiano. Sancho Ramírez y el Cid llegaron al acuerdo, seguramente verbal, por el que los

¹¹ Gascón Ricau, Antonio: *El hechizo del Castellar*, Institución Fernando el Católico. Colección: *Cuadernos de Aragón* n° 35. Zaragoza 2007.

tenentes que se encontraban en las Fajas de Vallones o Castellar antiguo, se desplazaran a otro lugar. Pues bien puedo asegurar que esa nueva posición elegida como ubicación de estos pobladores de frontera, dio origen a la actual Villanueva de Gállego o lo que es lo mismo se asentaron en lo que hoy es Villanueva. ¿Porque definiendo esto? Villanueva de Gállego ha tenido privilegios tradicionales en el llamado Castellar antiguo (el Vedao, las Fajas y norte del Castellar) y sobre todo en la partida de las Fajas en el monte de Vallones (en la actualidad término municipal de Zuera). En definitiva estoy convencido de que el acuerdo por el que llegaron el Rey aragonés Sancho Ramírez y Rodrigo Díaz de Vivar consistió básicamente en que el asentamiento no podía permanecer en esta zona y que éste, se trasladara a un lugar cercano, quizás donde el mismo Cid tenía ubicadas sus tropas. De esta manera sentaron las bases de una «nueva villa» que no perdiera los derechos adquiridos durante su establecimiento en lo que era «El Castellar antiguo» sobre todo en lo concerniente al aprovechamiento de leña, pastos y caza o lo que es lo mismo, lo que los abuelos villanovenses decía «el vuelo».

La primera mención conjunta de Villanueva y Burjazud de la que se tiene noticia, está fechada el 24 de noviembre de 1247 cuando un grupo de vecinos:

«...pro nobis et conciliis de Burjazut et de Villanova ad honorem...».

Entregan a la Seo de Zaragoza los terrenos situados alrededor de una plaza para edificar la iglesia parroquial de dicho lugar:

«...concedimus et assignamus ecclesie sancti Salvatoris...»¹².

Iglesia que daría lugar a la actual parroquia del Salvador y además le otorgan una abadía, un cementerio y diversos terrenos de cultivo alrededor de la población. Restos de ese cementerio se han encontrado junto a la plaza de España de la localidad, ubicada en el barrio Bajo, donde se instalaron los de Burjazud, mientras que en el barrio Alto lo hacían los de la Villanueva del Cid y entre ambos núcleos, discurría la acequia de Zuera. El caso es que pronto surgirían los conflictos; por un lado los vecinos del barrio Bajo reclamarían sus derechos sobre el disfrute de aguas en la acequia, como venían disfrutando hasta entonces como habitantes de Burjazud y por el otro éstos, querrían disponer de los derechos que tenían sus convecinos sobre el monte de las Fajas. Los del barrio Alto a su vez, deseaban que la acequia que circulaba a sus pies les sirviera también a ellos. El caso es que y en fecha muy temprana, los Jurados de Zaragoza confirman en 1262 (es decir 15 años después de la unificación) a favor de los vecinos del lugar de Villanueva de Burjazud derechos para «boalar» y cazar en un monte conocido por el Vedao. Dichos derechos serán ratificados mediante concordia fechada el 6 de octubre de 1312 en la

¹² Canellas López, Ángel. *Los cartularios en Salvador de la Seo de Zaragoza*, Monumenta diplomática aragonensia tomo III. Zaragoza 1990: Documentos 1202. op. cit. Doc. 1113.

que los mismos Jurados, amparándose en el privilegio de los Veinte, ratifican el aprovechamiento de montes comunales situados en el Vedao. Así mismo establecen para la «villa nueva» el derecho de pastoreo para todos sus vecinos en todos los montes del reino y dictaminan que rijan los mismos precios que existen en la ciudad «puesto que son barrio y cuerpo de la misma»¹³. El dictamen de 1262 establece el derecho a explotar mancomunadamente con Zuera una partida de monte conocida como *Vallones*¹⁴, para uso exclusivamente doméstico (prohibía la venta de leña y el uso del carboneo). Así mismo permitía llevar agua a Villanueva 52 veces al año, generalmente en invierno, lo que producía «desgracias en las cosechas». Esta situación provocaba considerar a la tierra que irrigaba «como de secano»¹⁵ y así lo fue hasta mediados del siglo XIX.

Cincuenta años después, corría el año 1312 cuando los vecinos de Zuera plantearon un pacto a los de Villanueva llamado «de los 100 sueldos» por el cual, el Concejo de Zuera garantizaba a Villanueva «toda aquella agua que viniera en la Acequia de Zuera, en el día del Domingo para siempre, para su provecho y utilidad de los dichos hombres de Burjazud... y que no la quitaran ni impidieran el agua corriente de la dicha Azequia» por su parte, el concejo de Villanueva entregaría cada año «cien sueldos Jaqueses» en cierto término:

«Y a mas desto que concedieran los Hombres del lugar de Vurjazud un lugar llamado Sobello para que pazcan allí las ovejas y cabras y bestias de los hombres del Concejo de Zuera y/ó las Bestias de los hombres del Concejo de Burjazud, ni los unos a los otros se pudiesen vedar el pasto y uso...»¹⁶

Esta Concordia que ha permanecido en la memoria de los villanovenses durante siglos, reafirma la idea de que Villanueva cedió parte de sus derechos territoriales, situados en una determinada zona conocida por «Sobello». Partida que coincidiría con el actual monte de Vallones y las Fajas a Zuera. Un término el de *Sobello* de procedencia latina que vendría a significar So [bajo] bello [guerra] o lo que es lo mismo «bajo guerra» «bajo disputa» «bajo contienda» o «bajo enfrentamiento» un territorio al que se podría acceder, según la terminología bajo medieval, bajo pago o fiscalidad y que estaría sometido a un peaje, lo que concuerda bastante sobre lo antedicho entre Sancho Ramírez, el Cid y la taifa de Zaragoza. En esta zona podían disfrutar del «vuelo» es decir de la caza, leña y pastoreo tanto los vecinos de Villanueva como los de Zuera. Aunque se reconoce que la partida era de la antigua Burjazud, ya en el siglo XIV Villanueva de Burjazud.

¹³ AMZaragoza. Sg.21-16-1. «Fondos antiguos».

Archivo municipal Villanueva de Gállego. Legajo 57 «Propios» (signatura antigua).

¹⁴ Las alusiones al «monte de Vallones» aparecen registradas con este nombre hacia 1456.

¹⁵ Archivo histórico provincial de Zaragoza. Sg. 220, Amillaramiento de 1850.

¹⁶ Archivo Municipal en Villanueva de Gállego; Arcón correspondiente a la acequia de Candevanía o de Zuera. «Instrumento público de la Corte de, el Justicia de Aragón, fechado en Zaragoza el 15 de septiembre de 1550».

La fecha de esta primitiva concordia es desconocida pero seguramente anterior a 1300 ya que tal como se ha visto anteriormente, en 1262 se reconoce a Villanueva el derecho de «pastoreo universal» y el uso mancomunado con Zuera del monte de Vallones. En el mismo documento, el rey aragonés Jaime II reconoce el derecho de los vecinos de Villanueva de Burjazud a usar el agua de la acequia de Zuera «en el día del Domingo» entendiéndose como tal «el día del sábado por la tarde y puesto el Sol y por toda la noche y el día del Domingo hasta puesto el Sol». Prohibiendo a los «hombres del Concejo de Zuera» que de entonces en adelante «no poner rabiessas en la dicha zequia ni abrir filas»¹⁷. En dicha Sentencia se cita el derecho que «animosamente y de buena voluntad dieron y concedieron a los hombres de Vurjazud y a todo su Concejo de aguas», al lugar y sucesores suyos para ellos y para siempre «todas aquellas sobras de aquella agua que viniere» de la acequia de Zuera durante la semana. Reafirmando el derecho de Villanueva al uso del agua un día a la semana.

Esta sentencia no sería la definitiva pues a lo largo de los siglos hubo relecturas y reinterpretaciones. Por un lado, los de Villanueva vendían en Zaragoza la leña de las Fajas o la transportaban a la ciudad con intención de entregársela a los propietarios de las torres o casas de campo que había en el pueblo y que residían en la ciudad por otro y en muchas ocasiones, los de Zuera escatimaban el agua o hacían impedimentos para que esta no llegara a Villanueva. Una concordia fechada en 1456 vuelve a especificar el uso doméstico de la leña en las Fajas y Vallones. Diez años más tarde los jurados de Villanueva aprueban una serie de ordinaciones municipales y en uno de sus puntos se establece que:

«en el dito lugar en sus terminos regirnos assi en la policia del dito lugar como encara en el regimiento de paxo las hierbas de los del dito lugar» el control y recogida de las scombras de las cequias e braçales, el regimiento de las aguas e manera de regar de aquellas así del agua de Çuera como encara en todas aquellas otras aguas e cosas que tocan a la recuperación, distribución de las pecunias que los jurados y procuradores qui son e por tiempo seran del dito Lugar, reciben e acostumbran recibir e recebran de aquí adelant»¹⁸.

III. COMENTARIO AL INSTRUMENTO PÚBLICO ANTE LA CORTE DEL JUSTICIA DE ARAGÓN

En 1550 llegamos al documento de estudio que se intitula: «Instrumento público de transunto de la Corte de los Justicia de Aragón, de una Sentencia dada por

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ San Vicente Pino, Ángel. *Colección de fuentes del derecho municipal aragonés en el bajo Renacimiento*, IFC. Zaragoza 1984.

el Serenísimo Rey D. Jaime (II) entre los hombres, concejo y universidad de la Villa de Zuera de una parte y los hombres, concejo y universidad del lugar de Villanueva de Burjazud de la otra parte acerca de los derechos de agua del sábado y sobras entre semana». Este «instrumento» fue localizado personalmente y de manera casi ocasional hace muchos años, mientras me encontraba investigando para la obtención del *Diploma de Estudios Avanzados* y que posteriormente se pudo ver en parte publicado por la *Institución Fernando el Católico* en 2008 dentro de la colección «Historias Locales n.º. 10» bajo el título *Villanueva de Gállego: un lugar en la huerta*. Se encontraba unido a otros papeles de parecida temática dentro del llamado «Arcón de Candevanía» que es el archivo donde se guardan los documentos pertenecientes a la acequia de Zuera, en el Ayuntamiento de Villanueva de Gállego (Zaragoza).

En un primer momento, el interés del presente documento radica en su «originalidad» ya que apenas existen al menos a la luz pública, textos donde se ponga de relieve el día a día del trabajo en la Corte del Justicia de Aragón y en el que se aborde un asunto que podríamos decir «de rutina procesal». Estamos acostumbrados a abordar la trayectoria más o menos idealizada del último Justicia de la familia Lanuza (Juan V) de las peripecias de algún otro Justiciazgo y sobre los grandes derechos forales como el de *Manifestación* o enfrentamientos entre el monarca y el Justicia pero, sabemos muy poco sobre el funcionamiento de las salas y lugartenencias cotidianos y sabemos de pocos casos que se hayan abordado en la Corte del Justicia que pudieran calificarse como derecho contencioso fuera de los grandes procedimientos o enfrentamientos. Además, se trata de un proceso cuyo dictamen tiene plena vigencia administrativa en el día de hoy, es decir, que su regulación sigue vigente y que se ha mantenido a pesar de todos los cambios estructurales y orgánicos habidos en Aragón.

Para encontrar una breve, pero interesante reseña sobre la historia de la Institución, he recurrido a la clásica *Gran Enciclopedia Aragonesa* en su edición de 1981, que en su tomo VII incluye una entrada sobre «El Justicia de Aragón»¹⁹ firmada por Jesús Lalinde Abadía y que puede servir como aproximación a esta figura descontextualizada del mito. El Justiciazgo aparece a partir del año 1221 y parece ser que ya en origen, se trata de un oficial real nombrado por el monarca y centrado en asuntos jurídicos. No hay que olvidar que la administración en el reino aragonés comienza a ser bastante compleja y que la extensión del mismo es mayor a partir de este siglo XIII. Su institucionalización se hará efectiva en las Cortes de Ejea celebradas en 1265, cuando se crea un juez medio en los pleitos suscitados entre el rey y los nobles o entre los nobles entre sí en origen y tal como se demuestra en este artículo, entre los súbditos por diferencias forales o dictámenes emitidos por el monarca. La situación del Justicia se irá consolidando a través del *Privilegio General* a finales del siglo XIII y se consumará durante el

¹⁹ Lalinde Abadía Jesús. «Justicia de Aragón» en *Gran Enciclopedia Aragonesa*, Ediciones Unali. Zaragoza 1981 (tomo VII) págs. 1960-62.

reinado de Pedro IV en 1348. Es entonces cuando se publica el Fuero *De lis Dominus Rex* que determina el papel del Justiciazgo, como guardián del ordenamiento foral y su intérprete. En este momento y hasta el siglo XVI no posee consejeros adscritos pero «están obligados a serlo todos los letrados del reino». En 1519 se establecen «siete miembros permanentes con cuyo consejo se deciden todas las causas». A partir de 1528 y a través del *Reparto del consejo del Justicia de Aragón*, la institución estará auxiliada por cinco lugartenientes con sus correspondientes escribanías y sin cuyo consejo o, el de la mayor parte, el Justicia no puede pronunciar sentencias definitivas no obstante y aparte de esto, seguirá siendo auxiliado por todos los funcionarios que se crean necesarios para emitir un dictamen, tal como también queda demostrado en este documentos. Los lugartenientes han de ser letrados de buena fama y reputación, expertos y doctores en Fuero y Derecho. Mayores de treinta años y con práctica de cuatro al menos. Están sujetos a un régimen rigurosos de residencia, asistencia al consejo, incompatibilidades, recusaciones y se exige de ellos responsabilidad por el «Tribunal de la Diez y Setena» es decir, por los diecisiete judicantes que deciden las causas por el sistema del *Fabeado* o votación con habas blancas y negras. Según Lalinde, «El Justicia y su Corte tienden a constituir un tribunal más, que es incluso inferior al de la Audiencia real y aun al del gobernador en muchos casos» pero la institución es representativa del reino quizás por eso mismo, la actual figura del Justicia sea vista con simpatía y afecto por los aragoneses pues nos retrotrae a esa visión histórica que fue el pasado de Aragón, una interrelación que viene también por su proximidad al pueblo y es que no solo trataba de asuntos entre los nobles o de éstos con el monarca, sino que su jurisdicción se ampliaba a temas de conflictos entre poblaciones, villas, ciudades sobre cuestiones que eran consideraras «forales». En palabras de Jerónimo Blancas: «Siendo este el vínculo de nuestra república y el fundamento de nuestra concordia civil y doméstica»²⁰. Quizás sea aquí donde se encuentra la argamasa que luego alimenta el mito.

El documento consta de unas veinte páginas manuscritas en Latin, a su vez contiene una copia con dieciséis en el que el texto aparece traducido al español. Pienso que esta parte es posterior y que el original es el Instrumento escrito en lengua latina y que sería la que utilizaban los Magistrados forales, a la hora de dictar sentencia. Digo esto porque la copia española está incompleta, es decir faltan al menos cuatro páginas que corresponden al final del dictamen y en la que figuran fórmulas, nombres y otros datos que no carecen de interés a la hora de llevar a cabo una investigación pero que, seguramente para el escribano que hizo la copia no le pareció relevante. Parece ser que esta copia es al menos de principios del siglo XVIII ya que existe una concordia fechada el 13 de junio de 1723 entre los vecinos de Villanueva y los de Zuera por la cual, a aquéllos se les permite

²⁰ Blancas y Tomás, Jerónimo. «Comentarios» *Comentarios de las Cosas de Aragón* (traducida al castellano por el Padre Manuel Hernández) Diputación Provincial de Zaragoza «Imprenta del Hospicio» 1878 (pág. 2).

el uso de Candevanía «desde la puesta del sol del sábado hasta el domingo a la misma hora, o veinticuatro horas naturales»²¹. Es posible que con la desaparición de los derechos forales, tras la implantación de los decretos de Nueva Planta, surgieran de nuevo las fricciones por el uso de la acequia de Zuera y se tuviera que reafirmar como un derecho adquirido por los villanovenses y algo muy interesante y es que las disposiciones de los reyes aragoneses, vinculaban no solo a sus sucesores, sino también a las dinastías siguientes y es que eran por tanto una disposición de la Corona en sí. Lo cierto que es cada vez que había una crisis de régimen, las controversias aparecían de nuevo y en otras ocasiones, los regantes de Zuera recurrían a cualquier excusa para no cumplir con lo establecido como embarrizar la acequia e impedir el paso de agua o abrir canales que desviarán el cauce. Los enfrentamientos llegarán hasta finales del siglo XIX cuando por Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, fechada en 12 de febrero de 1880, se reconoce a Villanueva un séptimo del agua que baja por Candevanía es decir, un día a la semana además de la sobrante los restantes seis días²².

El Instrumento público de transunto que se presenta ante la Corte de los Justicia de Aragón, como prueba de estos derechos forales es una Sentencia dada por el Serenísimo Rey D. Jaime II que gobernó en la Corona desde 1291 hasta 1327 y fue sustituido en el trono por su hijo Alfonso IV que también aparece citado en el documento como heredero del monarca, sin ningún título que lo manifieste, tan solo el de «Infante». El pleito está suscitado entre el «concejo y universidad de la Villa de Zuera» de una parte y los hombres, concejo y universidad del lugar de Villanueva de Burjazud de la otra aunque en algunos apartados se cita a Burjazud separado de Villanueva, lo que nos indica que estos derechos son anteriores a 1253, año en que oficialmente ambas aldeas se unen en una sola, se deban a una confusión o una abreviación en el nombre del lugar.

El escrito está fechado «en el año de la navidad del Señor de mil quinientos y cincuenta días a saber, el quinceno día del mes de diciembre en la ciudad de Zaragoza del reino de Aragón y en la sala Alta de las casas de la Diputación del mismo reino, en donde la corte del señor Justicia de Aragón se acostumbra celebrar y a la hora de su celebración, ante el muy magnífico y circunspecto varón el señor Juan Sánchez Gamy; jurista, Lugarteniente del muy Magnífico y circunspecto varón, el señor Ferrer de Lanuza; caballero del Consejo del serenísimo rey y Justicia de Aragón. Este es el penúltimo Justicia de la familia Lanuza y estuvo en ejercicio entre 1547 y 1553, es hermano de Juan IV y por tanto tío del último Justicia el desgraciado Juan V de Lanuza²³. «Celebrando su Corte en la cual muchos procuradores y notarios asistían, compareció personalmente constituido el discreto Pedro Nabarro, notario causídico como procurador de los honorables

²¹ AMV^aG^o. Arcón acequia de Candevanía.

²² AMV^aG^o. Arcón de Candevanía: Copia Sentencia de 13 de junio de 1723.

²³ González Antón, Luis. *El Justicia de Aragón* en Colección Cai100 Zaragoza 1998.

Justicia jurados concejo y universidad del Lugar de Villanueva de Burjazud»²⁴. Juan Sánchez Gamy el Lugarteniente encargado del caso, actúa como un juez de lo contencioso en este caso, oyendo a las partes a través de un procurador la cuales, intervienen aportando pruebas; siendo la más importante para el Justicia, la sentencia dictada por el rey Jaime II. En este caso el Justicia dictamina su dictamen en base al fuero otorgado por el monarca aragonés y actúa como oficial real interpretando la Ley, Fuero o la «Constitución» del reino. El Justicia de Aragón se constituye en un primitivo Tribunal de lo Contencioso entre dos súbditos del monarca pero, a la vez hace primar los derechos de unos súbditos que no son de realengo directamente y que gozan de un «privilegio otorgado por un monarca». Villanueva pertenece como lugar de Zaragoza y la villa de Zuera, que es de realengo directamente, algo que hay que tener en cuenta. Para terminar, el pliego introduce una serie de fórmulas latinas en las que se nombra diversos personajes de la «Curia regia» y mediante las cuales se ordena su archivo en la del Justicia. Parece ser que tras las alteraciones de Aragón, muchos lugares con sentencias de este tipo, vieron peligrar sus fueros o los documentos originales desaparecieron, no hay que olvidar que el archivo de Juan V fue ordenador quemar, el caso es que algunos lugares, como Villanueva se dedicaron a reclamar estas sentencias, pues tenemos un añadido de 1604. Seguramente para hacer notar o reclamar este escrito, quizás aquí se pueda apreciar una de las claves de la pérdida de importancia de la Institución, por un lado cierto bloqueo administrativo y por otro cierto temor a recurrir a un Tribunal «tocado».

Al final del documento, aparece una nota titulada: Papeles del lugar de Villanueva de Gállego en la que se dice. «Los demás que se han presentado en el nuevo Pleito de firmas sobre que los de Zuera deben pagar 30 sueldos por la contravención de cada pena causada en los riegos de la acequia de Zuera, desde el día sábado de cada semana puesto el sol hasta el domingo también puesto el sol y en el cuaderno descubierto esta la provisión real o su continuación los decretos del Alcalde de Zuera para la limpia de la acequia».

En cuanto al término de las Fajas en Vallones y según un plano correspondiente a la llamada «Pardina de Miranda» fechado en 1849 y que se conserva en el Archivo Histórico Provincial de Zaragoza²⁵ en el que aparece la mojonación del Castellar realizada en 1735. El término de las Fajas junto con el Vedao de Villanueva, se engloban dentro de todo este territorio que llega hasta el río Ebro entre Juslibol y Alfocsa. Se conservan documentos en el archivo parroquial de Villanueva por los cuales los curas de Juslibol reclaman derechos eclesiales sobre los vecinos de la Venta de Coscón, que son fieles de la parroquia de Villanueva. En el plano diseñado por Dionisio Casañal en 1892 del Término municipal de

²⁴ La actual Villanueva de Gállego, no comenzó a recibir este nombre hasta comienzos del siglo XVII, tras la expulsión de los moriscos. Aunque a mediados del siglo XVI se solía utilizar el Gállego pero siempre especificando el nombre original «Villanueva de Burjazud».

²⁵ AHPZaragoza: Planos, «Pardina de Miranda» ES/AHPZ – C/MPGD/000032.

Zaragoza, se cita al Vedao bajo de Villanueva como Castellar antiguo y lo sitúa como prolongación de las Fajas. Encarna Moreno se hace eco en su Tesis Doctoral²⁶ del pleito entre el Duque de Villahermosa, Zaragoza y el Ayuntamiento de Juslibol, sobre propiedad de la Pardina de Miranda, pleito que se resolvió hacia 1890 con el deslinde y mojonación de la misma finca. Estamos por tanto en una zona cuya titularidad ha sido, durante siglos, fuente de conflictos y que ha sido tradicionalmente disputada por Zaragoza, Villanueva, Zuera y el ducado de Villahermosa. No hay que olvidar que esta zona del «Castellar Antiguo» es rica en leña algo que era necesario para una gran ciudad como Zaragoza. Con esto se pretende demostrar que los territorios que ocupan los términos de las Fajas, el Vedao y la Pardina Miranda son una misma cosa y que están vinculados con Villanueva desde tiempo «inmemorial» por una serie de derechos de uso que provienen de los privilegios que otorgaron los monarcas aragoneses a los primitivos habitantes de la localidad y entre los que podría encontrarse también el mismísimo Rodrigo Díaz de Vivar.

IV. TEXTO DEL INSTRUMENTO EN LA CORTE DEL JUSTICIA DE ARAGÓN

Página 1:

Instrumento público de transunto de la Corte de los Justicia de Aragón de una Sentencia dada por el Serenísimo Rey D. Jaime entre los hombres, concejo y universidad de la Villa de Zuera de una parte y los hombres, concejo y universidad del lugar de Villanueva de Burjazud de la otra parte, acerca de los derechos de agua del sábado y sobras entre semana.

In Dei nomine Amen. Sea a todos manifiesto que en el año de la navidad del Señor de mil quinientos y cincuenta días a saber que se contaba el quinceno día del mes de diciembre en la ciudad de Zaragoza del reino de Aragón y en la sala Alta de las casas de la Diputación del mismo reino, en donde la corte del señor Justicia de Aragón se acostumbra celebrar y a la hora de su celebración ante el muy magnífico y circunspecto varón el señor Juan Sánchez Gamin; jurista, Lugarteniente del muy Magnífico y circunspecto varón, el señor Ferrer de Lanuza; caballero del Consejo del serenísimo rey y Justicia de Aragón. Celebrando su Corte en la cual muchos procuradores y notarios asistían, compareció personalmente constituido el discreto Pedro Nabarro, notario causídico como procurador de los honorables Justicia jurados concejo y universidad del Lugar de

²⁶ Moreno Rincón, Encarna. *Desamortización de Madoz en la provincia de Zaragoza*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2019.

Página 2:

Villanueva de Burjazud y de las singulares personas de aquel hizo fe de un instrumento público de Sentencia dada por el Serenísimo rey Don Jaime de buena memoria entre los dichos sus principales y los hombres concejo y universidad de la villa de Zuera de la parte, otra de las causas razones y derechos en aquella contenidos sellado con cera colorada el cual sello está quebrado y de él no se aparecía sino los *Bastones de Aragón*, no viciado ni cencellado antes bien, de todos visto y sospecha careciente. En su primera figura del tenor siguiente. Sea a todos manifiesto que como causa y *sequestio* fuese deducida y ventilada entre los hombres del Concejo de Villanueva de Burjazud, aldea de Zaragoza y sus procuradores y demás gente, agentes y hombres del concejo de la villa de Zuera o sus procuradores de la otra, «defendientes» sobre los vistos derechos del agua de la acequia que se lleva de Zuera es a saber, el día del sábado a la tarde y de noche del día de domingo y afirmando los dichos hombres de la dicha aldea de Villanueva que antiguamente, los hombres del dicho concejo de Zuera con buen ánimo y de buena voluntad hicieron conveniencia y avenencia con los hombres y concejo de Villanueva de Burjazud de la composición y avenencia del agua afirmaban que los hombres del concejo de Zuera dieron y concedieron ellos, los suyos a dichos hombres del Concejo de Burjazud que ahora se llamaba Villanueva [Villanoa] de Burjazud y sus sucesores para siempre, todas aquellas sobras de aquella agua que salía y sale de la Acequia de Zuera y de su término y daría en el término de los hombres del lugar de Burjazud [Vurjazud] ahora llamado Villanueva [Villanueba] de Burjazud para que tuviesen aquellas abundantes sobras por toda la semana a provecho y utilidad suya en todo tiempos. Amas «desto» que dichos hombres del concejo de Zuera en dicha composición dieron y concedieron a los hombres del concejo de Burjazud [Vurjazud] arriba dichos, ahora llamada Villanueva [Villanoa] y a sus sucesores toda agua que viniese de la acequia [azequia] de Zuera en el día de domingo para siempre, para provecho y utilidad de dichos hombres de Burjazud ahora llamado Villanueva y por conveniencia con dichos hombres de la villa de Zuera, que corriese en la acequia en el día del domingo y que no la quitaran ni impedirían el agua corriente de la dicha acequia «debajo de tal» empezó convenio que los hombres del concejo de Villanueva arriba dichos diesen cada año cien sueldos jaqueses en cierto término y que la dicha composición y avenencia fuese entre ellos para buena fe suya, sin mal ni engaño, dados acerca de esto fianzas de salvedad y que los hombres del dicho concejo de Burjazud concedieron a los jurados y hombres de todo el concejo de Zuera y a sus sucesores pagarían la dicha cantidad en dicho término «quitada toda ocasión».

Página 3:

«Y A más desto» que concedieran los hombres del lugar de Burjazud un lugar llamado «Sobello» (identificado como la partida de «Las Fajas» en el monte de Vallones. Parece ser que se trata de un término latino que vendría a traducirse

como «bajo guerra» o más bien «bajo contienda» o según terminología medieval «bajo confiscación por la cual alguien tiene que pagar un precio») para que pazcan allí las ovejas, cabras y bestias de los hombres del concejo de Zuera o las bestias de los hombres del concejo de Burjazud ni los unos a los otros se pudiesen vedar el pasto y uso arriba dicho y que los hombres de Zuera se obligaron de parte de arriba en todo tiempo a hacer y tenerles los sobre dichos como en el instrumento público arriba dicho se dice y contiene y que por razón de la composición y concesión los dichos hombres de Villanueva lo sobredicho, han acostumbrado recibir y recibieron todas las sobras abundantes de aquella agua como de parte de arriba esta dicho y que los hombres de Zuera por razón de la dicha composición acostumbraron decir todas las sobras de aquella agua que se iba y va de dicha acequia que se derrama y se pierde a cuarenta años y más y a tanto tiempo que no hay memoria de hombres en contrario y que también los hombres del concejo de Villanueva fueron y eran en posesión de regar con las dichas sobras sus posesiones por cuarenta años y a tanto tiempo y más que memoria de hombres en contrario no hay. «YA más desto» que por razón de dicha concesión los hombres del concejo de Zuera y los *Zabalacequias* [Encargados de la conservación y mantenimiento de la acequia o del Término de riego] de aquello por razón del agua de dicha acequia [azequia] la cual habían concedido y dado el día de domingo a los hombres del concejo de Villanueva arriba dicho. Acostumbraron los dichos [hombres del concejo de Zuera a] cerrar y cerraron el día del sábado por la tarde las boqueras «et las fileras de dicha zequia para que la agua de dicha zequia» libremente corriese y viniese por toda la noche al término de Villanueva, para que de ahí pudiesen regar sus posesiones y que los hombres del concejo de Villanueva acostumbraban a recibir y recibían, las aguas de dicha acequia el día del sábado de noche y fueron y son en posesión de regar con ella, las posesiones suyas en el término de la dicha aldea el día del sábado por la tarde y de noche a cuarenta años y más y a por tanto tiempo que no hay memoria de hombres en contrario y que ahora, los hombres del concejo de Zuera u otro por mandamiento de otros en nombre de ellos aquellos «tubiendolo» por exacto y agradable contra la composición y concesión de sobre dicha y contra la costumbre y posesión sobredicha, a poco tiempo y día de sábado por la tarde y en día de domingo de noche y de día,

Página 4:

«Paraban traviesas» en dicha acequia y abrían «filleras» y no permitían dejar correr ni venir dicha agua por dicha acequia en los tiempos y horas sobredichos y como se había acostumbrado, por cuya prohibición e impedimento los hombres de Villanueva decían ellos haber tenido daño en los frutos y posesiones suyos el cual daño estimaban en más de mil sueldos arriba por treinta mil abajo. «Amás» que los hombres del concejo de Villanueva [Villanueba] acostumbraron recibir y recibieron y son en posesión de recibir de los hombres del concejo de Zuera, los cuales el día del domingo de día o de noche abrían filas de la dicha «zequia» para regar sus posesiones en el término de Zuera, «sitiadas» cinco

sueldos jaqueses por pena o «calomnia» por cuarenta años y más y también por tanto tiempo que no había memoria de hombres en contrario y que los hombres del concejo de Zuera acostumbraron pagar y pagaron la dicha pena de cinco sueldos, aquellos que eran hallados en posesión de la fila abierta y por tanto tiempo y mas que no había memoria de hombres en contrario y que a poco tiempo que muchos fueron hallados regando sus posesiones indebidamente y contradigan y no pagar la «calomnia» sobredicha la cual estimaban por diez sueldos jaqueses arriba y a doscientos sueldos abajo Y como de fuero cada uno debe guardar y defender su derecho y posesión en los «quales» fue y está y los hombres del concejo de Zuera turbaren y turben la costumbre y posesión de regar y recibir el agua de dicha acequia en el día de sábado por la tarde y de noche y el día domingo como estaba ya dicho por lo cual, pedían [pidian] a los hombres del concejo de Zuera, prohibir que ahora ni después pasar traviesas en dicha acequia, ni abriesen filas en dicha acequia, ni que pasando traviesas o abriendo filas de la dicha acequia, ni de otra manera turbasen, rebasen o inquietasen a los hombres del concejo de Villanueva en el día de sábado por la tarde y en el día del domingo de noche y de dicha y en otros tiempos y horas por toda la semana en los cuales deben recibir dichas sobras y vedar a los hombres de dicha villa de Zuera; que desistiesen a las sobre dichas «inquietaciones» perturbaciones y condenar a ellos a pagar las calumnias de la manera que de parte arriba eran estimadas y a restituir una pena que para a los hombres de Zuera era elevada, como esto más largamente esta dicho en la petición dada por parte de los hombres de Villanueva la cual petición fue dada por modo de reconvencción y dicho negocio fue incoado ante Gilberto Raymundo jurista de Huesca y Juez subdelegado por «baylio» de Jaca vicario del dicho lugar y juez subdelegado por el venerable religioso varón Fray Jaime entonces primogénito y procurador general en los «reynos» y tierras del Señor rey de Aragón después de la dicha petición.

Página 5:

Fue subseguida y propuesta alguna excepción por parte de los hombres de Zuera, fue pleito sobredicha petición contestada, negando lo sobre dicho por instrumento; parte negando directamente, parte confesando la cual petición dada. El dicho Juez interrogó al procurador del dicho concejo de Villanueva si quería probar su intención el cual dijo que así le placía y asignándole el término de tres meses para probar, dentro de él hizo fe de un instrumento de dicha convección y «produció» [produjo] muchos testigos para fundar su intención y a todos ellos estaba el procurador los cuales, publicados el juez sobredicho concedió al procurador del concejo de Zuera; copia de todo y asignó a el término para decir en dichos testigos y personas, en lo cual propuso que algunos de dichos testigos sean personas y convencidos por personas y no sabían de aquel caso y todos los testigos decían falso y que no habían dicho al efecto de la verdad en lo que habían dispensado y era y había sido al contrario de lo que los dichos testigos habían dicho, inducidos y sobornados de otras personas, los cuales examinados

dicho juez pronunció la excepción del perjurio se hubiese de responder a los otros no mandó responde como si dijese aquellos de fuero y uso del reino no hubiese lugar, de la cual [ilegible] fue por procurador de los hombres de Zuera apelado y le fue denegado y después los dichos, habido el negocio por renunciado y concluido en contumacia del Procurador, los hombres de Zuera fue asignada a las dichas partes día para oír sentencia la cual, dilación pendiente El procurador de los hombres de Zuera obtuvo licencia de comisión por el señor Fray Jaime entonces, por Juan Gabin jurista de Huesca debajo de esta forma que conociese de la interlocutoria dada por dicho Gilberto Raymundo sobre dichas excepciones y si el hallare «havense de diferir y conociese el, me recibiese haber sido aquella injustamente dada por dicho Gilberto llamado y llamados conociesen del negocios principal» el cual juez revocó la interlocutoria sobredicha y mandó responder a las dichas excepciones y en contumacia del Procurador de los hombres de Villanueva, recibió muchos testigos sobre dicha excepciones los cuales publicados echa y asignado copia al procurador de los hombre de Villanueva y asignándole término muchos, propuso excepciones y

Página 6:

señalándose que los testigos producidos por los hombre de Zuera deposaron falso que si los hombre de Zuera regaron el día de sábado a la tarde y por toda la noche y el día del domingo regaron a escondidas y secretamente, no sabiendo los hombre de Villanueva y no careciendo de dicha agua porque si «emprequecarecen» la parte de los hombres de Villanueva y saben que los hombres de Zuera si reciben la dicha agua los penan a ellos, como en proceso más largamente se contiene sobre la cual excepción fueron muchos testigos producidos los cuales, publicados Procurador de los hombres del Concejo de Zuera pidió copia de dichas deposiciones y fue concedida y, viniendo el caso Procurador de los hombres del concejo de Zuera muchas proposiciones y excepciones contra lo dicho por dichos testigos y personas y especialmente que los dichos testigos habrían «deposado» en falso es a saber porque cuando los hombres de Zuera regaban, habían regado y regaron sus posesiones en el día del sábado por la tarde y de noche y en el día del Domingo sobre el molino de «Capdavanía» sabían y supieron y bien o pudieron saber, que los hombres de Villanueva o alguno de ellos o la mayor parte en diversos tiempos los hombres de Zuera carecían de dicha agua la hora, día y lugar arriba expresados. Mas una excepción puesta es a saber si los hombres de Zuera eran y son en posesión de regar sus heredades en el día del sábado por la tarde y de noche y en el día de Domingo y sobre el molino de *Capdavanía* sin alguna *calomnia*. Mas algunas otras excepciones de una «completa echa y subornación» y como propuestas muchas razones por Procurador de los hombre de Villanueva con la dicha interlocutoria se hubieses apelado de ella el mismo Juez, se reservó para si aquella para después de la lectura. El mismo procurador instase en su apelación, el mismo se reputó por cuestionar y en su contumacia, interrogando al Procurador de los hombres de Zuera si quería probar sus exclusiones, el cual dijo que si y asignado a él para esto el término y

produjo muchos testigos para probar dichas excepciones los cuales recibidas, pidió estas citaciones para que el Procurador de los hombres de Villanueva viniese a oír la publicación de los dichos testigos la cual, concedida y enviada [inbiada] pendiendo la citación de ella [el] Procurador de los hombres de Villanueva.

Página 7:

obtuvo una letra de comisión por el ínclito Ynfante Señor Alfonso del Ilustrísimo señor Rey de Aragón, primogénito por el Maestro Raimundo Acutí arcedianio de San Saulo [podría ser San Pablo] debajo de esta forma que como el Señor (...) el cual por parte de los hombres de Villanueva está propuesto en el dicho Juan Vigon o de aquellos en algunos cosas fuese sospechoso [de] encomendarse sus cosas al dicho señor Ynfante y sobre ellas y de estos negocios en la ciudad de Zaragoza, pendientes [de] «proveyesse» como conviniese y por la autoridad de la dicha comisión del señor Rey cometio al dicho maestro Raimundo de Acutí finalmente al terminar el cual maestro Raimundo mando las atestaciones de los dichos testigo publicar y fueron publicadas y los dichos y deposiciones de los testigos ya recibidos por Juan Vigon sobre dicho las cuales publicado [el] Procurador de los hombres de Villanueva propuso muchas razones de las cuales recepciones de los dichos testigos decían no (...) como por las otras partes se hubiese muchos días disputado y cuan solamente apoyado dicho Juez renunciado y concluido asignó a las parte término para ir a definitiva sentencia, recibió una licencia del señor Rey que se dio y a el mismo mandando que tomase el dicho negocio hasta definitiva sentencia, el cual reconocido lo enviase cerrado y sellado a la Corte del Señor Rey para que pudiese como pensaba dicha cuestión, declararla y determinarla. Los cuales *proce-sibus* enviados por el dicho juez a la corte del dicho señor Rey y aquellos bien visto y diligentemente examinados [por] dicho señor Rey, presentes los procuradores tanto del concejo de Zuera cuando del dicho concejo de Villanueva es a saber por el concejo de Zuera con público instrumento de procura bastante echa por Pedro Ximenez de Jaraba notario público de Zuera y por la autoridad real por todo el *Reyno a seis días del saliente mes de julio del años mil trescientos cincuenta y seis* el cual, está inserto en los procesos de la causa principal por el concejo de Villanueva de Burjazud el señor Ramón de Ferreron procurador de los hombres del dicho Concejo de Villanueva con público instrumento del procura baste testificado por García Abad Notario público del dicho lugar de Villanueva a *once días del saliente mes de agosto del año mil trescientos cincuenta y siete* y pidiendo sentencia paso a dar su definitiva sentencia como se sigue:

Página 8:

Setencia del Rey: Nos Jaime por la gracia de Dios. Rey de Aragón, de Valencia, de Sardinia (Cerdeña) y de Córcega, conde de Barcelona y de la Santa Romana *Yglesia*, Alférez Mayor y Capitán General como hicimos por nuestro consejo diligentemente examinar tanto la petición propuesta por los hombres del concejo de

Villanueva de Burjazud o su procurador, sobre el paso del agua de dicha acequia del día del sábado por la tarde y de noche y el día del Domingo de las sobras de toda la semana contra los hombres del Concejo de Zuera o sus procuradores, cuando la repulsión a él mismo echa por los hombres del Concejo de Zuera o su procurador, vimos dicha petición y [a la] vez hicimos el instrumento de la concesión o composición habida entre los hombres de los lugares sobredichos sobre el agua de la dicha «zequia» [acequia] lo que fue producido por el procurador de los hombres de Villanueva en modo de prueba y por el nuestro consejo examinado y visto todos aquello y estando delante Gilberto Raymundo primer juez y estando delante Juan Vigon segundo juez y estando delante el maestro Raymundo Tercer juez, fue propuesto y allegado por las dos partes, renunciado y concluido delante dicho maestro Raymundo en dicho negocio y como conste a nosotros por instrumento de composición y concierto echo entre los Justicias, Jurados y todo el concejo del sobredicho lugar de Zuera y concejo de Burjazud, ahora nombrado Villanueva de Burjazud, que los hombres del dicho concejo de Zuera animosamente y de buena voluntad dieron y concedieron a los hombres de Burjazud y todo su concejo de aquel lugar y sucesores suyos para ellos y sus sucesores y para siempre, todas aquellas sobras de aquella agua que viniera por aquella acequia «clamada» [llamada] de Zuera y del dicho término y dase en el término de dicho lugar de «Burjazud» [Burjazud] para que la tuviesen por toda la semana para provecho de dichos hombres. Constanos empezó a nosotros por dicho instrumento de composición y avenencia que el dicho concejo de Zuera y los hombres del dicho concejo de Zuera dieron y concedieron a dicho concejo de Burjazud ahora llamado Villanueva y a los hombres de dicho concejo el agua que viniese en la acequia sobredicha llamada de Zuera en el día del domingo, para provecho de los hombres del dicho lugar de Villanueva y se convinieron ellos que corriere la acequia en el día del domingo y que no la quitasen sino por negocio del azud de aquella acequia y conforme el uso y costumbre del «Reyno» (...) en cualquiera parte por algunos se concede el agua a algunos para regar por un día a la semana

Página 9:

entiéndase aquel día natural es a saber con su noche y así y «assi» los hombres de los dichos lugares lo interpretaron en dicha donación y concesión como así está probado por los testigos producidos por parte de los hombres del concejo de Villanueva y cuarenta años y más si quiere tanto tiempo que no hay memoria de hombres en contrario que por razón de dicha donación y concesión, acostumbraban recibir y recibían la dicha agua el día del sábado por la noche y puesto el sol y por toda la noche y el día del domingo hasta la puesta del sol principalmente en la donación y concesión plenamente esta echa interpretación y las sobras de toda la semana si de otra manera entendemos, se ha de considerar la distancia que hay del lugar de Zuera en donde se recibe dicha agua al dicho lugar de Villanueva de Burjazud, adonde se daba o de aquel a quien toca la «milicación» concesión y donación sobredicha Por Tanto del consejo de nuestro consejo, tan solamente teniendo a Dios ante los ojos. Por esta nuestra definitiva sentencia: prohibimos e inhibimos

a los hombres del concejo de Zuera que de aquí en adelante no poner traviesas en dicha acequia, ni abrir filas de la dicha acequia, ni pasando «traviessas o abriendo filas de la dicha zequia ni de otra manera».

TEXTO EN LATÍN

Lata hoc sententia fait un divitate de Zaragoza die vencai pri die idus septembris anno domini millesimo tricentésimo uncessimo [Zaragoza 15 de septiembre de 1313]

Testibus: Inclito Infante Alfonso, primogénito et generali procuratore, Sancti Domini regis nobilibus Raimundo Cornely, Blasco Marca, Venerabilibus Joane Vurgandi Sacristan mayori actenenze Locun Cancelaris Dicti Domini regis Gundisalbo Gaysid et Petro de Bos consilian-yi dicti domini regis Signum Jacobi der gratia regis Aragonum, Valentiae, Sardinia et Corce...

Raymon Badia publici domini autoritate notary per totam terram suan regno Valentia

La Sentencia se guarda en el registro general de la Curia del Justicia de Aragón:

«Post cuyus qudem instrumento publici treansuph confechonem et expeditonen dencio die presenti et infrascripto in curia Domini Justitia Aragonum et coram Ilustre Domino Martino Godino, Jusrisperito locum tenente Admodum Ilustres Domini don Martín Baptista de Lanuza, Mihtis Mayestatis domini Nosis Regis Consiliacis et Justitia Aragonun dictangue curlam tenente et celebrante judicia leter companuit Anotnius Hernandez Notarius Causidicus Cesaragusta et procurator eteo nomine juratos Concilis et universitati dicti loci de Villanoba de Vurjazut guo dicto nomine intante dictus dominus locum tenens mandant ... pediri supradictum instrumentum publicum transsumpty.

Petro Morellón et Joane Agustín Alba con notarys repuis Zesaragust, habitator protest ad permissa vocatis et assumptis factum es expeditura Zesaragust, et dicta Caria die quien mentu Juny de anno nativitate domini milessimo sexcentissimo quatro (1604).

Martin Joannis de Lanuza in livita de Zesaragustana domicilati autoritate regia peatotum regnum aragonum publici notary & regentis principales quam dan excibany Dn Justicia Aragonum quia huius modi instrumetnun publicum transsumpti a suo originali registro dict cuid seribanid intitulado Regestrum emparamentos actummun comunum curid domini Justiti Aragonum de anno domini milessimo Quingetessimo quinquagésimo Notarius de soriba principale Petrus Sanchez del Castellar Notarius (1550).

Papeles del lugar de Villanueva de Gállego: los demás se han presentado en el nuevo Pleito de firmas sobre que los de Zuera deben pagar 30 sueldos por la contravención de cada pena causada en los riegos de la acequia de Zuera desde el día sábado de cada semana puesto el sol hasta el domingo también puesto el sol y en el cuaderno descubierto esta la provisión real o su continuación los decretos del Alcalde de Zuera para la limpia de la acequia.

V. FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

I. ARCHIVOS

Archivo histórico provincial de Zaragoza.

Sg. 220, Amillaramiento de 1850.

Planos: «Pardina de Miranda» ES/AHPZ – C/MPGD/000032.

Archivo Municipal de Zaragoza:

«fondos antiguos» Sg.21-16-1: Privilegio referente a Villanueva de Gallego en el año de 1523.

Sg.21-16-1. «Fondos antiguos».

Archivo Casa de Ganaderos de Zaragoza:

Caja 12, lg. 1,27-1 y Caja11, lg. 1,7.

Caja 12 lg.1.16-1.

Archivo municipal Villanueva de Gállego.

Legajo 57 «Propios» (signatura antigua).

Arcón correspondiente a la acequia de Candevanía o de Zuera. «Instrumento público de la Corte de, el Justicia de Aragón, fechado en Zaragoza el 15 de septiembre de 1550».

II. BIBLIOGRAFÍA

BUESA CONDE, Domingo, *Sancho Ramírez*, Guara Editorial, Zaragoza, 1978.

CANELLAS LÓPEZ, Ángel, *Los cartularios en Salvador de la Seo de Zaragoza*, Monumenta diplomática aragonesa tomo III. Zaragoza, 1990.

GASCÓN RICAU, Antonio, *El hechizo del Castellar*, Institución «Fernando el Católico», Colección: Cuadernos de Aragón, núm. 35. Zaragoza, 2007.

BLANCAS Y TOMÁS, Jerónimo, *Comentarios de las Cosas de Aragón* (traducida al castellano por el Padre Manuel Hernández), Imprenta del Hospicio, Zaragoza, 1878.

GONZÁLEZ ANTÓN, Luis, *El Justicia de Aragón*, Caja de Ahorros de la Inmaculada, Zaragoza, 1998.

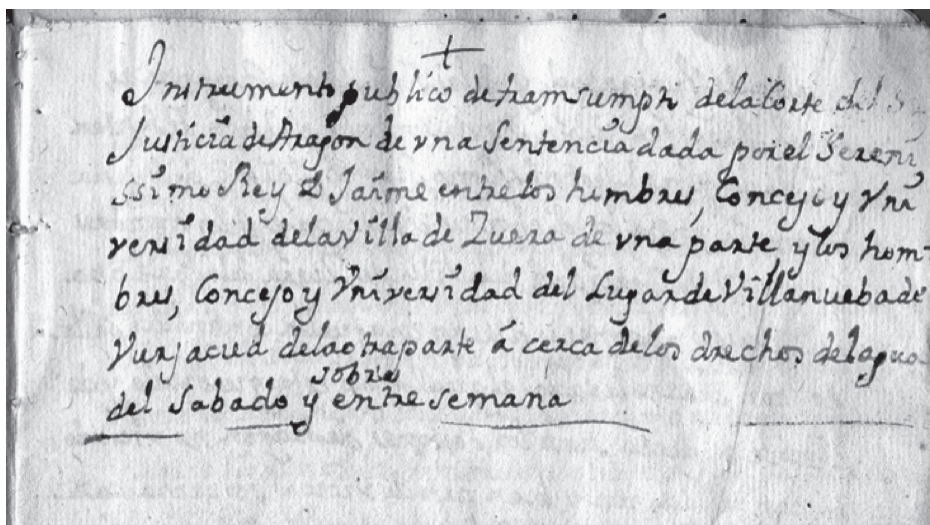
LACARRA, José María, *Documentos para el estudio de la reconquista y repoblación en el valle del Ebro*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1985.

LA FUENTE, Modesto, *Historia General de España*, Montaner y Simón editores. Barcelona, 1888, tomo 3.

LALINDE ABADÍA, Jesús, «Justicia de Aragón», en *Gran Enciclopedia Aragonesa*, Ediciones Unali. Zaragoza 1981, tomo VII, págs. 1960-1962.

MORENO RINCÓN, Encarna, *Desamortización de Madoz en la provincia de Zaragoza*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2019.

- PEIRÓ ARROYO, Antonio, *El Señorío urbano de la ciudad de Zaragoza*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1993.
- RUBIO, Luis, *Los documentos del Pilar en el siglo XII*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1971.
- SAN VICENTE PINO, Ángel. *Colección de fuentes del derecho municipal aragonés en el bajo Renacimiento*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1984.
- VIGUERA, María Jesús, *Aragón musulmán*, Mira editores, Zaragoza, 1988.
- URZAINQUI BIEL, Carlos, *Villanueva de Gállego: «Un lugar en la huerta»*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2008.
- , *Villanueva de Gállego: «Retabillo de un Municipio»*, Ayuntamiento de Villanueva de Gállego, Zaragoza, 2015.



Encabezamiento del «Instrumento público» ante el Justicia de Aragón, que se conserva en el Ayuntamiento de Villanueva de Gállego (Zaragoza)

NOTAS Y CUESTIONES PRÁCTICAS

NOTES AND PRACTICAL ISSUES

EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN EN LAS NOTARÍAS¹

THE CODE OF ARAGONESE FORAL LAW IN NOTARY'S OFFICES

ADOLFO CALATAYUD SIERRA

Notario

El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón es, sencillamente, un Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, que fueron aprobándose en los años previos, a partir de 1999. Es decir, la novedad legislativa, en realidad, hay que buscarla en esas leyes previas, todas en vigor al aprobarse el Texto Refundido. De lo que se trata es de que la efeméride nos permite reflexionar sobre el Derecho civil aragonés, en su estado actual y, quizás, sobre su perspectiva de futuro.

Y yo voy a hacerlo desde la óptica de la función notarial, que creo que tiene su importancia, puesto que los Notarios nos tenemos que enfrentar, en la práctica, constantemente y de modo directo con la aplicación del Derecho civil aragonés. Téngase en cuenta que nuestra función nos exige asesorar a quienes reclaman nuestro ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar (párrafo 3 del artículo 1 RN) y dar fe de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes (artículo 17.2, párrafo 2º, letra a LN); por ello, al redactar el documento, el Notario debe tener en cuenta la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informarles del valor y alcance de su redacción (artículo 147, párrafo primero).

¹ Este texto recoge mi intervención en la Jornada «Más de una década de vigencia del Código del Derecho Foral de Aragón», celebrada el día 30 de noviembre de 2022, y dentro de la mesa redonda «El Código del Derecho Foral de Aragón en las notarías y los registros».

Pues bien, siendo que muchos de los documentos que autorizamos se rigen, en su totalidad, o en alguno de los elementos que intervienen por el Derecho civil aragonés, los Notarios tenemos que hacer frente a esa difícil tarea de comprender con precisión la finalidad buscada por las personas y encontrarle los cauces más adecuados en las reglas del Derecho civil aragonés; es una tarea que a veces es compleja y exige no sólo conocer con profundidad el Derecho aragonés, sino penetrar en sus principios, para encontrar soluciones no siempre obvias o habituales; y, a veces, hay que informarles de que lo que pretenden no es posible, puesto que, aunque el Derecho civil aragonés se caracteriza por la amplia admisión del principio de libertad civil y la autonomía de la voluntad, existen algunas normas imperativas, probablemente más de las que podría inferirse de esa amplitud de la libertad de pacto que normalmente se predica, que hay que cumplir.

Quiero dejar claro que lo que voy a decir en esta breve introducción son opiniones personales, es decir, sería una osadía presentarme como portavoz de todo el colectivo notarial, en el cual, como en todo, hay opiniones muy diversas, pero creo que lo que voy a decir sería suscrito por la mayoría o, al menos, por buena parte de los Notarios que ejercen en Aragón.

Es mucho lo que, desde el punto de vista notarial, podría decirse sobre el Derecho civil aragonés. Lo que voy a hacer es centrarme en dos tipos de consideraciones, unas de tipo general sobre el Derecho civil foral aragonés y otras sobre algunos temas específicos de interés para los Notarios, todo ello desde la concisión que exige el tiempo disponible.

LA PLURALIDAD LEGISLATIVA

Por empezar desde el principio mismo, en esta reflexión sobre el Derecho civil aragonés, a que nos lleva esta jornada, podemos hacer alguna reflexión sobre su misma existencia. Es decir, ¿merece la pena mantenerlo o sería preferible que hubiera un solo Derecho civil en toda España?

Indudablemente, la unificación del Derecho tiene muchas ventajas. De hecho, la tendencia en el ámbito europeo es ésa y, aunque en el Derecho civil, de momento es muy limitada, puede llegar un momento en que también lo abarque.

Un sistema plural plantea muchos problemas, primero el de fijar los límites sustantivos de cada uno, es decir, a qué materias puede extenderse; segundo, determinar cuándo se aplica cada uno. En este punto, además, nos encontramos con que el Derecho interregional español, que indiscutiblemente sí que es de competencia exclusiva del Estado, no se ha adaptado al enorme crecimiento que han experimentado los Derechos civiles territoriales y al incremento de complejidad que ello ha provocado, por lo que tenemos un sistema de solución de los

conflictos de leyes internos insuficiente, fuente de inseguridad. De lo cual el principal responsable es el legislador español, que es el que debía haber actualizado el sistema de resolución de los conflictos de leyes.

Esta complejidad que plantea un sistema jurídico civil plural no deja de suscitar reticencias en algunos ámbitos. Téngase en cuenta que hay muchos aplicadores del Derecho, también Notarios, que proceden de fuera de Aragón y a veces encuentran arduo adaptarse a su conocimiento y aplicación.

No obstante, y pese a las ventajas de un sistema unitario, creo que es razonable que aquellos territorios que desde tiempos históricos han tenido un Derecho civil propio, con instituciones que sus ciudadanos han venido utilizando ininterrumpidamente y con satisfacción, puedan conservar dichas instituciones si no hay razones poderosas que deban impedirlo.

Por otra parte, hay otro factor de gran importancia que pesa en este debate. Y es que el denominado Derecho civil común, con base en el Derecho castellano, es mucho más rígido y restrictivo con la autonomía de la voluntad, sobre todo en materias de Derecho de familia y sucesorio, que los denominados Derechos forales o especiales. Es decir, la implantación del Derecho común en los territorios con Derecho propio supondría, en esas materias, una reducción muy significativa de la posibilidad que las personas tienen de organizar su familia y su sucesión, posibilidad a la que están acostumbradas y a la que no desean renunciar. Si el Código Civil tuviera la suficiente flexibilidad y permitiera el mismo ámbito de autonomía de la voluntad que tenemos con nuestro Derecho propio, a lo mejor el planteamiento de la cuestión sería diferente.

Por tanto, en mi opinión, no se trata de tener un Derecho propio como signo de distinción, para marcar una identidad que nos haga diferentes de los demás, sino de que los ciudadanos no pierdan aquello que tienen y utilizan y viven desde hace mucho y que ese Derecho propio realmente vivido pueda actualizarse para su adecuación a los cambios sociales. Personalmente, desapruuebo ese planteamiento de que cuanto más Derecho civil propio se tenga mejor, por el hecho de tenerlo y, de esta forma, distinguirse de los demás.

En este punto, creo que el legislador aragonés ha sido prudente, ya que no ha pretendido abarcar la totalidad de las materias a las que podría extenderse en una interpretación amplia de la distribución de competencias fijada por la Constitución en materia de Derecho civil, sino que se ha centrado en las instituciones propias del Derecho aragonés tal y como nos ha llegado a esta época. Esto es otro factor que creo que ha contribuido a que, pese a esas reticencias a que hacía referencia antes, haya actualmente una amplísima aceptación, entre nuestros juristas, del Derecho civil aragonés, probablemente la mayor en el último siglo.

El planteamiento que acabo de exponer creo que es el que, con independencia de alguna opinión discrepante que pueda haber, mantiene, desde el punto de vista institucional, el Notariado aragonés.

LA VECINDAD CIVIL

Un factor clave para poder aplicar adecuadamente nuestro Derecho es la clara fijación de su ámbito, lo cual no siempre es fácil, como se indicaba. En este aspecto resulta fundamental una correcta regulación de la vecindad civil como punto de conexión personal, para aquellas normas regidas por el denominado estatuto personal. Sobre este particular ha habido una sesión este año en el Foro de Derecho Aragonés y aquí sólo querría insistir en varias ideas:

- Deberían conservarse las líneas esenciales de la actual regulación de la vecindad civil, que representa un fino equilibrio entre elementos y personales y, por tanto, entre las aspiraciones de unos territorios, que preferirían un sistema más personalista, y otros, que aspiran a soluciones estrictamente territoriales.
- La supresión que se ha pretendido desde Aragón de la norma que establece la adquisición de la vecindad civil del territorio en que se reside transcurridos diez años sin manifestar intención de conservar la anterior no sólo rompería ese equilibrio, sino que haría casi imposible saber la vecindad civil de las personas.
- Eso sí, debe arbitrase un procedimiento de recuperación de la vecindad civil perdida sin exigir residencia en ese territorio.
- La vecindad civil debe seguir siendo la ley personal en los conflictos internos de leyes para la capacidad, la sucesión por causa de muerte y para la determinación del régimen económico matrimonial. Que son sus ámbitos actuales de eficacia.

MATERIAS QUE REQUIEREN ADECUACIÓN

Entrando en materias específicas del Derecho civil aragonés, los Notarios tendemos a apoyar normas que faciliten la libre actuación de las personas si no hay razones suficientes para restringirla. Téngase en cuenta que nosotros trabajamos con personas que acuden a recabar nuestro ministerio y debemos buscar soluciones jurídicas adecuadas a sus anhelos e inquietudes. Si se permite un amplio juego de la autonomía de la voluntad, se facilita encontrar estas soluciones. En este sentido, como decía antes, el Derecho Civil Aragonés se inspira en mayor medida que el llamado Derecho común en el principio de libertad civil y permite más autonomía de voluntad. Resulta, por tanto, un instrumento satisfactorio para el trabajo de los Notarios y para poder ofrecer soluciones a las legítimas pretensiones de las personas.

No obstante, existen varias materias sobre cuya necesaria modificación hay una amplia opinión dentro del Notariado:

1. Las legítimas. Aunque su configuración como colectiva, flexibiliza mucho la legítima aragonesa, sigue siendo una importante limitación a la libertad de disposición. Hay muchas razones, que no es posible exponer aquí en este reducido tiempo, para la supresión de los sistemas de legítimas generales o indiscriminados y en este sentido van avanzando las legislaciones, aunque de forma más lenta de lo que sería de desear. Creo que hoy no existen razones para imponer a los padres la obligación de dejar la mitad, al menos, de su patrimonio a sus descendientes si éstos no tienen verdadera necesidad de recibirlo. Es decir, creo que la única legítima que debería existir es la que podemos denominar «asistencial», la que se establezca para aquellos hijos que estén en situación de necesidad: fundamentalmente menores y personas con discapacidad carentes de recursos económicos suficientes para cubrir adecuadamente sus necesidades o personas en situación de riesgo de exclusión social. Y si cubrir esas necesidades absorbe la mayor parte o todo el patrimonio hereditario, deberá aplicarse a tal fin. Fuera de esos casos, debe darse preferencia a la libertad de disposición de cada persona, que sería libre de favorecer a quien quisiera: su cónyuge o pareja, personas a las que tenga afecto o quiera recompensar o labores filantrópicas.
2. El derecho expectante de viudedad. En la práctica, actúa también como una importante limitación de la facultad de las personas para enajenar sus bienes, fundamentalmente los inmuebles, puesto que difícilmente va nadie a querer comprar un inmueble de persona casada bajo ley aragonesa sin la extinción de este derecho, lo que exige la renuncia o el consentimiento de su cónyuge.

Son muchas las razones por las que creo que hoy no está justificada semejante restricción, en las que tampoco puedo detenerme, pero, en una sociedad que tiende a incrementar la autonomía de los cónyuges, es una pieza discordante y que, en la práctica, puede generar problemas, conflictos y verdaderos chantajes familiares.

3. El derecho de abolorio. Supone una restricción de la libertad de disponer, basada en una idea, el apego o vínculo familiar de unos inmuebles, por razón de su origen, que responde a una sociedad distinta a la que vivimos. Su escaso ejercicio es una prueba más de que ese apego es casi inexistente y no merece la protección que se le concede.

LA REFORMA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

También es preciso hacer una referencia a la inquietud de los Notarios, como de otros muchos juristas, sobre el régimen de las personas con discapacidad.

Aquí la ley nos confiere a los Notarios una función muy importante, el juicio de capacidad suficiente de quienes otorgan los documentos ante nosotros (artículo 19 bis de la Ley del Notariado, artículos 156.8º y 147 del Reglamento

Notarial). Es una de las tareas más difíciles que tenemos los Notarios, pero llevamos toda la vida enfrentándonos a ella y, aunque podemos equivocarnos, somos muy cuidadosos y nos encargamos de comprobar que las personas que actúan ante nosotros comprenden bien lo que hacen y firman el documento porque tienen la decisión de hacerlo. Para ello, con frecuencia tenemos que hacer un esfuerzo especial con determinadas personas, dedicarles mucho tiempo y, en casos dudosos, obtener la ayuda de expertos, a los que pedimos informe. Es decir, ya venimos actuando en este ámbito desde hace mucho con todo el rigor que podemos. En la nueva redacción del artículo 665 CC se establece que el Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias. Pues bien, esta forma de actuar, que sí que es aplicable en Aragón, por vía supletoria, y que puede entenderse válida, en general, para todos los documentos notariales, es la que venimos siguiendo los Notarios desde siempre; de hecho, forma parte de lo más básico de la esencia de la función notarial.

La inquietud sobre esta materia se extiende a la reforma en ciernes del Derecho aragonés para su adaptación al Convenio de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Creo que no somos pocos los que pensamos que la reforma que de esta materia se ha hecho en el CC no es satisfactoria, que la regulación anterior, tal y como había dicho reiteradamente el TS, era conforme a los principios de la Convención, si se interpretaba conforme a ella y que, por tanto, no es precisa una reforma tan profunda como la que se ha hecho. En estos momentos, se está trabajando por la CADC (yo mismo, como parte de ella) en preparar los textos que sirvan de anteproyectos para dicha reforma y es pronto todavía para poder dar información segura sobre el texto. Lo que sí que es cierto es que se ha desechado una opción por una reforma de limitado alcance, de ajuste, de modo que la que se está preparando va a ser de fuerte calado. Esperemos que evite caer en los graves errores e imperfecciones de la regulación del CC.

En esta materia, como en todas, pero en esta de modo especial, es fundamental que las buenas intenciones no acaben con la seguridad jurídica, ni con la necesidad de proteger a las personas con discapacidad, a veces contra sí mismas.

EL OBSTÁCULO TRIBUTARIO

Por último, voy a hacer una referencia al mal trato que, en ocasiones, las instituciones del Derecho aragonés reciben del propio Gobierno de Aragón a través de su tratamiento tributario.

Quiero empezar diciendo que no soy de los que piensan que cuantos menos impuestos mejor y que soy un convencido de la necesidad de un sistema tributario robusto que permita sostener el estado social y de bienestar y cumplir funciones redistributivas.

Pero no es razonable que algunas instituciones de nuestro Derecho se vean abocadas a su desaparición por inaplicación por un tratamiento tributario discriminatorio y carente de sentido. Y, desgraciadamente, esto es lo que está sucediendo con los pactos sucesorios para después de los días, que constituyen una de las instituciones seminales del Derecho de Aragón, de las primeras, si no la primera, que toma cuerpo y marca la impronta de todo el desarrollo posterior que ha llegado hasta nuestros días, hasta el punto de que no se entendería el Derecho aragonés sin los pactos sucesorios. No podría comprenderse la forma en que se ha producido el desarrollo social y económico en Aragón sin los pactos sucesorios, que históricamente contribuyeron a garantizar la supervivencia de las personas a través de la casa familiar en tierras muy pobres.

Estos pactos siguen constituyendo una institución muy útil para resolver algunas situaciones complejas que plantea la vida familiar y también la empresarial. En efecto, hoy en día siguen mostrándose eficaces para dar solución a la sucesión por causa de muerte en familias con problemas difíciles, ya que facilitan el encuentro de un equilibrio entre los interesados y evitan tener que replantear años después problemas que no han quedado definitivamente resueltos. Situaciones de crisis matrimonial a veces encuentran solución a través de pactos sucesorios de los cónyuges en favor de los hijos comunes. También en el ámbito empresarial muestran gran utilidad, ya que pueden servir para asegurar la posición de quien se dedica a la empresa familiar abandonando otras posibles vías de desarrollo personal y profesional; supuesto importante es, en este sentido y en la propiedad agraria, el de la explotación familiar o los llamados lotes en los que tanta especificidad concurre. Por supuesto, esta relación de supuestos en que los pactos sucesorios siguen mostrando su enorme utilidad no es exhaustiva.

El mal trato al que me refiero consiste en considerar que estos pactos están sujetos al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

Téngase en cuenta que, en estos pactos, como sucede en la sucesión testamentaria, al fallecer el instituyente, los instituidos tributarán por el Impuesto de Sucesiones. Pues bien, el criterio que sostiene la Administración tributaria aragonesa es que, con independencia de ello, al celebrarse el pacto debe tributarse por otro Impuesto, el de Actos Jurídicos Documentados.

Esta actitud ha conseguido acabar casi completamente con este tipo de pactos, de modo que puede hablarse, sin exagerar, de una «derogación» tributaria de una institución secular del Derecho Foral aragonés.

Porque, además, hasta hace no mucho tiempo era tema completamente pacífico que los pactos sucesorios no estaban sujetos a dicho tributo. De hecho, en otros territorios muy próximos a Aragón existen pactos sucesorios de características muy

similares en cuanto a su régimen jurídico a los que regula el Código del Derecho Foral de Aragón y en ellos las autoridades tributarias autonómicas no han pretendido someterlos a este tributo. Es el caso de Cataluña y Navarra.

El Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, en sí mismo, ya constituye un tributo de justificación más que discutible, puesto que penaliza la utilización de dos importantes instrumentos que el Estado ha provisto para dar seguridad jurídica a los ciudadanos en sus relaciones privadas, el documento público y el Registro de la Propiedad.

Además, su hecho imponible presenta una indefinición y una ambigüedad que permite, en ocasiones, que las Administraciones tributarias hagan interpretaciones extensivas carentes de justificación. Y esto es, precisamente, lo que sucede aquí.

En concreto, uno de los requisitos de este tributo es que el acto que se sujeta al mismo tenga objeto consistente en cantidad o cosa valuable. Pero los pactos sucesorios para después de los días no se puede decir que tengan por objeto cosa valuable, en la medida en que ni transmiten la propiedad de los bienes, ni generan ningún derecho para el instituido (artículo 392 CDFA), sino sólo una expectativa de llegar a heredar, más segura que la que tiene el instituido en un testamento, pero en absoluto definitiva, puesto que el pacto puede modificarse por acuerdo entre las partes e, incluso, en los casos excepcionales en que esto es posible, por decisión unilateral del instituyente. No producen ninguna consecuencia de naturaleza patrimonial.

Buena prueba de la falta de efectos patrimoniales del pacto es que los bienes objeto de la institución responden de las deudas contraídas por el instituyente (artículo 394 CDFA). Ningún derecho tiene el instituido sobre los bienes objeto del pacto y, por ello, sus acreedores nada pueden hacer sobre dichos bienes.

No cambia estas afirmaciones que el artículo 393 CDFA le imponga al instituyente el consentimiento del instituido para la disposición a título gratuito de los bienes objeto de la institución, lo que no es sino una consecuencia lógica de la irrevocabilidad asociada a los pactos sucesorios. Ni siquiera que, mediante pacto, puedan limitarse las facultades para disponer de los bienes a título oneroso, que no es sino una manera de reforzar la eficacia del pacto. Estas limitaciones a las facultades dispositivas del instituyente forman parte de la naturaleza misma de la institución y se derivan directamente de la ley.

Debe llamarse la atención acerca del absurdo que conlleva la sujeción de los pactos sucesorios para después de los días al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. En efecto, normalmente, cuando se defiende esta sujeción se está pensando en un pacto sucesorio a título singular y sobre alguno o algunos bienes concretos que se recogen en el mismo pacto y se considera que la materia valuable son esos bienes. Pero es que el pacto sucesorio también puede hacerse a título universal, de hecho, es frecuente que lo sea, en cuyo caso el documento no recoge bienes concretos: se aplicará a los que tenga el instituyente en el momento de su

fallecimiento. Pues bien, considerar sujeto este pacto al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados supondría: primero, tener que liquidar el tributo por los bienes inscribibles que tenga el instituyente en ese momento; y, segundo, tener que volver a liquidarlo cada vez que adquiriera un nuevo bien, puesto que, según este planteamiento, todos los bienes objeto del pacto formarían la base imponible del Impuesto y el pacto sucesorio extiende, en esos casos, su eficacia, no sólo a los bienes de que se sea titular en el momento del otorgamiento, sino también a los que se adquieran con posterioridad.

Con el sinsentido añadido de que esos bienes sobre los que se tribute puede suceder que, al final, no formen parte de la sucesión, es decir, queden fuera del pacto sucesorio, por su enajenación o, incluso, que el pacto entero quede sin efecto.

No puede, por todo lo dicho, aceptarse que se cumpla este requisito del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en los pactos sucesorios para después de los días, por lo que debería corregirse esta práctica liquidatoria del Gobierno de Aragón.

**MÁS DE UNA DÉCADA DE VIGENCIA DEL CÓDIGO
DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN
EN LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD**

***MORE THAN A DECADE OF VALIDITY OF THE CODE OF FORAL
LAW OF ARAGON IN LAND REGISTRIES***

MARÍA PILAR PALAZÓN VALENTÍN
Registradora de la Propiedad

Aunque el título hace referencia a un plazo de vigencia de una década del Código del Derecho Foral de Aragón, en realidad el proceso legislativo que conduce al mismo y que supuso que el ordenamiento civil aragonés, plasmado en la Ley 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho Civil de Aragón, sufriera una profunda actualización y reelaboración, había comenzado hacía más de una década. Así lo recoge el propio Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes Civiles aragonesas: «Con la Ley de Derecho civil patrimonial de 2010, última de las leyes objeto de refundición, se cierra el ciclo de algo más de diez años que abrió la Ley de sucesiones por causa de muerte en 1999 y se culmina la entonces anunciada reformulación legislativa del Derecho civil de Aragón contenido en la Compilación».

Hemos pasado de 153 artículos a 599, para, según el propio Decreto Legislativo, «aclarar y completar las normas anteriores, proporcionar pautas de interpretación, aumentar de este modo la seguridad jurídica y robustecer la eficacia social de las normas en cuanto conformadoras de las relaciones privadas».

Pero, y es lo más importante, se observa desde que comenzó el proceso de reforma un notable incremento de las instituciones propias aragonesas. En efecto, en mi experiencia profesional puedo constatar que, tradicionalmente, era sobre todo en la provincia de Huesca en la que abundaban las capitulaciones matrimoniales en las que comparecían los futuros contrayentes junto con sus

padres para determinar el haber de la casa al tiempo de contraer matrimonio así como para establecer la fiducia colectiva que regulara la sucesión hereditaria futura, ligada a la idea de la institución de heredero único como forma de proteger el patrimonio familiar. En las zonas en que como consecuencia de la Guerra Civil se habían destruido los Registros de la Propiedad, las aportaciones de fincas a la sociedad consorcial se convirtieron en el instrumento para inmatricular las fincas en el Registro de una forma ágil y con bajo coste impositivo, con independencia de que el origen o titularidad fuera realmente o no privativo de los cónyuges. En Zaragoza se había extendido el otorgamiento de testamentos mancomunados con la atribución de la facultad fiduciaria al otro cónyuge, lo que en la práctica implicó dos cosas: por un lado el decaimiento de la fiducia colectiva, y, por otro, el aumento del consorcio foral, ya que en muchas ocasiones el cónyuge viudo fallecía sin haber hecho uso de la fiducia, por lo que entraba en juego la cláusula testamentaria que disponía en esos casos que los hijos heredaran por partes iguales. Poco más puede ponerse de manifiesto al margen de los efectos derivados de la propia regulación que la Compilación hacía de la capacidad de los menores, la autoridad familiar y el usufructo viudal.

Las presentes notas no pretenden abordar todas las instituciones civiles aragonesas, ni señalar todo lo que ha sido objeto de reforma sino llamar la atención sobre ciertos aspectos cuya actual regulación resulta muy positiva en la práctica o aquellos que, por el contrario, plantean algunas cuestiones que no han quedado resueltas o que podrían mejorarse. Todo ello desde la experiencia del trabajo diario en un Registro de la Propiedad.

Así, en materia de menores de edad, resulta de gran utilidad práctica la regulación contenida en el artículo 366.2 del CDFA que establece, en sede de partición hereditaria, cuando se trate de menores de catorce años, que «no será necesaria la intervención de ambos padres ni la aprobación de la Junta de Parientes o del Juez cuando la participación se limite a adjudicar proindiviso a los herederos en la proporción en que lo sean todos los bienes integrantes de la herencia», ya que es la forma habitual de liquidación cuando hay hijos de tan temprana edad puesto que se desconocen sus necesidades futuras y tampoco se han desarrollado conductas que conlleven la conveniencia de apartarlos de la misma.

Conviene llamar la atención, porque a veces induce a confusión, la distinción que el CDFA hace, cuando se trata de menores mayores de catorce años, entre el acto de aceptación de la herencia y la partición: el artículo 346.1 les reconoce capacidad para aceptar la herencia por sí solos, pero, hay que tener en cuenta que en la casi totalidad de los casos, en la misma escritura notarial se recoge la aceptación de la herencia y la manifestación y partición de los bienes y, sin embargo, para esta última el artículo 367.1 del CDFA exige que los menores mayores de catorce años intervengan con la debida asistencia. Y no se recoge una norma similar a la contenida en el artículo 366.2 ya mencionado. En la práctica suele intervenir uno de los padres o los dos en la medida en que se trate de bienes consorciales cuya sociedad hay que liquidar o estemos ante el viudo usufructuario, pero si se trata

de herencias de otros parientes o de terceros, deberán estar debidamente asistidos en la partición: no es irrelevante para el menor permanecer en una situación de proindiviso con otros familiares o extraños. Ni tampoco es irrelevante la adjudicación de bienes concretos y una posible conmutación del usufructo viudal.

Por lo que respecta a la junta de parientes, de gran utilidad práctica puesto que evita tener que acudir a la autorización judicial, interesa destacar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de agosto de 2019 (BOE de 30 de octubre) que distingue entre la constituida bajo fe notarial (regulada en el artículo 174 del CDFA) y la judicial (artículo 175 del CDFA). No estando prevista la notarial en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, habrá que acudir al artículo 209 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado: será necesario otorgar la correspondiente acta de notoriedad, pero que, según la DGRYN, no tiene por qué realizarse en documento aparte, pero sí que requiere cumplimentar los requisitos que exige el propio artículo 209 del RN, es decir, dejar constancia de las pruebas practicadas, de los documentos recabados para determinar la proximidad en grado, la manifestación de la idoneidad y la emisión detallada del juicio de idoneidad.

En sede de usufructo de viudedad, y de su manifestación previa como derecho expectante de viudedad, merece una valoración muy positiva la regulación contenida en el artículo 280 del CDFA, que declara extinguido este último derecho en una serie de supuestos, entre ellos los casos de enajenación válida de un bien consorcial (se daba la paradoja de que habiendo prestado el consentimiento para la venta se requería además, la renuncia expresa al derecho expectante de viudedad), así como en los casos de partición y división de bienes, normalmente privativos adquiridos por herencia, evitándose la concurrencia del otro cónyuge. Y de forma más categórica el párrafo 2º del citado artículo establece que «salvo reserva expresa, en toda enajenación en que hayan concurrido ambos cónyuges se extinguirá el derecho expectante de viudedad».

El usufructo de viudedad está contenido en el Libro Segundo del CDFA relativo al Derecho de Familia, puesto que es un derecho que se adquiere por razón de matrimonio, pero como se manifiesta al fallecer uno de los cónyuges se plantean algunas cuestiones de importancia práctica. Así, en primer lugar, la necesidad de distinguir entre este derecho y el usufructo que se pueda reservar el propio cónyuge viudo en los casos de donación de la nuda propiedad de los bienes o parte indivisa de los mismos que se hubiere adjudicado en la liquidación del haber consorcial: el viudo tendrá el usufructo sobre toda la finca, pero ese usufructo sólo lo será de viudedad en cuanto afecte a los bienes o parte de los mismos adjudicados previamente a la herencia. Siendo en todo caso usufructos vitalicios, la inalienabilidad que proclama el artículo 273 del CDFA no alcanzará al usufructo que pertenezca al viudo por vía de reserva de los bienes donados, por lo que podrá ser objeto de embargo o de enajenación. No así el usufructo de viudedad. Esa misma discusión en cuanto a su naturaleza se plantea cuando es de aplicación el artículo 16.2 del Código Civil, pero ello daría para

muchas páginas y no puede ser objeto de análisis en estas notas, aunque sí sea conveniente dejar apuntada la cuestión.

Plantea especiales problemas el usufructo del viudo cuando el último domicilio o el testamento se otorga fuera de Aragón, especialmente en zonas costeras o en Madrid, destino muy frecuente, por razones distintas, una vez que se alcanza la edad de jubilación: son lugares en los que se aplica el Código Civil y la cuota legal usufructuaria prevista en el mismo para el cónyuge viudo, o incluso el usufructo que ambos cónyuges puedan atribuirse en testamento carecen del carácter inalienable del usufructo de viudedad aragonés. O, al contrario, no se tiene en cuenta que, si los cónyuges están casados en régimen aragonés el usufructo sí será de viudedad, y por tanto inalienable, y no el del Código Civil. Será necesario hacer las averiguaciones pertinentes, tanto en la Notaría como en el Registro, para determinar ante qué usufructo estamos.

Valoración especialmente positiva merece también el artículo 291 del CDFA que recoge la libertad de transformación del usufructo por acuerdo entre el viudo usufructuario y los nudo propietarios, dando carta de naturaleza a la conmutación del mismo y permitiendo su transmisión al nudo propietario sin tener que acudir a la figura de la renuncia.

Una reflexión especial merece el consorcio foral, regulado en los artículos 373 y siguientes del CDFA. Como señalaba al principio de estas notas, son cada vez más los supuestos en que surge actualmente por la aplicación de la cláusula subsidiaria de los testamentos en que no se ejecuta la fiducia y, en general, porque la configuración del patrimonio como aquel que tiene que pasar a las distintas generaciones en una sola mano a través de la figura del heredero único desaparece en las zonas urbanas y aun en las rústicas fuera de las explotaciones agrarias o empresas ya constituidas al efecto. Por lo tanto, y siempre que la herencia o legado se adquiera de bienes en proindiviso bien sea por voluntad del testador o adjudicarse así los bienes en los supuestos de abintestato, quedará constituido el consorcio foral con las consecuencias que de él se derivan. También en el supuesto de bienes donados. No olvidemos que se trata de un especial régimen dispositivo que está limitando la libre disposición de los bienes, tanto *inter vivos* como *mortis causa*.

El primer problema que se plantea es el propio concepto de «bien inmueble»: hay que entender incluidas las partes indivisas de los mismos, puesto que, de lo contrario, quedarían excluidos todos los bienes consorciales, ya, que, de ordinario, se adjudican por mitad al cónyuge viudo y a la herencia, y así se reconoció por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en sentencia de 10 de marzo de 2009 en sede de recurso de casación.

El segundo problema que surge a la hora de abordar la materia desde un punto de vista práctico, es el determinar si realmente estamos ante un consorcio foral o un mero proindiviso: el consorcio lo origina el causante, que ha de ser de vecindad civil aragonesa, y en muchas ocasiones en las inscripciones antiguas no se recogía tal circunstancia, sino sólo el domicilio, ni resultaba de los títulos aportados. Ello

conlleve una especial labor de indagación que no siempre llega a buen puerto y que, en mi opinión, en caso de duda, llevará a considerar que no estamos ante un supuesto de consorcio foral. No olvidemos que se trata de una figura que limita la libertad de testar o de enajenación y como tal habrá de ser interpretada de manera restrictiva.

Otro aspecto a tener en cuenta es la posible irrupción o concurrencia, en esa comunidad de herederos, legatarios o donatarios, del usufructo del cónyuge viudo de alguno de ellos. La materia era objeto de discusión bajo la vigencia de la Compilación, pero ha quedado resuelto en la actualidad por remisión recíproca de los artículos 278 del CDFA en sede de usufructo de viudedad y 374 en sede de consorcio, que únicamente permiten la concurrencia del usufructo de viudedad aragonés, excluyendo los derechos usufructuarios recogidos tanto en el CC como en otras legislaciones.

En algunas ocasiones surge la duda de, sobre todo cuando uno de los consortes carece de descendientes, si puede disponer a favor de su cónyuge (como heredero no podrá entrar en la comunidad, sino que acrecerá a los demás consortes sin perjuicio del usufructo de viudedad tal y como resulta del artículo 374.3 del CDFA) o en general, de sobrinos hijos de hermanos consortes. Con respecto a estos últimos, hay que tener en cuenta que se forma parte del consorcio a través de una vía mixta pero no independiente: es decir, si se trata de los propios descendientes —en cuyo caso adquirirán la condición de consortes— o de otros consortes se puede disponer a su favor tanto por acto *inter vivos* como *mortis causa*. Sin embargo, los sobrinos, si no son previamente consortes no pueden adquirir en vida ni heredar puesto que han tenido que adquirir tal cualidad de su propio progenitor. Es decir, no basta el parentesco para poder adquirir de un consorte, sino que hay que ser ya consorte, con excepción de los descendientes.

Otro de los problemas que se plantea, y cada vez más, es el de la existencia de un fiduciario dentro de un acrecimiento consorcial: ¿cómo acrece y a quién en esos casos, ya que no hay todavía determinación de heredero consorte? ¿acrece al haber hereditario o es preciso ejecutar aunque sea parcialmente la fiducia? Me inclino por la segunda postura para eliminar la indefinición en una comunidad en la que la falta de ejecución puede afectar a quienes no intervienen en la herencia del consorte fallecido, pero el tema no está resuelto por el CDFA.

Merece también una valoración positiva la posibilidad de separarse del consorcio prevista en el artículo 375 del CDFA. La existencia del consorcio cuando hay consortes sin descendientes favorece a los demás consortes, pues se beneficiarán del acrecimiento, en caso de fallecimiento de aquellos, pero a su vez la separación restablecerá la libertad de testar y disponer de los primeros. Es una decisión, por tanto, que requiere una reflexión previa y que no tiene por qué hacerse en el momento de recibir los bienes sino que puede dejarse para un momento posterior.

Esta posible separación también plantea otros aspectos: en algunos casos los herederos no se han separado del consorcio surgido al fallecimiento del primer

causante y sí lo hacen al fallecer el segundo, por lo que sigue vigente el primero. Sería, por tanto, conveniente que, si realmente su voluntad es no estar en consorcio, se tuviera en cuenta este aspecto al heredar del último de los progenitores y realizar una separación de ambos consorcios.

Por otro lado, dentro de un proindiviso ordinario puede surgir un consorcio en una parte indivisa por ser aragonés uno de los copropietarios, o varios de ellos, por lo que sobre un bien podrán constituirse múltiples consorcios con las limitaciones a la libre transmisión que ello implica y que habrá que tener en cuenta.

Capítulo aparte dedicaré a la figura de la fiducia sucesoria, regulada en los artículos 439 y siguientes del CDFA. A pesar de sus bondades, y por estar muy extendida su previsión en los testamentos, plantea multitud de problemas, no todos de posible solución.

El primero de ellos, dado que la esperanza de vida es cada vez mayor, es el que surge de la existencia de un fiduciario de avanzada edad y el posible deterioro cognitivo que pueda sufrir y que le impida ejecutar la fiducia, dado el carácter personalísimo de la misma tal y como establece el artículo 440.3 del CDFA. Si en el momento de abrirse la herencia del causante el fiduciario ya es muy mayor, quizá debería plantearse la ejecución de la fiducia o la renuncia al cargo ante la posible falta de discernimiento posterior. Téngase en cuenta que normalmente se establece la misma en testamentos en que los hijos, al tiempo del otorgamiento, son menores o se desconocen sus necesidades y prefiere dejarse la designación de heredero para un momento posterior, situación que ya no se da cuando se abre la sucesión en esos casos. Aunque el artículo 462 del CDFA prevé, en su redacción actual, la incapacidad judicial como causa de extinción de la fiducia, estamos ante un procedimiento que se dilata en el tiempo y puede haber necesidad perentoria de enajenar los bienes de la herencia, muchas veces para el propio cuidado y necesidades del fiduciario.

Ese carácter personalísimo de la fiducia no es un concepto pacífico en la práctica: entre las «facultades del fiduciario» que tienen carácter personalísimo, ¿se incluye la propia aceptación de la fiducia? No hay unanimidad en la respuesta. Personalmente entiendo que la aceptación no es un acto personalísimo, quizá porque considero que el núcleo de la fiducia es la designación de herederos, que, esa sí, sólo puede hacer el fiduciario. En todo caso tendría que ser un poder especialísimo, como el que se podría dar para vender alguno de los bienes sujetos a la fiducia en los supuestos y con los requisitos establecidos en el artículo 453 del CDFA.

En muchas ocasiones se plantea el problema del testamento hecho por el fiduciario sin hacer ninguna precisión: habrá que entender que sólo dispone de sus bienes y no de los del primer causante para cuya sucesión regirá lo dispuesto en su testamento. Sería conveniente, y en muchos casos así se hace, realizar una indagación sobre la posible existencia de la fiducia.

Hay que destacar el acierto de la regulación contenida en el último inciso del artículo 259.3 del CDFA, que permite al cónyuge fiduciario realizar por sí sólo la liquidación y división del patrimonio consorcial «cuando se limite a adjudicar proindiviso todos y cada uno de los bienes a los herederos del cónyuge premuerto y a él mismo en igual proporción en que sean cotitulares del patrimonio», en cuyo caso se inscribirán las fincas a su nombre en la parte adjudicada por la liquidación de la sociedad consorcial, así como el usufructo sobre la restante y su facultad fiduciaria. No obstante, es necesario tener en cuenta que en algunos casos el cónyuge viudo se limita a aceptar la facultad fiduciaria y el usufructo de la herencia pero sin liquidar la sociedad consorcial, en cuyo caso no podrá inscribirse a su favor el usufructo viudal sobre bienes concretos.

Prevé también la regulación actual la ejecución parcial de la fiducia sin necesidad de practicar la previa liquidación de la comunidad conyugal, siendo el título adquisitivo, a efectos registrales, el de «asignación fiduciaria».

No tan frecuente como el nombramiento de fiduciario, aunque sí relevante, es la institución recíproca de herederos, tanto en los supuestos de matrimonios con hijos o previsión de los mismos como en caso de falta de descendientes. Viene regulada en los artículos 395 y siguientes del CDFA.

En el primer supuesto, el artículo 396.2 establece que el pacto «equivale a la concesión al sobreviviente de usufructo universal y vitalicio sobre los bienes del premuerto y de la facultad de distribuir la herencia».

En el segundo habrá que estar al tenor literal del testamento, de forma que si no se contempla expresamente la facultad de disponer mortis causa sólo podrá disponerse *inter vivos*, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, y si se ha previsto la existencia de un fideicomiso de residuo esta libertad de testar quedará limitada a los propios bienes en los términos que recoge la sentencia del TSJA de 5 de octubre de 2016.

Por otro lado, la redacción del artículo 395.3 del CDFA, resuelve el problema para el caso de que no se haya previsto un llamamiento posterior a tercero, formándose dos lotes en la misma línea que el artículo 419 para el testamento mancomunado y el artículo 531.2 en los supuestos de sucesión legal.

Destacar a su vez la especialidad del párrafo 2º del artículo 528 del CDFA en materia de troncalidad, que ha supuesto una novedad que se da con relativa frecuencia, así como el problema de la renuncia en la sustitución legal.

Por último, resaltar la escasa incidencia, a pesar de su extensa regulación, de los pactos sucesorios, afectados por el tratamiento fiscal de los mismos y que sigue siendo un tema de debate al igual que la liquidación tributaria de la fiducia sucesoria.

**AL RESPECTO DE LA DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD
JURÍDICA, MEDIOS DE APOYO Y SALVAGUARDIAS
PARA SU EJERCICIO EN ARAGÓN**

***ON THE DETERMINATION OF LEGAL CAPACITY, MEANS OF
SUPPORT AND SAFEGUARDS FOR ITS EXERCISE IN ARAGON***

M^a CRISTINA CHÁRLEZ ARÁN

Abogada

Doctora en Derecho

SUMARIO

I. BREVE INTRODUCCIÓN SOBRE LA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA AL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA. II. RELACIÓN CON EL CÓDIGO DE DERECHO FORAL DE ARAGÓN. III. REVISIÓN DE LAS MEDIDAS YA ADOPTADAS.

**I. BREVE INTRODUCCIÓN SOBRE LA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO
POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL
PARA AL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA**

La Ley 8/2021 de 2 de junio indicada en el título entró en vigor a los tres meses de la publicación en el BOE y por tanto el 03/09/2021¹, dicha Ley como se

¹ Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para al apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica Publicado en: «BOE» núm. 132, de 03/06/2021. Entrada en vigor: 03/09/2021 Departamento: Jefatura del Estado Referencia: BOE-A-2021-9233 Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con>

ha expuesto ya en publicaciones anteriores se encuentra fundamentada —según se indica en la Exposición de Motivos y resumen aquí— en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

Continúa la Exposición de Motivos sentando las bases del nuevo sistema centrándose en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, de todo ello informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal. No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos desarrollada sobre la realidad de que muchas limitaciones, vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio.

Tras este tiempo de aplicación de la indicada Ley, veremos alguna cuestión sobre su tramitación y aplicación en la práctica de los tribunales y en concreto en la comunidad de Aragón con Derecho foral propio.

II. RELACIÓN CON EL CÓDIGO DE DERECHO FORAL DE ARAGÓN

En el CDFA² como sabemos se encuentran reguladas las relaciones tutelares en su Título III, el cual consta de disposiciones generales y de capítulos concretos dedicados a: Tutela, Curatela, Defensor Judicial y Guarda de Hecho.

La Comisión de Derecho Civil de Aragón³ se encuentra trabajando para la modificación y adaptación del Código Foral a la legislación general, y por tanto dado que todavía no se ha modificado, en la práctica, los tribunales en Aragón, para la tramitación de un proceso de discapacidad, aunque aplican la normativa

² Código de Derecho Foral de Aragón: Real Decreto Legislativo 1/2021 de 2 de marzo del Gobierno de Aragón por el que se aprueba con el Título de Código de Derecho Foral de Aragón, el texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas. Publicado en: «BOA» núm. 67, de 29/03/2011. Entrada en vigor: 23/04/2011 Departamento: Comunidad Autónoma de Aragón Referencia: BOA-d-2011-90007

³ Decreto 86/2022, de 15 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el reglamento de organización y funcionamiento de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. BOA 24/06/2022

aragonesa⁴, se deja constancia expresa de la norma general civil, y por tanto ante un proceso judicial se realizan las siguientes alegaciones:

En lo relativo a la regulación legal, se ampara en el instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad (Nueva York el 13 de diciembre de 2.006 con entrada en vigor en España el día 3 de mayo de 2008) y en especial su Art. 12, ya que conforme a lo dispuesto al Art. 96.º de la Constitución, los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del Ordenamiento Interno.

En orden a los principios del proceso, la tramitación y la sentencia que en su día se dicte, deberán adecuarse a los principios contenidos en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, y en todo caso, vendrán dirigidos a conseguir el establecimiento de los medios de apoyo, así como de las salvaguardias, adecuados y efectivos para el ejercicio de la capacidad jurídica, tanto en la esfera personal como patrimonial, de la persona discapaz a la que afecta el presente procedimiento, y en los términos previstos en el Art. 12 de la Convención.

Finalmente, en cuanto al objeto del proceso, se deberá determinar la capacidad jurídica, medios de apoyo y las salvaguardias adecuadas y efectivas para su ejercicio de aquellos que se encuentran en los supuestos del Art. 200 del Código Civil en relación con el 199 del mismo, y artículos 34 a 45 (Capítulo II, Título I, Libro I) del Código Foral de Aragón.

III. REVISIÓN DE LAS MEDIDAS YA ADOPTADAS

Retomando la Ley 8/2021, expone asimismo la indicada Exposición de Motivos de la Ley, en el apartado III que: *Todas las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años o, en casos excepcionales, de hasta seis. En todo caso, pueden ser revisadas ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir su modificación.*

Y por ello, en el propio articulado de la Ley, este mandato aparece reflejado, tal como se expresa en el apartado sobre las disposiciones generales de la curatela⁵:

⁴ Artículo 1 CDFA. Fuentes jurídicas. (...) 2. *El Derecho civil general del Estado se aplicará como supletorio solo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan.*

⁵ CAPÍTULO IV: De la curatela: Sección 1.ª Disposiciones generales: Artículo 268.: *Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.; Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años.; Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo*

Artículo 268. (...). *Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años. (...)*

En cuanto a régimen transitorio, debo exponer Disposición transitoria segunda⁶.

(...) *Las medidas derivadas de las declaraciones de prodigalidad adoptadas de acuerdo con la legislación anterior continuarán vigentes hasta que se produzca la revisión prevista en la disposición transitoria quinta. Hasta ese momento, los curadores de los declarados pródigos continuarán ejerciendo sus cargos de conformidad con la legislación anterior.*

Y por tanto nos tenemos que referir y exponer la Disposición transitoria quinta⁷, que se refiere en concreto a la revisión de las medidas ya acordadas:

Las personas con capacidad modificada judicialmente, (...) podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. (...)

adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas.

⁶ Disposición transitoria segunda. Situación de tutores, curadores, defensores judiciales y guardadores de hecho. Situación de la patria potestad prorrogada o rehabilitada. Situación de las declaraciones de prodigalidad.

Los tutores, curadores, con excepción de los curadores de los declarados pródigos, y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor. A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos, a los curadores de los emancipados cuyos progenitores hubieran fallecido o estuvieran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley y de los menores que hubieran obtenido el beneficio de la mayor edad se les aplicarán las normas establecidas para el defensor judicial del menor.

Quienes vinieran actuando como guardadores de hecho sujetarán su actuación a las disposiciones de esta Ley.

Quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta.

Las medidas derivadas de las declaraciones de prodigalidad adoptadas de acuerdo con la legislación anterior continuarán vigentes hasta que se produzca la revisión prevista en la disposición transitoria quinta. Hasta ese momento, los curadores de los declarados pródigos continuarán ejerciendo sus cargos de conformidad con la legislación anterior.

⁷ Disposición transitoria quinta. Revisión de las medidas ya acordadas.:

Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud.

Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

(...) Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

En consecuencia, expuestos estos datos legislativos, nos encontramos claramente con que la ley determina la revisión de las medidas adoptadas con la vigencia de la Ley en el plazo de tres años (o excepcionalmente de seis años) —según hemos expuesto en el art 268— y por ello para las resoluciones dictadas con anterioridad a esta Ley la Disposición Transitoria 2, remite a la Disposición Transitoria 5, la cual he indicado y reproduzco de nuevo: (...) *Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años (...).*

En consecuencia, entiendo claramente que el tenor literal de la Ley determina que deberán realizarse las revisiones de las resoluciones anteriores en este plazo y por tanto septiembre de 2024.

En las tramitaciones realizadas en los tribunales de la Comunidad Autónoma de Aragón, como he expuesto —en general— se mantiene la aplicación del CDFA si bien con las adaptaciones del CC, ello por tanto deberá suponer que procederán las revisiones de las resoluciones en el plazo indicado de tres años, pero no parece probable que este plazo pueda cumplirse dada la sobrecarga de expedientes que existe y la falta de medios de la administración, por lo que estimo que nos encontremos con un retraso en la aplicación de esta disposición.

Dado que los tribunales siempre han protegido el interés del discapacitado —como interés superior— es de estimar que el retraso en la revisión no va a afectar el interés de los mismos en cuanto a que ostente las medidas más convenientes y necesarias para la adecuada protección del discapaz y su patrimonio.

COMENTARIOS DE SENTENCIAS

COMMENTS OF JUDGMENTS

**LA TRASCENDENCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO
A EFECTOS DEL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA
PRIVADA Y FAMILIAR: COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL DE Estrasburgo EN EL ASUNTO
REYES JIMÉNEZ CONTRA ESPAÑA**

***THE SIGNIFICANCE OF INFORMED CONSENT FOR THE
PURPOSES OF THE RIGHT TO RESPECT FOR PRIVATE AND
FAMILY LIFE: COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE
STRASBOURG COURT IN THE CASE OF REYES JIMÉNEZ V. SPAIN***

ELADIO JOSÉ MATEO AYALA

Abogado

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza

RESUMEN

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en el asunto Reyes Jiménez contra España, ha puesto de relieve, no sólo la relevancia de suscribir documentos de consentimiento informado específicos y adaptados a las concretas circunstancias de cada intervención quirúrgica, sino también la trascendencia de tal consentimiento, en materia de protección de derechos humanos, y, en concreto, del derecho a no sufrir injerencias en la vida privada, tutelado a través del art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el presente trabajo se procede a comentar la referida resolución, explorando, a su vez, el alcance, a efectos constitucionales, del consentimiento informado, así como su incidencia en el ámbito de la imprudencia profesional en el ámbito jurídico-penal.

Palabras clave: Consentimiento informado, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, derechos fundamentales, Convenio de Roma, imprudencia profesional

ABSTRACT

This essay, called «Informed consent implications in private life-respect right: Commentary of European Court of Human Rights in the case of Reyes Jiménez *versus* Spain», comments the European Court of Human Rights judgement in the case of Luis Reyes Jiménez *versus* Spain, exploring at once the relevance of informed consent in constitutional rights, and its role in criminal profesional imprudence. The judgement commented focuses on the importance of suscribing specific informed consent documents, adapted to the concrete circumstances of each surgical intervention, but it also emphasizes the relation between informed consent and the right to be respected in private life, regulated in the article 8.1 of the European Convention of Human Rights.

Key words: Informed consent, European Court of Human Rights, constitutional rights, European Convention on Human Rights, profesional imprudence

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES. 3. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE EN MATERIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO. 4. RESOLUCIÓN DEL CASO POR EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO. A. SOBRE LA VULNERACIÓN DEL ART. 8.1 DEL CONVENIO DE ROMA. B. SATISFACCIÓN EQUITATIVA. 5. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y SU RELACIÓN CON LA IMPRUDENCIA PROFESIONAL EN EL ÁMBITO PENAL. 6. CONCLUSIONES: LA TRASCENDENCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO. 7. BIBLIOGRAFÍA. 8. JURISPRUDENCIA.

1. INTRODUCCIÓN

A *priori*, todos podemos pensar que la necesidad de que el paciente, o, en su caso, los familiares del mismo, presten su consentimiento, en ocasiones, incluso por escrito, para el efectivo sometimiento de éste a una intervención médica, mediando información previa, detallada y clarificadora, acerca de los riesgos y otros pormenores de la específica actividad sanitaria a practicar, es un mero formalismo, un trámite burocrático no provisto de mayor trascendencia que la de evitar eventuales depuraciones de responsabilidad contra los profesionales sanitarios que atienden al paciente, y, en su caso, llevan a cabo la específica intervención a la que éste se somete.

Sin embargo, es lo cierto que el denominado consentimiento informado es un acto médico que trasciende esa específica dimensión, revistiendo, en consecuencia,

una considerable relevancia, en el ámbito de los derechos humanos¹, tal y como enfatiza la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 08 de marzo de 2022, recaída en el asunto Reyes Jiménez contra España²; resolución que incide, particularmente, en el régimen jurídico nacional existente en materia de autonomía del paciente.

Sobre la relevancia y el alcance del consentimiento informado, HUERTA GARICANO señala que se revela «como uno de los pilares de la relación médico-paciente»³. Por su parte, BAUZÁ MARTORELL señala que «el consentimiento informado constituye una pieza esencial del cumplimiento de la *lex artis*»⁴. En adición, la configuración de la suscripción del consentimiento informado, como acto médico, viene reforzada por el hecho de que «(...) la falta de consentimiento informado constituye *«per se»* una mala praxis *ad hoc* (...)»⁵. En parecido sentido, XIOL RÍOS considera que, dentro de las obligaciones del profesional sanitario, no sólo se encuentra la correcta prestación de sus técnicas, sino también el cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica⁶.

2. ANTECEDENTES

En síntesis, la indicada Sentencia resuelve el caso de don Luis Reyes Jiménez, menor de edad en la fecha de los hechos, quien acudió al Tribunal de Estrasburgo como demandante de amparo, representado por su padre⁷. Natural de Cartagena, fue diagnosticado, a los seis años de edad, de un tumor cerebral. Por esta razón, y atendido el desarrollo de la enfermedad, en el año 2009, se le practicaron

¹ XIOL RÍOS, Juan Antonio, «El consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 16, julio-diciembre de 2011, p. 129.

² La referencia completa de la Sentencia, extraída de la base de datos HUDOC es la que sigue: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección Tercera, de 08 de mayo de 2022, asunto 57020/18, Reyes Jiménez contra España.

³ Cfr. HUERTA GARICANO, Inés, «La indemnización por defectos en la prestación del consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 16, julio-diciembre de 2011, p. 153.

⁴ BAUZÁ MARTORELL, Felio José, «Responsabilidad patrimonial sanitaria: autonomía de la voluntad del paciente y documento de consentimiento informado», *DS: Derecho y Salud*, Vol. 29, núm. extra 1, 2019 (Ejemplar dedicado a: Extraordinario XXVIII Congreso 2019: Ética, Innovación y transparencia en Salud), p. 141.

⁵ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de febrero de 2004, fundamento de Derecho tercero.

⁶ Vid. XIOL RÍOS, Juan Antonio, «El consentimiento...», cit., p. 132.

⁷ La versión completa de los antecedentes fácticos se contiene en los párrafos 2 a 14 de la Sentencia objeto del presente comentario; lo que hemos procedido a incluir en el presente trabajo no es sino una síntesis de los mismos.

tres intervenciones quirúrgicas. La primera de ellas, tuvo lugar en fecha 20 de enero, y estuvo destinada a la retirada del tumor de la zona del cerebelo, para lo cual se informó debidamente a los padres, quienes prestaron su consentimiento *ad hoc*, procediendo a la firma del correspondiente documento de consentimiento informado, dado que, actuando en su calidad de legales representantes, consideraron que era lo más beneficioso para los intereses y la salud de su representado, en este caso, su propio hijo.

De hecho, en el ámbito sanitario, la representación legal de los menores por parte de sus padres o tutores debe ejercerse siempre en beneficio del menor; lo que implica, que, si tienen madurez suficiente, puedan ser oídos, y, en consecuencia, valorarse su criterio, mas no seguirlo necesariamente⁸.

Por su parte, dado que el tumor cerebral no había sido eliminado por completo en la primera intervención quirúrgica, se programó, para un mes después, la realización de una segunda intervención del mismo cariz, destinada a la supresión del resto de la zona tumoral, permaneciendo el sr. Reyes Jiménez bajo ingreso hospitalario, en el *interim* entre ambas cirugías.

Esta segunda intervención quirúrgica, se realizó el día 24 de febrero de 2009, por el médico-jefe del servicio de neurología del hospital en el que, el menor permanecía ingresado. Sin embargo, para ello, se omitió la firma del específico documento de consentimiento informado, por considerarse una simple reintervención, provista de similares riesgos que la primera; el personal sanitario se limitó a informar verbalmente a los progenitores, quienes, en idéntico sentido, consintieron, también verbalmente, dicha intervención.

En la mencionada cirugía, se produjo una entrada de aire en la cavidad craneal, que provocó severas complicaciones, las cuales derivaron en un estado de severo e irreversible deterioro físico y neuronal que le impide realizar cualquier tipo de actividad por sí mismo, no pudiendo, incluso moverse, comunicarse ni masticar. Por lo tanto, y pese a su corta edad, se encuentra en un estado de total y absoluta dependencia respecto de sus progenitores.

Atendidas las severas complicaciones en que la segunda intervención quirúrgica derivó, se optó por realizar, ese mismo día, una nueva operación, no por el mismo médico, sino por un equipo distinto, que, en ese momento, se encontraba realizando funciones de guardia. Esta tercera intervención quirúrgica no estaba programada de antemano, como la segunda, sino que se practicó de urgencia, a fin de paliar el resultado tan desfavorable de la cirugía anterior. A pesar de ello, se informó a los padres de los riesgos y demás circunstancias de la operación, y éstos, al igual que había ocurrido con la primera intervención quirúrgica, consintieron

⁸ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a Carmen, «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad», *Derecho Privado y Constitución*, 39, julio-diciembre 2021. Disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.39.01> [Consulta: 23 de noviembre de 2022], p. 233.

por escrito la práctica de la misma, mediante la firma del correspondiente documento de consentimiento informado.

Una vez asentados, sucintamente, los hechos, es preciso mencionar que, el objeto del procedimiento judicial en España, seguido ante la jurisdicción contencioso-administrativa, se circunscribió, principalmente, a dos cuestiones: la existencia de mala praxis médica, a cargo del equipo quirúrgico que había practicado la segunda intervención, y la falta de prestación de consentimiento informado, por parte de los padres, para la realización de la segunda intervención, por cuanto el consentimiento verbal, en modo alguno, reunía los requisitos, exhaustivamente fijados al respecto, en la legislación nacional. El procedimiento judicial en España, iniciado en la vía contencioso-administrativa mediante el recurso contencioso-administrativo núm. 548/2011, se tramitó por las normas del procedimiento ordinario, y del mismo conoció, en primera instancia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Murcia, y, en sede casacional, la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Sin embargo, y tras la desestimación de todos los pedimentos articulados en el proceso judicial interno, en el formulario de demanda ante el Tribunal de Estrasburgo, únicamente se puso de relieve la cuestión atinente a las deficiencias en la prestación del consentimiento informado, por lo que ninguna alusión se efectúa en la Sentencia del TEDH, a la cuestión referente a la mala praxis médica, más allá de su inclusión como antecedentes fácticos del asunto a resolver.

3. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE EN MATERIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Tal y como se ha indicado, la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo, a fin de resolver la cuestión, se remite, fundamentalmente, a las especificidades del régimen jurídico interno en materia de consentimiento informado.

El consentimiento informado se concibe, *ex art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP)*, en los siguientes términos:

«la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecte a su salud»⁹.

⁹ En este sentido, véase, GONZÁLEZ CARRASCO, M^a Carmen, «La prestación del consentimiento...», cit., p. 216.

Obviamente, el consentimiento informado contribuye a salvaguardar la seguridad jurídica de los profesionales sanitarios¹⁰, si bien BAUZÁ MARTORELL matiza, en cuanto a tal anuencia, lo siguiente:

«(...) encuentra su fundamento en los principios de autodeterminación de la persona y de respeto a su libertad personal y de conciencia, que persigue dar al paciente toda la información necesaria y precisa para permitir al enfermo optar entre las diversas posibilidades que se presenten de acuerdo con sus intereses personales y consentir las prácticas médicas y quirúrgicas que se realizarán»¹¹.

Resulta particularmente relevante la regulación jurídica contenida en la LAP. La autonomía del paciente conforma una de las dimensiones del derecho a la protección de la salud, el cual se encuentra tutelado como principio rector de la política social, *ex art.* 43 de nuestra Carta Magna.

A su vez, la relevancia, a efectos constitucionales, de la facilitación al paciente, o en defecto de éste, a sus familiares —con el fin de que éstos puedan, en su caso, suplir la decisión del sometido a tratamiento, imposibilitado para prestar el consentimiento por sus específicas circunstancias, y sobre la premisa de un eventual conocimiento del sentido de su decisión en un momento crítico—¹², de una completa y adecuada información previa, sobre los variados pormenores del acto clínico, así como acerca de la importancia de la prestación de lo que, se ha venido a denominar, consentimiento informado, no sólo coadyuva a reforzar la autonomía del paciente, sino que, también, puede tener repercusiones en relación con otros derechos fundamentales a los que pueda afectar el acto médico, como el derecho a la vida, o el derecho a la integridad corporal o salud, tutelados ambos en el art. 15 de nuestra Constitución, conformando tal proyección del consentimiento informado en materia de derechos fundamentales, parte de esa poliédrica óptica desde la que cabe examinar dicho acto médico¹³. Incluso se ha indicado que posee una vertiente de «derecho fundamental derivado»¹⁴.

Yes, precisamente, en este aspecto básico o sustancial donde radica la importancia, a efectos constitucionales, de la adecuada prestación del consentimiento informado, por cuanto, omitir este procedimiento, o practicarlo defectuosamente,

¹⁰ Cfr. GONZÁLEZ CARRASCO, M^a Carmen, «La prestación del consentimiento...», cit., p. 228.

¹¹ BAUZÁ MARTORELL, Felio José, «Responsabilidad patrimonial sanitaria...», cit., p. 135.

¹² Véase ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides Francisco, «El consentimiento informado en el Derecho médico», *Derecho y Cambio Social*, Año 6, núm. 18, 2009, p. 13.

¹³ En este sentido, véase MARTÍNEZ-DOALLO, Noelia, *El consentimiento informado del paciente como derecho fundamental y como derecho subjetivo*, Tesis doctoral dirigida por José Antonio Seoane (dir. tes.), Universidade da Coruña, 2020. También, XIOL RÍOS, Juan Antonio, «El consentimiento...», cit., pp. 141-142.

¹⁴ CADENAS OSUNA, Davinia, *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, p. 2010. También, GONZÁLEZ CARRASCO, M^a Carmen, «La prestación del consentimiento...», cit., p. 217.

podiera derivar causalmente en la lesión de uno de los derechos dotados de la máxima protección constitucional¹⁵, tal y como se considera en la Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 37/2011, de 28 de marzo de 2011¹⁶.

Así, en su fundamento jurídico quinto, la resolución judicial de referencia alude a la relevancia, a efectos constitucionales, del consentimiento informado, en los siguientes términos:

«(...) La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental»¹⁷.

Tal protección constitucional implicaría, en nuestro concepto, no sólo la tutela de la prestación del consentimiento informado mediante la vía de amparo constitucional, sino también, autónomamente, a través de lo que se denomina como amparo ordinario, también tendente, a través de sus distintos cauces procesales, a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

En adición, ha de advertirse de que el consentimiento informado también es relevante a efectos de tutela constitucional de la dignidad de la persona y del respeto a la autonomía de su voluntad, conforme a lo establecido en el art. 10.2 CE, precepto que, eso sí, no ha sido incluido en el título referente a los derechos fundamentales¹⁸.

A su vez, la relevancia del consentimiento informado es también predicable en el plano supranacional, por su afección a derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea. En particular, el consentimiento informado se ha configurado expresamente como parte integrante del contenido del derecho a la integridad de la persona, *ex* art. 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Dicho texto fue incorporado a los tratados de la Unión Europea mediante la reforma operada por el Tratado de Lisboa, formando actualmente, en consecuencia, parte del denominado acervo comunitario.

En el precepto de referencia, se incluye, una alusión expresa al consentimiento informado, en la letra a), de su apartado 2.

¹⁵ Véase HUERTA GARICANO, Inés, «La indemnización...», cit., p. 157.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 156-157.

¹⁷ Sobre el respeto a la autonomía de la voluntad y la intimidad de la persona a través del consentimiento informado, véase GONZÁLEZ CARRASCO, M^a Carmen, «La prestación del consentimiento...», cit., p. 216.

¹⁸ XIOL RÍOS, Juan Antonio, «El consentimiento...», cit., pp. 132, 134, y 141.

En este sentido, según el artículo 3 CDFUE, dentro del respeto a la integridad física y psíquica de la persona, en el ámbito de la medicina debe respetarse en particular, el consentimiento libre e informado, de forma individual.

Por su parte, en un plano internacional más amplio, el art. 25, letra d), de la Convención de Nueva York de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, alude, para éstas en concreto, a la exigencia a los profesionales sanitarios, por parte de los Estados, de una atención sanitaria sobre la base de un consentimiento libre e informado, respetando los derechos humanos, la libertad, la autonomía y las necesidades del discapacitado¹⁹.

No obstante, y retornando a la regulación contenida en la LAP, en su art. 4, se reconoce el derecho a una completa información preasistencial, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de la salud del paciente. Dicha información previa queda enlazada con el consentimiento informado, por medio de tres dimensiones o facetas: la personal, al ser objeto de transmisión al paciente, allegados o parientes; la formal, en tanto en cuanto se ha de cumplir con determinados requisitos legales; y la causal, por cuanto la información es necesaria para la prestación posterior del consentimiento, evitando así la presencia de vicios en el mismo²⁰. Además, debe ser facilitada de forma comprensible y adecuada a las necesidades del paciente²¹.

A este respecto, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 04 de abril de 2006, en su fundamento de Derecho sexto, indica:

«(...) como señala la sentencia de 20 de abril de 2005 en relación con la de 4 de abril de 2000, toda persona tiene con respecto a las distintas Administraciones Públicas sanitarias, y entre otros aspectos, derecho a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados información completa y continuada verbal o escrita sobre el proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 10 de la Ley General de Sanidad vigente en el momento de los hechos, así como a la libre elección entre las opciones que le presenta el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención (...).».

Además, la información a transmitir tiene un contenido mínimo, determinado *ex lege*, y referido a la finalidad y naturaleza de cada intervención, así como sus riesgos y consecuencias. De igual modo, la regla general es, salvo en los casos en que, expresamente, se exige por escrito, la transmisión verbal de la información, que, igualmente, debe ser verdadera; esto es, el transmisor no debe ocultar los aspectos más delicados, o, incluso, fatales, del pronóstico; y útil, evitando la

¹⁹ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a Carmen, «La prestación del consentimiento...», cit., p. 216.

²⁰ *Ibidem*, p. 133.

²¹ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a Carmen, «La prestación del consentimiento...», cit., p. 216.

información exhaustiva en demasía, y circunscribiéndose el facultativo a la transmisión de la información relevante para el paciente o sus familiares²², sin incluir información técnica, de carácter superfluo.

Para el seguimiento de las instrucciones previas, y ulteriores transmisiones de información por parte del equipo técnico, cuando, no es posible informar al propio paciente por las vicisitudes del acto médico en sí o por las circunstancias del propio paciente, el art. 11.1 de la LAP permite la designación de un interlocutor para la comunicación con el equipo médico; interlocución que, como considera GONZÁLEZ MORÁN, no sirve sino como garantía, de una mayor facilidad en la transmisión de la información, así como en orden a velar por el cumplimiento de la voluntad ya emitida²³.

Con independencia de lo anterior, es posible, si bien con carácter sumamente excepcional, omitir la información debida al paciente, en supuestos en que, por razones objetivas, el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Se trata del denominado «privilegio terapéutico», que, principalmente, obedece a la necesidad de evitar negativas a la recepción del tratamiento médico, cuando se constata objetivamente como necesario aplicar dicho tratamiento, en aras de tratar situaciones concretas de riesgo de daño psicológico o psiquiátrico de entidad²⁴.

Por su parte, el consentimiento informado en sí mismo, se regula en el art. 8 de la precitada Ley. Dicha anuencia, que debe ser libre y voluntaria, se prestará, tras la recepción de la información preasistencial, debiendo permitir al paciente que sopesa y valore pausadamente sus opciones. La tónica general, es la prestación verbal del consentimiento; sin embargo, en los actos médicos de mayor relevancia y afección para la salud, la integridad o, incluso, la vida del paciente, esto es, en aquéllos que, objetivamente, comportan un mayor riesgo de lesión de tales bienes jurídicos, será necesario recabar el consentimiento por escrito.

En este sentido, serían actos médicos relevantes para la salud, debiendo recabarse el consentimiento por escrito para los mismos, las intervenciones quirúrgicas, así como las intervenciones o procedimientos diagnósticos de carácter invasivo²⁵.

A nuestro juicio, debería contemplarse en el documento —cuya naturaleza jurídica, va más allá de un mero prontuario o impreso—, un catálogo específico de los riesgos a los que, en puridad, se enfrenta el paciente, ajustado a los pormenores de

²² Cfr. HUERTA GARICANO, Inés, «La indemnización...», cit., p. 152.

²³ GONZÁLEZ MORÁN, Luis, «La figura y función del "representante" en la legislación sobre instrucciones previas (ley 41/2002 y legislación autonómica), en, *Los avances del derecho ante los avances de la medicina* (coords.: Adroher Biosca, de Montalvo Jääskeläinen, Corripio Gil-Delgado y Veiga Copo), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2008, pp. 635 y ss.

²⁴ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 194.

²⁵ Cfr. XIOL RÍOS, Juan Antonio, «El consentimiento...», cit., p. 138.

la concreta actuación médica; sin que pueda resultar suficiente consignar genéricamente las consecuencias derivadas de la general tipología de la misma, sino que debe procurarse la inclusión de toda la información específica atinente a la específica intervención a practicar.

Así, BAUZÁ MARTORELL considera, en cuanto a la prestación del consentimiento informado, lo siguiente:

«(...) no puede simplificarse en un alarde de reduccionismo a la presentación de un formulario tipo ante una intervención quirúrgica *stricto sensu*. Antes al contrario, el documento debe ser específico de la intervención a que el paciente se somete»²⁶.

También la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de septiembre de 2012, dispone, en su fundamento de Derecho octavo, lo siguiente:

«Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad».

Intervención quirúrgica. Como se ha expuesto, el consentimiento se recabará por escrito en los supuestos de intervención quirúrgica. También, para el sometimiento a procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, y, a cuantos otros puedan acarrear riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

Dentro del propio concepto de intervención quirúrgica, no se incluyen, con carácter general, los partos naturales, por lo que, para los mismos, en principio, no sería necesaria la constancia documental del consentimiento informado. En este sentido, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de septiembre de 2012.

No obstante lo anterior, la STSJ de las Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 509/2009, de 01 de julio de 2009, exige la suscripción por escrito del documento de consentimiento informado, también en los partos naturales en atención a «(...) la entidad de los riesgos que puede generar ese hecho fisiológico y la necesidad de prácticas que producen morbilidad para la vida del feto y la gestante (...)».

En cualquier caso, los partos provocados, por ejemplo, practicando una cesárea, sí se considerarían integrados en el concepto de intervención quirúrgica, por lo que, indubitadamente, a nuestro juicio, requerirían de la prestación por escrito del consentimiento informado²⁷.

²⁶ BAUZÁ MARTORELL, Felio José, «Responsabilidad patrimonial sanitaria...», cit., p. 141.

²⁷ Para mayor información al respecto, véase BAUZÁ MARTORELL, Felio José, «Responsabilidad patrimonial sanitaria...», cit., pp. 137 y ss.

En nuestra opinión, la selección de supuestos en los que se requiere la forma escrita, obedece a la mayor trascendencia y consecuente incremento de riesgo de estos actos médicos, los cuales, *per se*, requieren de superior información al efecto, que conste debidamente por escrito, a fin de que, reposada y sosegadamente, el paciente o sus familiares puedan interiorizar las circunstancias del acto médico en sí, y reflexionar con la serenidad que precisa la prestación del consentimiento, por ejemplo, para la práctica de una intervención quirúrgica, con repercusiones reales en materia de derechos fundamentales básicos, a la vez, fuente originaria de otros derechos, como es el derecho a la vida.

Es en este aspecto concreto en el que reside la esencia de la resolución del asunto, por parte del Tribunal de Estrasburgo. El art. 8.3 de la LAP, establece que la prestación del consentimiento informado del paciente, por escrito, será necesario respecto de cada una de las actuaciones anteriormente indicadas²⁸. En adición, el art. 10.2 del mismo texto legal indica que, a mayor rango de duda en cuanto al resultado de una intervención, mayor grado de necesidad existe en relación con la prestación, por escrito, del consentimiento informado del paciente²⁹.

Convenio de Oviedo. Por su parte, en el denominado Convenio de Oviedo, *relativo a los derechos humanos y la biomedicina*, de 1997, el cual, ha sido suscrito por España, y entró en vigor en fecha 01 de enero de 2000, no se alude expresamente a la necesidad de recabar por escrito el consentimiento informado del paciente. Sin embargo, es lo cierto que, atendido el carácter programático del citado Convenio, la cuestión viene a ser, en efecto, complementada por el régimen jurídico de la Ley 41/2002, mucho más detallado y exhaustivo. Sea como fuere, el Convenio de Oviedo sí que vincula el consentimiento informado con la protección de los derechos humanos del paciente, y con su dignidad³⁰.

Incidencia del consentimiento informado en las personas con discapacidad. Una relevante cuestión, en relación con el régimen jurídico del consentimiento informado, es la relativa al hecho de que la LAP no ha sido objeto de reforma con el nuevo sistema de provisión de apoyos a las personas con discapacidad, implementado a través de la Ley 8/2021, de 02 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica³¹. Así, en el art. 9 de la LAP, se sigue hablando del paciente «que no es capaz», en lugar de aludir a las personas con discapacidad. Por consiguiente, a nuestro juicio, se muestra como perentoria una reforma de la LAP, para su adaptación, tanto, en cuestiones formales, como materiales, al nuevo sistema de provisión de apoyos para las personas con discapacidad.

²⁸ Cfr. HUERTA GARICANO, Inés, «La indemnización...», cit., p. 152.

²⁹ Cfr. XIOL RÍOS, Juan Antonio, «El consentimiento...», cit., p. 138, y HUERTA GARICANO, Inés, «La indemnización...», cit., p. 152.

³⁰ XIOL RÍOS, Juan Antonio, «El consentimiento...», cit., p. 129.

³¹ Cfr. GONZÁLEZ CARRASCO, M^a Carmen, «La prestación del consentimiento...», cit., pp. 221-222.

En el supuesto de que sea una persona con discapacidad quien se someta al acto médico, debe permitirse su participación en la recepción de la información y en la prestación del consentimiento, en la medida de lo posible (art. 9.5 LAP)³², respetando en todo momento sus deseos, voluntades y preferencias³³, lo que comporta una manifestación del principio de autonomía. Ahora bien, dicho postulado decae en pos del de beneficencia en los supuestos previstos en el art. 9.6 LAP, es decir, en casos de grave riesgo para la salud o la vida de la persona con discapacidad³⁴, en los que, v.gr., la persona que haya asumido el apoyo del discapacitado podrá ser quien preste el consentimiento³⁵. Obviamente, cuanto mayor es la afección del acto médico en sí para la vida o salud, mayores deben ser las cautelas en relación a la observancia de la existencia de capacidad suficiente de la persona que presta el consentimiento³⁶.

Por consiguiente, cuando al discapacitado se le ha proveído de una medida de apoyo, quien desempeñe, p. ej., la función de cuidador, podrá asumir la prestación del consentimiento, si tiene reconocidas facultades para ello. En este caso, se ha concebido como la alternativa más adecuada, la intervención del propio discapacitado conjuntamente con su representante³⁷.

Sin embargo, si el discapacitado se encuentra sin provisión de apoyos, pese a necesitar objetivamente de los mismos (situación que, antes de la reforma de 2021, se denominaba de incapacidad natural), podrán ser los familiares quienes presten el consentimiento³⁸.

³² *Ibidem*, p. 224.

³³ Sobre el respeto a los deseos, voluntades y preferencias de la persona con discapacidad, véase RUEDA MARTÍN, María Ángeles, «Dependencias, discapacidades y capacidades especiales», en, *Tratado de Derecho y Envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad* (coord.: Romeo Casabona), Escuela de Pensamiento, Fundación Mutualidad Abogacía, Wolters Kluwer España, S.A., Madrid, 2021, pp. 582-583, y la STS, Sala de lo Civil, núm. 589/2021, de 08 de septiembre de 2021.

³⁴ Cfr. GONZÁLEZ CARRASCO, M^a Carmen, «La prestación del consentimiento...», cit., p. 246.

³⁵ Por ejemplo, la STS, Sala de lo Civil, núm. 589/2021, de 08 de septiembre de 2021, incide, en su fundamento de Derecho cuarto, en el hecho de que sería una «crueldad social» no sustituir la voluntad del discapacitado afectado por un trastorno psíquico que, precisamente, es el que le impide ser consciente de la grave degeneración personal sufrida, y que obstaculiza que él mismo sea quien preste el consentimiento.

³⁶ Cfr. GONZÁLEZ CARRASCO, M^a Carmen, «La prestación del consentimiento...», cit., p. 230. En relación con la minoría de edad, DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, «El menor: un paciente complicado, al menos desde el punto de vista legal», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013 (Ejemplar dedicado a: Derecho Sanitario: acceso a la sanidad, responsabilidad civil, medicamentos, seguros médicos y seguridad alimentaria), Disponible en: <https://bit.ly/3lYjID1> [Consulta: 24 de noviembre de 2022], pp. 289 y ss.

³⁷ Cfr. SANTOS MORÓN, M^a. José, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, p. 35.

³⁸ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a Carmen, «La prestación del consentimiento...», cit., p. 227.

4. RESOLUCIÓN DEL CASO POR EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constató, en el asunto Reyes Jiménez contra España, la existencia de una vulneración, por parte del Reino de España, del art. 8.1 del Convenio de Roma, relativo al derecho a no sufrir injerencias en la vida privada, y condenó al Estado demandado al abono de una satisfacción equitativa al demandante de 24.000 euros, en concepto de daños morales (*véanse los apartados 2 y 3 del Fallo*); cuestión sobre la que incidiremos con posterioridad.

Previamente, queremos focalizar la cuestión en el argumentario esgrimido en la resolución, por cuanto el mismo resulta ser, a nuestro juicio, particularmente ilustrativo de la cuestión tratada.

En primer término, es preciso incidir en las razones por las que, en el seno del procedimiento judicial seguido, con carácter previo, ante los Tribunales españoles, se había considerado que era suficiente con la prestación del consentimiento verbal, para cumplir las exigencias legalmente establecidas al respecto. Las sentencias que habían resuelto la cuestión en vía interna son la STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 226/2015, de 20 de marzo de 2015, y, en vía casacional, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 782/2017, de 09 de mayo de 2017.

Fundamentalmente, se había indicado que los riesgos de la intervención eran idénticos a los de la primera cirugía, por lo que los padres del menor, Luis Reyes, ya eran conocedores de los mismos, al haber firmado el pertinente consentimiento informado para aquella primigenia intervención quirúrgica, hacía un mes. También se indicó que se había proporcionado la información verbalmente a los padres, cumpliendo, por tanto, la regla general, contenida en la LAP, y que, atendido el hecho de que la relación entre el médico con el paciente, y con sus familiares —progenitores—, era fluida, no se precisaba del cumplimiento de ningún requisito ulterior (*véase el párrafo 34 de la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo*).

No obstante lo anterior, es lo cierto que no se acreditó de ninguna forma esa fluidez continua en la relación médico-paciente, más allá de la inclusión, en el historial clínico del sr. Reyes Jiménez, de dos anotaciones, que indicaban «familia informada» y «¡Cuidado con la información!»; ésta última, quizás, incluida, por cuanto, en efecto, no se facilitó el pertinente documento para la prestación del consentimiento informado.

Asimismo, también se indicó que no era necesaria la prestación, por escrito, del consentimiento informado, por cuanto se trataba de una reintervención, con carácter de urgente —si bien es cierto que la misma había sido programada con antelación, y que había transcurrido un lapso temporal de un mes entre la primera y la segunda cirugía, lo que permite considerar que existió cierta autonomía, no sólo temporal, entre ambas intervenciones, circunstancia que justifica su consideración aisladamente— respecto de la cual no existía otra alternativa terapéutica,

amén del hecho de que, en todo ese tiempo, el menor había continuado en ingreso hospitalario en el mismo centro sanitario.

Sin embargo, lo cierto es que, ninguno de los criterios anteriores se integra en el tenor literal de los arts. 8 y 10.2 de la LAP que, ciertamente, son bastante taxativos al respecto, estableciendo, en relación a estos casos, que, para cada intervención quirúrgica, se deberá recabar un documento escrito de consentimiento informado *ad hoc*, máxime cuando la intervención no puede ser calificada como de urgencia, dado que, como acaece en el supuesto, la misma fue programada con la suficiente antelación; razón por la que, no era posible aplicar la regla excepcional contenida en el art. 9.2, letra b), de la Ley 41/2002; sobre todo cuando, el propio día 24 de febrero de 2009, sí que se había practicado una intervención quirúrgica de urgencia, al objeto de intentar remitir el resultado tan desfavorable de la primera cirugía, y, a pesar de ello, se procedió, pertinentemente, a informar a los padres de la cuestión, así como de la necesidad de la intervención, recabando, en adición, por escrito, su consentimiento para dicha urgente intervención quirúrgica.

A su vez, señala el Tribunal de Estrasburgo, que los riesgos individualizados del paciente no eran los mismos, por cuanto éste ya se había sometido a una intervención previa, hacía un mes, que, obviamente, había modificado su estado de salud, y debilitado considerablemente su organismo (*véase el párrafo 35 de la Sentencia del TEDH*); considerando inexplicable que los Tribunales españoles que habían resuelto previamente la cuestión, esto es, en primera instancia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Murcia, y, en sede casacional, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, no hubiesen aportado la correspondiente justificación argumental acerca de la consideración, como adecuado, de un acto que transgredió el tenor más literal de los preceptos normativos que resultaban de aplicación, los cuales, señalan, que todo acto quirúrgico requiere de la firma, *ad hoc*, de un consentimiento informado, principalmente, cuando el pronóstico del paciente no estaba claro; cuestión objetivable por cuanto, es lo cierto, que el posible riesgo de la operación, en efecto, se materializó, con nefastas consecuencias para el estado de salud del sr. Reyes Jiménez.

Tampoco era posible proceder a la intervención sobre la base de un consentimiento hipotético, en la idea de que, como se había aceptado la realización de la primera intervención, era previsible entender que se iba a acceder a la práctica de la reintervención. En efecto, a nuestro juicio, la teoría del consentimiento hipotético no resulta convincente a estos efectos, atendido el hecho de que, si el derecho de autonomía del paciente conlleva llevar a cabo un acto de voluntad que no puede ser vaticinado, en ese caso, una presunta aquiescencia para un acto médico lesionaría dicha autonomía de la voluntad, en tanto en cuanto ello presupone la posibilidad de predecirlo³⁹; contingencia que, como se ha indicado, está vedada.

³⁹ En esta línea, DÍAS LESTON, Leandro, «Consentimiento hipotético y autonomía del paciente. Una reconstrucción analítica del debate», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LXXV, 2022, pp. 746-747.

A. SOBRE LA VULNERACIÓN DEL ART. 8.1 DEL CONVENIO DE ROMA

A fin de constatar la efectiva conculcación de las prescripciones normativas contenidas, en el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo, considera que, para velar por el cumplimiento de tal precepto, es preciso que cada Estado miembro del Convenio de Roma asuma una serie de obligaciones positivas tendentes al respeto efectivo de la vida privada de sus ciudadanos (*véanse los párrafos 27 y 28 de la Sentencia objeto del presente comentario*).

En este sentido, y pese a que, el derecho a la salud —en este caso, en su vertiente destinada a la protección de la autonomía del paciente—, en sí mismo, no sea acreedor de protección específica desde el punto de vista del CEDH, y de sus Protocolos anexos, lo cierto es que los Estados sí han asumido esas obligaciones positivas destinadas al respeto de dicho ámbito de privacidad; obligaciones cuyo cumplimiento, no pasa únicamente por implementar un marco jurídico particular, que incluya una serie de medidas tendentes a su observancia, sino también por velar por su efectivo cumplimiento (*párrafo 31*).

Por consiguiente, en este ámbito, la imposición de un tratamiento médico prescindiendo del consentimiento del paciente, conlleva una vulneración del derecho a la integridad física que, a su vez, repercutiría en la causación de una sustancial afección al derecho previsto en el art. 8.1 del Convenio de Roma. Y ello, por cuanto, las personas que se exponen a un riesgo para su salud, deben poder acceder a la información completa que les permita ponderar ese riesgo, con carácter previo a la toma de decisiones (*párrafo 32*).

A mayor abundamiento, es lo cierto que, como no se recabó *ad hoc*, el consentimiento por escrito para esa específica intervención quirúrgica —la segunda—; lo que, a juicio del Tribunal de Estrasburgo, constituye una inobservancia de los deberes de información del personal sanitario establecidos *ex lege*, dicho incumplimiento, en consecuencia, trasciende al Estado, que debe asumir la responsabilidad sobre esta cuestión, con la trascendencia que ello comporta *ex art.* 8.1 CEDH, por cuanto no se dio cumplimiento, en este caso, a los requisitos del consentimiento informado, establecidos por el ordenamiento jurídico interno; parámetro que, como se ha indicado, reviste un carácter esencial, para valorar la cuestión, y sobre el que se incide en numerosas ocasiones, a lo largo de la Sentencia (*sin ánimo de ser exhaustivos, véanse los párrafos 30, 34 y 36*).

En idéntico sentido, la falta de respuesta, por parte de los Tribunales nacionales, en cuanto a las prescripciones de la legislación en materia de autonomía del paciente, y la taxativa necesidad de recabar un documento escrito de consentimiento informado, para cada intervención quirúrgica, específica e individualizada⁴⁰, concluyendo que era suficiente con la prestación verbal del consentimiento,

⁴⁰ Un ejemplo de ello sería la adecuación del consentimiento al cambio de médico interviniente en el acto; situación fáctica que apunta XIOL RÍOS, Juan Antonio, «El consentimiento...», cit., p. 142.

cuando es lo cierto que la normativa nacional exige un consentimiento por escrito y *ad hoc*, no coadyuva, sino a consolidar la efectiva vulneración del art. 8.1 del Convenio de Roma, siendo ésta la razón principal del sentido del pronunciamiento del Tribunal de Estrasburgo, que, como hemos anticipado, considera que se ha violado el art. 8 del citado Convenio, en virtud de que, tal conducta, constituye una injerencia en la vida privada del sr. Reyes Jiménez.

B. SATISFACCIÓN EQUITATIVA

El Tribunal de Estrasburgo condena al Estado español a abonar al demandante una satisfacción equitativa de 24.000 euros, en concepto de daños morales. Al respecto, creemos oportuno hacer mención, por cuanto puede resultar, a nuestro juicio, ilustrativo, a la alegación vertida por la parte demandada (*véase párrafo 41*), en relación con el montante total que solicitaba el demandante, el cual ascendía a tres millones de euros.

En este sentido, se afirmaba que, aun cuando pudiera declararse por parte del Tribunal de Estrasburgo la existencia de violación del art. 8.1 CEDH, no existía, en absoluto, motivo para condenar al abono de indemnización alguna, dado que, posteriormente, los padres del demandante de amparo podían, perfectamente, interponer un recurso de revisión, en vía interna, obteniendo, un nuevo pronunciamiento, y, en consecuencia, una indemnización por responsabilidad patrimonial.

Sin embargo, es lo cierto que la cuestión de referencia no debe inducir a confusión, por cuanto, en primer lugar, sí es procedente, a nuestro entender, la condena a esa satisfacción equitativa, efectuada por el Tribunal de Estrasburgo, por cuanto la misma, se incardina en el ámbito de sus competencias, *ex* art. 41 CEDH. Además, conviene matizar que, dicha satisfacción equitativa, tiene su origen causal, directo e inmediato, precisamente, en la constatada lesión —declarada, a estos efectos, por el propio Tribunal de Estrasburgo— del derecho tutelado por el art. 8.1 CEDH, pudiendo ser compatible con eventuales resarcimientos —éstos ya, a declarar, en su caso, en vía interna—, como consecuencia de otros daños causados, con independencia de la constatada violación del Convenio de Roma.

En este sentido, y de efectuarse correctamente, por ejemplo, la intervención quirúrgica en sí misma, el consentimiento informado, si es imperfecto, generaría, a nuestro juicio, el derecho a ser indemnizado por daños morales⁴¹, atendida la afeción, en este caso concreto, a la dignidad y autonomía de la voluntad de la persona⁴². También puede existir afeción a la libertad religiosa, *ex* art. 16 CE. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un testigo de Jehová, al que no se le informa de que se le va

⁴¹ En este sentido, XIOL RÍOS, Juan Antonio, «El consentimiento...», cit., pp. 136 y 146.

⁴² Obviamente, cuando se omite intencionadamente la información al paciente, su autonomía de la voluntad queda comprometida, en tanto en cuanto se le ha impedido adoptar una decisión libre. Cfr. DÍAS LESTON, Leandro, «Consentimiento hipotético...», p. 736.

a realizar una transfusión de sangre⁴³. En tal supuesto, pudieran quedar afectados, como bienes jurídicos protegidos, no sólo la libertad religiosa (tutelada asimismo en el art. 9 CEDH) y la integridad física, sino también la integridad moral (art. 15 CE).

HUERTA GARICANO matiza, en relación con el daño moral, que el mismo se generaría en su manifestación de «pérdida de oportunidad», por cuanto la deficiente información, unida al consentimiento, ha privado al paciente de la posibilidad de elegir otras alternativas al acto médico efectivamente practicado⁴⁴.

En este sentido, la STS, Sala de lo Civil, núm. 948/2011, de 16 de enero de 2012, ha vinculado la teoría de la «pérdida de oportunidad» con el derecho de autodeterminación del paciente, en razón de la ausente o deficitaria prestación del consentimiento informado.

En su fundamento de Derecho tercero, la resolución judicial de referencia trata de enlazar como decimos, el daño moral, a la defectuosa información proporcionada al paciente, o, en su caso, a la ausencia de la misma, mientras que el daño corporal aparece vinculado al derecho de autodeterminación, mediando relación de causalidad entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído al acto médico objeto del consentimiento informado.

En particular, en dicho fundamento de Derecho, se advierte lo siguiente:

«El daño que fundamenta la responsabilidad no es por tanto, atendidas las circunstancias de este caso, un daño moral resarcible con independencia del daño corporal por lesión del derecho de autodeterminación, sino el que resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo muy bajo y de su posterior materialización, de tal forma que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud del paciente».

En idéntico sentido se pronuncia la SAP de Cantabria, sección 3ª, núm. 442/2004, de 19 de noviembre de 2004⁴⁵.

En cualquier caso, tales daños morales han de ser objeto de prueba efectiva, y, por supuesto, de ponderación casuística o *ad hoc*, atendidas las circunstancias concurrentes en cada supuesto⁴⁶. En adición, si además de encontrarnos con

⁴³ Al respecto, véase XIOL RÍOS, Juan Antonio, «El consentimiento...», cit., p. 148.

⁴⁴ Cfr. HUERTA GARICANO, Inés, «La indemnización...», cit., pp. 155-156.

⁴⁵ La cuestión también ha sido tratada por MATE SATUÉ, Loreto Carmen, «La delimitación del concepto de daño moral: un estudio de la cuestión en el ordenamiento jurídico español», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2021, p. 302.

⁴⁶ Sobre la necesidad de efectuar una interpretación casuística, en relación a la vinculación del consentimiento informado con los derechos fundamentales, véase XIOL RÍOS, Juan Antonio, «El consentimiento...», cit., pp. 142 y 148.

un consentimiento informado incorrecto, a la sazón, perfeccionable, o incluso no prestado, concurre una mala praxis en el acto médico objeto del consentimiento, entonces sí existiría una afección real y directa a la integridad corporal o salud, y, por ende, se ocasionaría, también, un daño somático y/o psíquico efectivo, más allá de una simple pérdida de oportunidad por la privación de información acerca de diferentes alternativas terapéuticas.

5. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y SU RELACIÓN CON LA IMPRUDENCIA PROFESIONAL EN EL ÁMBITO PENAL

Como última cuestión a tratar dentro de esa plural dimensión a la que, como decimos, afecta el consentimiento informado, nos referiremos a su incidencia en los casos de imprudencia profesional, en el ámbito penal.

La imprudencia profesional, jurídico-penalmente relevante, comporta la infracción de deberes técnicos que sólo obligan a los profesionales en su ejercicio⁴⁷, fundamentándose en el «plus de atención y cuidado en la observancia de las reglas de su arte», quedando perfectamente definida cuando «se han omitido los conocimientos específicos que sólo tiene el sujeto por su especial formación, de tal manera que los particulares no tienen ese deber especial»⁴⁸.

La misma se circunscribe a los casos más graves y burdos de imprudencia⁴⁹, resultando atípica tanto la imprudencia profesional leve, como aquélla menos grave. Todo lo cual supone una manifestación del principio de mínima intervención, que, necesariamente, conlleva, recurrir al Derecho Penal, de forma limitada o restringida, sólo cuando sea indispensable para asegurar la interrelación de las personas en la comunidad⁵⁰; y, también, de su carácter fragmentario, que implica que la protección dispensada por el Derecho Penal, como sector del ordenamiento jurídico, no alcanza a todos los bienes jurídicos, sino sólo a los más importantes para la convivencia social, quedando su conocimiento limitado a

⁴⁷ Cfr. GUIASOLA LERMA, Cristina, *La imprudencia profesional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 28 y ss.

En relación con la imprudencia profesional de facultativos, véase también SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, GUANES NICOLI, Manuel Antonio, BALBUENA PÉREZ, Diego Eleuterio, *Responsabilidad penal por mala praxis médica*, Ed. Marben, Paraguay, 2016.

⁴⁸ En este sentido, véase la STS, Sala de lo Penal, núm. 547/2002, de 27 de marzo de 2002.

⁴⁹ Véase, al respecto, Romeo Casabona, Carlos María, «El tipo del delito de acción imprudente», en, *Derecho Penal, Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito* (dirs.: Romeo Casabona/Boldova Pasamar/Sola Reche), Ed. Comares, Granada, 2ª ed., 2016, pp. 144-145.

⁵⁰ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich, y Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (trad. a cargo de Olmedo Cardenete), Ed. Comares. Granada, 5ª ed., 2002, pp. 2 y pp. 28 y ss. En España, CERZO MIR, J., *Derecho Penal, Parte General*, Ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008, p. 7.

aquellas conductas que ataquen el bien jurídico de forma más intolerable o intensa⁵¹, lo que determina que dicho sector se ocupe más bien de una protección subsidiaria de tales bienes jurídicos⁵². Dicho carácter trata de evitar una inflación del Derecho Penal, que, indubitadamente, conduciría a una paralización de la vida social y a la inseguridad permanente de los ciudadanos⁵³.

En el ámbito sanitario, la determinación de los supuestos de imprudencia profesional jurídico-penalmente relevante, es una cuestión que resulta ser sumamente compleja, por cuanto, el tipo de lo injusto exige un resultado, y la respuesta del cuerpo humano, no siempre es la misma, a pesar de que concurra idéntica inobservancia del cuidado objetivamente debido.

En este sentido, la STS, Sala de lo Penal, núm. 805/2017, de 11 de diciembre de 2017, conocida por cuanto resuelve, en vía casacional, el caso de la trágica fiesta celebrada en el Pabellón «Madrid Arena», considera, en su fundamento de Derecho vigésimo, que:

«(...) la dificultad añadida de tratarse del ámbito médico, donde la respuesta del cuerpo humano a los tratamientos físicos, químicos, quirúrgicos o de cualquier otra índole ante una lesión o una enfermedad, siempre viene exenta de certeza y donde las probabilidades se concretan en mera estadística, alejada de los múltiples componentes, algunos desconocidos, que inciden la individualidad del caso concreto».

En el supuesto de hecho, el profesional médico encargado de la prestación de asistencia sanitaria en el evento deficientemente organizado, dejó de practicar la reanimación cardio-pulmonar a una serie de pacientes, creyendo que ya habían fallecido, cuando en verdad todavía no era así, si bien, finalmente fallecieron.

Inicialmente, se consideró, en la SAP de Madrid, sección 7ª, núm. 488/2016, de 21 de septiembre de 2016, que no era posible conocer si, aunque el médico hubiera practicado dichas reanimaciones durante el tiempo establecido protocolariamente —mínimo de 30 minutos—, las pacientes hubieran conservado su vida, por lo que no apreció la responsabilidad del sanitario.

No obstante, el Tribunal Supremo, modificó el criterio de la Audiencia y optó por proveer de importancia a la inobservancia efectiva del cuidado objetivamente debido, estableciendo, en el propio fundamento de Derecho vigésimo, lo siguiente:

⁵¹ Cfr. STS, Sala de lo Penal, núm. 691/2019, de 11 de marzo de 2020. CEREZO MIR, J., *Derecho Penal...*, cit., pp. 7 y 9, alude a las infracciones más graves de las normas de la ética social.

⁵² ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, T. I (trad. y notas por Luzón Peña y otros), Ed. Civitas, Madrid, 2ª ed., 1997, pp. 65 y ss. También, CEREZO MIR, J., *Derecho Penal...*, cit., p. 11.

⁵³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan José, y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones y materiales, Parte General*, Ed. Trotta, Madrid, 2ª ed., 2006, p. 95.

«(...) si no se hace nada, o lo que se hace es patentemente negligente, (...), no puede fundamentarse su absolución en el hecho de que, de todos modos, no se sabe cuál hubiera sido el desenlace».

Asimismo, señaló, en el mismo fundamento de Derecho, que «(...) no es de recibo justificar la postura del médico acusado, que desatiende escandalosamente su actuación profesional, nada menos que en un caso de urgencia vital, no poniendo los medios mínimos adecuados para intentar salvar la vida de la paciente»⁵⁴.

Y, aunque pueda apreciarse la concurrencia de un error de tipo respecto a la ponderación de si esa persona sigue o no con vida, siendo el mismo vencible, el resultado es el mismo: proceder a castigar la infracción jurídico-penal como imprudente.

Por otra parte, también se ha considerado que un supuesto de imprudencia profesional sanitaria, podría ser la no derivación del paciente, por descuido del médico de atención primaria, a un especialista, para que el mismo sea tratado de su dolencia, y que, como consecuencia de ello, se le desarrolle su enfermedad, ocasionándole la muerte por falta de recepción de tratamiento médico especializado⁵⁵. También podría ser, en el caso de las lesiones por imprudencia, *ex art. 152 del Código Penal*, la amputación de la extremidad equivocada, pese a consignarse en el documento de consentimiento informado cuál era la concreta extremidad a amputar.

A nuestro juicio, la no suscripción del documento de consentimiento informado, en los supuestos en que es preceptivo, no es susceptible de generar, *per se*, responsabilidad jurídico-criminal. Tampoco cuando media consentimiento informado por escrito, pero el mismo es incorrecto o perfeccionable. En estos casos, las consecuencias jurídicas quedarían circunscritas al ámbito civil, o, en los casos en los que la intervención se ha realizado en un centro médico de carácter público, al ámbito contencioso-administrativo⁵⁶, sirviendo dicha anuencia del paciente como fundamento para la sustanciación de una reclamación de responsabilidad patrimonial.

Sin embargo, un deficiente consentimiento informado puede suponer un signo revelador, no sólo de una inadecuada praxis médica, con carácter general, sino de una infracción de la *lex artis ad hoc*, provista de relevancia jurídico-criminal,

⁵⁴ Un estudio bastante completo de la imprudencia profesional médica en este supuesto, se encuentra en, BOLEA BARDON, Carolina, «La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2018. En particular, todas estas cuestiones se tratan en la página 18, exponiendo que existió un error de diagnóstico que supuso que a las personas fallecidas se les dejó de aplicar el tratamiento médico adecuado.

⁵⁵ Ejemplo propuesto en, BOLEA BARDON, Carolina, «La responsabilidad penal del médico...», cit., p. 16.

⁵⁶ Sin perjuicio de su trascendencia, a efectos constitucionales, o de eventual vulneración del Convenio de Roma, y, en particular, de su artículo 8.1; cuestiones ya puestas de relieve en el presente trabajo.

cuando además, v.gr., el acto médico se ha llevado a cabo inobservando el cuidado objetivamente debido en la profesión, con un resultado lesivo del bien jurídico, salud/vida.

A este respecto, un consentimiento informado incompleto, puede contribuir a corroborar documentalmente, que se ha inobservado el cuidado objetivamente debido; elemento típico verdaderamente trascendente a los efectos de articular la imprudencia. De hecho, hay posicionamientos en favor de la teoría del aumento del riesgo, y en contra de la teoría de la evitabilidad, enfatizándose la relevancia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido en sí misma, minimizando la de los criterios de imputación objetiva del resultado, cuando se ha señalado que: «es misión imposible tratar de comprobar en términos hipotéticos cuál habría sido la evolución de los hechos de haberse realizado la actuación jurídicamente correcta»⁵⁷.

En sentido similar, además de la resolución judicial casacional del caso «Madrid Arena», la jurisprudencia más vetusta, a la que la propia resolución judicial citada se remite.

En concreto, la STS, Sala de lo Penal, de 08 de junio de 1989, que, en su fundamento de Derecho cuarto, afirma lo siguiente:

«(...) tampoco es óbice para casar la sentencia en el sentido que se ha indicado, el hecho de que no se haya demostrado la relación de causalidad entre la acción enjuiciada y las lesiones producidas, o, lo que es lo mismo, no podemos saber si de haber tenido lugar el internamiento se hubiera o no causado el mismo resultado lesivo. Esta circunstancia, decimos, no es impedimento para una sentencia penal condenatoria porque, en casos como el enjuiciado, no se trata de concretar esa relación causal, de una manera tajante (ello sería siempre imposible), sino de juzgar conductas imprudentes por sí mismas que sirvan de lógico vehículo a un desenlace penalmente sancionable».

Asimismo, la STS, Sala de lo Penal, de 26 de febrero de 1990, en su fundamento de Derecho primero, apartado cuarto, se pronuncia en el sentido que sigue:

«(...) Para que un resultado típico sea objetivamente imputable al sujeto no es necesario que éste lo cause física y materialmente, siendo suficiente, desde una perspectiva social y jurídica, que no haya puesto todos los medios para precaverlo, cuando le corresponde una específica función de evitarlo».

⁵⁷ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *El comportamiento alternativo conforme a Derecho*, Ed. B de F, Buenos Aires, Argentina, 2017, p. 123. En idéntico sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, «¿Relevancia de los comportamientos alternativos a Derecho en la imputación objetiva del resultado?», en, *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal. Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho penal en homenaje al profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor «Honoris Causa» por la Universidad Complutense de Madrid* (eds.: Gimbernát Ordeig/Schünemann/Wolter), Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho UCM y Centro de Estudios Judiciales, Madrid, pp. 104 y ss.

En los casos de imprudencia, el daño constatado a la integridad corporal y salud, e incluso, el daño moral derivado de la imperfecta suscripción del consentimiento informado, se verían resarcidos, en el propio proceso penal, o, de mediar reserva de acciones civiles, en vía civil ulterior, en calidad de responsabilidad civil «*ex delicto*». E, incluso, cuando se ha renunciado al ejercicio de la acción civil, será posible, en determinados supuestos, p. ej., cuando finalmente se constatan daños de mayor entidad la revocación, para el proceso penal, de dicha renuncia, retomando el ejercicio de la acción civil; novedosa cuestión incluida en el art. 112, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la reforma de la misma operada por la disposición final primera de la Ley Orgánica 10/2022, de 06 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

El consentimiento informado también puede incidir notablemente en la exención de responsabilidad criminal. En este sentido, se prevé, en el art. 156 del Código Penal, que, en los casos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, de esterilizaciones y de cirugía transexual, realizados por facultativo; actos médicos para los que objetivamente se requiere de la prestación del consentimiento informado por escrito; la suscripción de un consentimiento correcto, libre y válido, opera, a nuestro juicio, como causa de atipicidad de la conducta lesiva⁵⁸, atendida la disponibilidad general del bien jurídico salud, si bien se ha considerado que tiene naturaleza jurídica de causa de justificación, en razón del contexto situacional del consentimiento, ajeno a lo injusto específico⁵⁹.

En cualquier caso, es lo cierto que, si el consentimiento informado es perfeccionable, porque se ha prestado por un menor de edad, o por una persona carente de aptitud⁶⁰, o bien, en su suscripción ha mediado la entrega de una cantidad de dinero o, en su caso, algún tipo de recompensa, ello pudiera suponer, no sólo la invalidez del propio consentimiento, sino también la consideración de la conducta quirúrgica como típica, contribuyendo los defectos en el mismo a reforzar sustancialmente, la exigencia, en su caso, de responsabilidad criminal.

⁵⁸ También defienden la naturaleza de causa de atipicidad del consentimiento en este ámbito, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, «Operaciones sexuales: Castración, esterilización y especial estudio del transexualismo», en, *Derecho médico* (coords.: Martínez Calcerrada *et al.*), Vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 417, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, «Derecho a la integridad física y esterilización de disminuidos psíquicos», *Revista jurídica de Cataluña*, Vol. 94, núm. 3, 1995.

⁵⁹ Díez RIPOLLÉS, José Luis, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial* (coords.: Díez Ripollés, Gracia Martín y Laurenzo Copello), Vol. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 579. En sentido parecido, ROMEO CASABONA, Carlos María, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 265, y HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, «El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento» en, *Derecho Penal, Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito* (coords.: Romeo Casabona, Boldova Pasamar y Sola Reche), Ed. Comares, Granada, 2ª ed., 2016, p. 255.

⁶⁰ Lo que corrobora la necesidad de apoyo representativo en los casos de discapacidad. Al respecto, GONZÁLEZ CARRASCO, Mª Carmen, «La prestación del consentimiento...», cit., p. 239.

6. CONCLUSIONES: LA TRASCENDENCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

En definitiva, y como se ha podido comprobar, a raíz de este análisis —perentorio, a nuestro entender— de la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo, de fecha 08 de marzo de 2022, dictada en el asunto Reyes Jiménez contra España, la información preasistencial y la prestación por escrito del consentimiento informado para la práctica de una intervención quirúrgica; asentimiento que, debe ser específico, además de adecuado a las particulares circunstancias de cada episodio, individualmente considerado, no es una mera cuestión burocrática, provista de trascendencia menor, sino todo lo contrario; es un acto médico que forma parte del buen hacer de los profesionales sanitarios, y, por supuesto, atendidos los riesgos y el posible devenir desfavorable de tales intervenciones quirúrgicas, se trata de una cuestión sumamente relevante a efectos de efectiva tutela y observancia, tanto de los derechos constitucionales, como de aquéllos amparados por el Convenio de Roma; sin que tal cuestión, en modo alguno, pueda ser calificada, prematuramente, como carente de cualquier tipo de relevancia a efectos decisorios del pleito, por cuanto, ciertamente, puede conformar una parte sustancial del objeto del mismo.

Por su parte, a efectos penales, el consentimiento informado únicamente puede servir como signo indiciario que coadyuve a circunstanciar o a acreditar la existencia de una omisión más burda del deber objetivo de cuidado, susceptible, ésta sí, de generar responsabilidad jurídico-criminal, por la comisión de una imprudencia profesional grave, jurídico-penalmente relevante.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides Francisco, «El consentimiento informado en el Derecho médico», *Derecho y Cambio Social*, Año 6, núm. 18, 2009.
- BAUZÁ MARTORELL, Felio José, «Responsabilidad patrimonial sanitaria: autonomía de la voluntad del paciente y documento de consentimiento informado», *DS: Derecho y Salud*, Vol. 29, núm. extra 1, 2019 (Ejemplar dedicado a: Extraordinario XXVIII Congreso 2019: Ética, Innovación y transparencia en Salud), pp. 134-142.
- BOLEA BARDON, Carolina, «La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2018.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan José, y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones y materiales, Parte General*, Ed. Trotta, Madrid, 2ª ed., 2006.
- CADENAS OSUNA, Davinia, *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.

- CEREZO MIR, J., *Derecho Penal, Parte General*, Ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, «El menor: un paciente complicado, al menos desde el punto de vista legal», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013 (Ejemplar dedicado a: Derecho Sanitario: acceso a la sanidad, responsabilidad civil, medicamentos, seguros médicos y seguridad alimentaria), Disponible en: <https://bit.ly/3lYjID1> [Consulta: 24 de noviembre de 2022], pp. 289-305.
- DÍAS LESTON, Leandro, «Consentimiento hipotético y autonomía del paciente. Una reconstrucción analítica del debate», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LXXV, 2022, pp. 729-752.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial* (coords.: Díez Ripollés, Gracia Martín y Laurenzo Copello), Vol. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, «Derecho a la integridad física y esterilización de disminuidos psíquicos», *Revista jurídica de Cataluña*, Vol. 94, núm. 3, 1995, pp. 683-704.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, *El comportamiento alternativo conforme a Derecho*, Ed. B de F, Buenos Aires, Argentina, 2017.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M^a. Carmen, «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad», *Derecho Privado y Constitución*, 39, julio-diciembre 2021. Disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.39.01> [Consulta: 23 de noviembre de 2022], pp. 213-247.
- GONZÁLEZ MORÁN, Luis, «La figura y función del "representante" en la legislación sobre instrucciones previas (ley 41/2002 y legislación autonómica), en, *Los avances del derecho ante los avances de la medicina* (coords.: Adroher Biosca, de Montalvo Jääskeläinen, Corripio Gil-Delgado, Veiga Copo), 2008, pp. 635-652.
- GUISASOLA LERMA, Cristina, *La imprudencia profesional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, «El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento», en, *Derecho Penal, Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito* (coords.: Romeo Casabona, Boldova Pasamar y Sola Reche), Ed. Comares, Granada, 2^a ed., 2016, pp. 241-256.
- HUERTA GARICANO, Inés, «La indemnización por defectos en la prestación del consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 16, julio-diciembre de 2011, pp. 151-158.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (trad. a cargo de Olmedo Cardenete), Ed. Comares. Granada, 5^a ed., 2002.
- MARTÍNEZ-DOALLO, Noelia, *El consentimiento informado del paciente como derecho fundamental y como derecho subjetivo*, Tesis doctoral dirigida por José Antonio Seoane (dir. tes.), Universidade da Coruña, 2020.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, «¿Relevancia de los comportamientos alternativos a Derecho en la imputación objetiva del resultado?», en, *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal. Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho penal en homenaje al profesor Claus Roxin con*

motivo de su investidura como Doctor «Honoris Causa» por la Universidad Complutense de Madrid (eds.: Gimbernát Ordeig/Schünemann/Wolter), Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho UCM y Centro de Estudios Judiciales, Madrid, pp. 104 y ss.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, «Operaciones sexuales: Castración, esterilización y especial estudio del transexualismo», en, *Derecho médico* (coords.: Martínez Calcerrada *et al.*), Vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.

MATE SATUÉ, Loreto Carmen, «La delimitación del concepto de daño moral: un estudio de la cuestión en el ordenamiento jurídico español», *Revista Boliviana del Derecho*, núm. 32, 2021, pp. 278-313.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

—, Del mismo, «El tipo del delito de acción imprudente», en, *Derecho Penal, Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito* (dirs.: Romeo Casabona/Boldova Pasamar/Sola Reche), Ed. Comares, Granada, 2ª ed., 2016, pp. 133-148.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, T. I (trad. y notas por Luzón Peña y otros), Ed. Civitas, Madrid, 2ª ed., 1997.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles, «Dependencias, discapacidades y capacidades especiales», en, *Tratado de Derecho y Envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad* (coord.: Romeo Casabona), Escuela de Pensamiento, Fundación Mutualidad Abogacía, Wolters Kluwer España, S.A., Madrid, 2021, pp. 571-606.

SANTOS MORÓN, M^a. José, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, GUANES NICOLI, Manuel Antonio, y BALBUENA PÉREZ, David Eleuterio, *Responsabilidad penal por mala praxis médica*, Ed. Marben, Paraguay, 2016.

XIOL RÍOS, Juan Antonio, «El consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 16, julio-diciembre de 2011, pp. 127-149.

8. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección Tercera, de 08 de mayo de 2022, asunto 57020/18, Reyes Jiménez contra España.

STC, Sala Segunda, núm. 37/2011, de 28 de marzo de 2011.

STS, Sala de lo Penal, de 08 de junio de 1989.

STS, Sala de lo Penal, de 26 de febrero de 1990.

STS, Sala de lo Penal, núm. 547/2002, de 27 de marzo de 2002.

STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de febrero de 2004.

STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 04 de abril de 2006.

STS, Sala de lo Civil, núm. 948/2011, de 16 de enero de 2012.

- STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de septiembre de 2012.
- STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de septiembre de 2012.
- STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 782/2017, de 09 de mayo de 2017.
- STS, Sala de lo Penal, núm. 805/2017, de 11 de diciembre de 2017.
- STS, Sala de lo Penal, núm. 691/2019, de 11 de marzo de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, núm. 589/2021, de 08 de septiembre de 2021.
- STSJ de las Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 509/2009, de 01 de julio de 2009.
- STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 226/2015, de 20 de marzo de 2015.
- SAP de Cantabria, sección 3ª, núm. 442/2004, de 19 de noviembre de 2004.
- SAP de Madrid, sección 7ª, núm. 488/2016, de 21 de septiembre de 2016.

MATERIALES

MATERIALS

INFORME DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL, A PETICIÓN DEL GOBIERNO DE ARAGÓN, SOBRE «LAS REFORMAS A INTRODUCIR EN EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN PARA EL MEJOR AJUSTE A LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, HECHA EN NUEVA YORK EL 13 DE DICIEMBRE DE 2006, Y AL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL»

El borrador del informe fue elaborado por su entonces presidente Jesús Delgado Echeverría, cumpliendo el encargo recibido de la Comisión, que lo aprobó por unanimidad en su pleno de 22 de abril de 2022, bajo la presidencia interina de Fernando García Vicente (Acta núm. 280 de las de la Comisión).

I. ANTECEDENTES

1. EL ENCARGO RECIBIDO

Con fecha de 17 de junio de 2021 el Vicepresidente y Consejero de Industria, Competitividad y Desarrollo empresarial D. Arturo Aliaga López se dirigió a esta Comisión en Solicitud de Informe sobre las reformas a introducir en el Código del Derecho Foral de Aragón para el mejor ajuste a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y al Derecho procesal español.

En su escrito refería hechos y desarrollaba consideraciones que son de la mayor importancia para determinar la índole, límites y finalidad del presente Informe.

Hacía referencia, en primer lugar, a la publicación en el BOE de la Ley 8/2021, de 2 de julio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; ley que pretende dar un paso decisivo en la adecuación del ordenamiento jurídico estatal a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, CDPD).

«Tanto la Convención de Nueva York como la Ley Estatal 8/2021 —afirmaba— suponen un trascendental cambio de paradigma en lo que a la regulación en materia de capacidad jurídica se refiere».

Constataba a continuación que la competencia para legislar sobre esta materia en el ámbito del Derecho civil

corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón, que ya cuenta con su propia regulación al efecto en los artículos 34 a 45 y 100 a 169 del Código del Derecho Foral de Aragón; de manera que a esta Comunidad corresponde determinar «cómo se debe regular esta materia, el momento en que deba hacerse así como la forma y manera de adaptar, modificar o derogar el Derecho vigente para ajustarlo a los principios de la Convención».

El escrito de la Vicepresidencia concluía del siguiente modo, concretando así la razón de su solicitud de Informe y el ámbito en el que el mismo ha de desarrollarse:

«A la vista de lo anterior, y dado el gran cambio de paradigma que en materia de capacidad jurídica suponen tanto la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, como la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, **se solicita a la Comisión Aragonesa de Derecho civil que emita informe sobre las reformas a introducir en el Código del Derecho Foral de Aragón para el mejor ajuste a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y al Derecho procesal español.**»

2. ESCRITOS DEL JUSTICIA Y DEL GOBIERNO DE ARAGÓN

2.1. Este encargo o solicitud de Informe se producía dos días más tarde de que el Justicia de Aragón, en escrito firmado por su Lugarteniente, se dirigiera al Sr. Presidente del Gobierno de

Aragón, solicitando «información sobre reforma legislación civil y procesal relaciones tutelares».

En este escrito del Justicia de Aragón se hacía notar que la «modificación legal material (la que afecta entre otras normas materiales al Código civil)» introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, «no presenta afección alguna a nuestro derecho civil propio, que sigue estando vigente y directamente aplicable»; si bien no ocurre lo mismo con las modificaciones en derecho procesal (Leyes de enjuiciamiento civil y de jurisdicción voluntaria), lo que pudiera llevar «a que el derecho civil aragonés en la materia se viera privado, o cuando menos con dificultades interpretativas, de mecanismos de ejercicio del mismo ante los órganos jurisdiccionales». Por estas razones concluía:

«Por ello resulta procedente la apertura de este expediente de oficio, a fin de dirigirnos desde el Justiciazgo tanto al Gobierno de Aragón como a sus Cortes a fin de conocer las posibles actuaciones normativas en la materia que puedan estar produciendo o se tenga previsto iniciar, y en especial en relación con la actuación que en la materia ostenta la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, regulada en el Decreto 10/1996, de 20 de febrero».

Y rogaba al Sr. Presidente del Gobierno que «en cumplimiento de la obligación legal de auxilio al Justicia de Aragón en el ejercicio de sus funciones, nos informe sobre la cuestión planteada».

2.2. Este escrito fue contestado por el Gobierno de Aragón, a través de su Vicepresidencia, por escrito firmado electrónicamente el 12/06/2021 por el Director General de Desarrollo Económico y Programas Europeos, pues, como dice, a esta Dirección General

corresponde pronunciarse sobre el caso, en virtud de los arts. 4 y 5 del Decreto 27/2020, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Vicepresidencia.

Esta «contestación queja 21/1110/01 solicitud de información sobre reforma de legislación civil y procesal en materia de relaciones tutelares» introduce un «breve análisis sobre la situación que se plantea en nuestra Comunidad Autónoma tras la reciente aprobación, por parte del Estado, de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en el que se subraya que la citada Ley estatal «pretende dar un paso decisivo en la adecuación del ordenamiento jurídico estatal a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006», lo que supone «un trascendental cambio de paradigma en lo que a la regulación en materia de capacidad jurídica se refiere. En el actual sistema aplicable a las personas con discapacidad predomina la sustitución de las mismas en la toma de las decisiones que les afectan, mientras que en el nuevo sistema que se contiene en la convención y en la citada ley prevalece el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona discapacitada quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones».

Puesto que la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, fue ratificada por el Estado Español el 30 de marzo de 2007 (BOE de 21 de abril de 2008) y entró en vigor el 3 de mayo de 2008, desde ese

momento forma parte de nuestro ordenamiento (art. 96 CE) y la legislación interna debe cumplir, para empezar, con las obligaciones generales que señala el art. 4 de la misma (que enumera). «El cumplimiento de esta norma implica —sigue diciendo el informe del Gobierno de Aragón— la desaparición de la figura de la incapacitación. Ya no hay personas incapaces, sino personas que para ejercer su capacidad necesitan medidas de apoyo para completar lo que hasta ahora se llamaba capacidad de obrar, expresión que ahora se diluye en un solo concepto, el de capacidad jurídica que tiene todo ser humano por el hecho de serlo y que es una cualidad inherente a la personalidad».

Tras constatar que la CDPD obliga y vincula a todos los poderes públicos que conforman el territorio español, es decir, tanto al Estado, como a las Comunidades Autónomas, en cada uno de los ámbitos de su competencia, el Informe introduce una cuestión clave: la competencia autonómica sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral (art. 149.1.8ª CE), reconocida para la Comunidad Autónoma de Aragón en su Estatuto de Autonomía, arts. 71, 2º y 3º: «Conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes», así como «Derecho procesal derivado de las particularidades del Derecho sustantivo aragonés».

Continúa el Informe con interesantes consideraciones sobre la Ley 8/2021, «una norma de hondísimo calado», especialmente en la parte que modifica el Código civil, para pasar al análisis de cómo afecta esta modificación del Código a la legislación civil aragonesa, distinguiendo con acierto «1. Materias civiles sobre las que la Comunidad Autónoma tiene

competencia y, además, ha establecido una regulación propia», «2. Materias civiles que son competencia exclusiva del Estado» y «3. Materias civiles de competencia aragonesa, pero que no han sido reguladas por la Comunidad Autónoma». «Más complicado —sigue diciendo, y no podemos estar más de acuerdo— resulta, en la práctica, determinar cómo se resuelve la aplicación de las normas procesales en nuestra Comunidad Autónoma», apuntando ya dos escenarios distintos: la aplicación de las normas civiles aragonesas vigentes en el momento (por ejemplo, el «artículo 38 CDEA actualmente no podría aplicarse en la práctica porque la Ley 8/2021 ha modificado la Ley de Enjuiciamiento Civil, suprimiendo el sistema de incapacitación») y la situación posterior a una reforma de la materia civil por el legislador aragonés.

El Informe concluía que

«Desde el Gobierno de Aragón se considera prioritario proceder, a través del máximo órgano consultivo en derecho foral aragonés, la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, a analizar: de un lado si el Código del Derecho Foral de Aragón tiene que reformarse o no, para adaptarlo a la nueva realidad en materia de capacidad jurídica que diseña la Convención. También resulta necesario aclarar si la legislación procesal aprobada por el Estado resultaría compatible o no con la regulación aragonesa vigente en la materia. En este último caso y de no ser así, habría que plantearse la posibilidad de que las Cortes de Aragón dictaran una ley al efecto, en el ejercicio de la competencia exclusiva de Aragón en materia de “Derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés”».

Y terminaba anunciando que

«Por todo ello, con fecha 17 de junio de 2021, desde la Vicepresidencia del Gobierno de Aragón, se ha solicitado a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil que emita un informe sobre las reformas a introducir en el Código del Derecho Foral de Aragón para el mejor ajuste a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y al Derecho procesal español. La finalidad de este informe es que desde dicho órgano consultivo se prepare un anteproyecto de ley de modificación del código de derecho foral y en su caso se indique qué reformas procesales deben de emprenderse».

2.3. Con posterioridad (¿fecha?), el Justicia de Aragón (con firma P. A. de su Lugarteniente) resolvió

«Realizar SUGERENCIA al Gobierno de Aragón, en comunicación a su Vicepresidencia, para que, previo dictamen de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, y con carácter urgente, utilizándose en su caso la figura del Decreto Ley, se proceda dotar al ordenamiento jurídico aragonés de instrumentos normativos que permitan la aplicación de las particularidades de nuestro Derecho Foral en materia de capacidad jurídica y figuras anexas y accesorias, ante la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica».

Se resuelve asimismo «dar traslado de esta resolución a las Cortes de Aragón para su información y, en su caso, adopción de medidas en virtud de lo en ella expuesto», de todo lo cual se dio también noticia a los medios de comunicación.

En los fundamentos de la resolución y sugerencia del Justicia de Aragón se recuerda que

«viene siendo latente desde hace años, que nos enfrentábamos a un importante problema en el ámbito de nuestro derecho foral ante la reforma de la legislación estatal en la materia, lo que llevó a que ya en los XXIX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, en la sesión celebrada en Teruel el día 19 de noviembre de 2019, se afrontara la cuestión. El título de dicha jornada fue “La nueva normativa aragonesa en materia de discapacidad a la luz de la convención de Nueva York. Visión de conjunto y novedades procesales”. Los tres ponentes D. Rafael López-Melúz Marzo, la abogada Dña. Nuria Souto Abad y la profesora Dña. M^a Victoria Mayor del Hoyo, abordaron la cuestión», respecto de la que se reproducen unas páginas de esta última profesora.

Más adelante se insiste en que

«Queda patente que tanto el mundo académico como el profesional, e incluso nos atrevemos a decir el jurisdiccional, ha sido consciente de la amenaza de una compleja situación en la aplicación material del Derecho Foral aragonés, en especial en el ámbito procesal, tras la modificación del marco jurídico estatal en la adaptación producida en el mismo a la Convención de Nueva York llevada a cabo por la Ley 8/2021. Tan es así esta preocupación que una de las jornadas de los próximos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, en concreto la que se celebrará el próximo 9 de noviembre en Zaragoza [...] se dedicará a afrontar en profundidad la cuestión, encargando a la profesora Dña. Aurora López Azcona la ponencia *La necesaria reforma del Código Aragonés a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los*

derechos de la personas con discapacidad, la cual estará acompañada por el notario D. Adolfo Calatayud y el Magistrado D. Armando Barreda».

Para subrayar la importancia y urgencia de la solución de estos problemas, se reproducen unas páginas del «trabajo, a fecha de hoy pendiente de publicar, firmado por una de las mayores autoridades en materia de Derecho Foral Aragonés, como lo es la catedrática de Derecho Civil, Dña. Carmen Bayod López, en el trabajo titulado: *Efectos de la reforma en materia de discapacidad en relación con los derechos civiles territoriales*».

La Comisión Aragonesa de Derecho Civil, aludida directamente en la Resolución y Sugerencia del Justicia de Aragón, tuvo conocimiento de esta a través de la Dirección General de Desarrollo Estatutario y la ha tenido muy en cuenta en todas sus actuaciones posteriores.

2.4. El Gobierno de Aragón, a través de la Dirección General de Desarrollo Estatutario, procedió a contestar a esta Sugerencia en fecha de 12 de agosto de 2021.

Haciendo referencia a nuestra reunión de 12 de julio y los debates mantenidos en ella, así como a opiniones recabadas del Departamento de Ciudadanía y Derechos Sociales y de la Dirección General de Servicios Jurídicos, entiende que no parece que haya una clara urgencia por proceder a dictar una norma como el decreto-ley en el sentido indicado en la Sugerencia del Justicia de Aragón; más aún, un Decreto-Ley que estableciera como Derecho procesal aragonés las normas procesales que el Estado acababa de derogar sería improcedente, por profundas razones constitucionales. «No parece lógico —afirma— que quienes ostentan en Aragón la potestad

legislativa procedan a dictar disposiciones legislativas contrarias o que corrijen lo establecido por disposiciones legislativas estatales declarado vigente lo derogado por el Estado, por cuanto dicho proceder nos llevaría a crear una profunda situación de inseguridad jurídica, vulneraría claramente el principio de lealtad institucional, y podría dar lugar a la correspondiente declaración de inconstitucionalidad».

Se considera que, a partir del 3 de septiembre, el vigente Derecho sustantivo aragonés, mejor adaptado a la Convención de Nueva York que el Código civil antes de su reforma, hallaría cauces procesales adecuados para la aplicación de sus figuras de atención a las personas con discapacidad, como podían ser la curatela y la guarda de hecho. Cuestión distinta es que, una vez modificado el CDFA para ajustarlo a los principios básicos contenidos en la CDPD, pudieran también introducirse algunas especialidades procesales derivadas de nuestro derecho sustantivo en la materia.

Se recuerda de nuevo la petición de Informe hecha a esta Comisión el 17 de junio, así como la conveniencia de esperar a conocer las reflexiones que se esperan en el Foro de Derecho Aragonés de noviembre. La Contestación concluye:

«Desde el Gobierno de Aragón entendemos que la adaptación a la Convención de Nueva York requiere un profundo proceso de reflexión y desde este mismo momento en nuestra Comunidad Autónoma, de manera que a lo que se tendería en Aragón en la futura nueva redacción del Código de Derecho Foral es a poder suprimir el recurso a la incapacitación, pudiendo quedar la tutela sólo para menores y la curatela para los adultos».

3. ACTUACIONES DE LA COMISIÓN

3.1. Sesión de 12 de julio de 2021.

La primera actuación formal de la Comisión fue su reunión en Sesión de 12 de julio de 2021, no presencial, mediante videoconferencia organizada por la Dirección General. En ella (además de aprobar un anteproyecto de ley según se nos había encargado el 10 de junio anterior, sobre el art. 348 CDFA) abordamos un tercer punto del orden del día del siguiente tenor: «Las modificaciones que en el CDFA podrían introducirse para el mejor ajuste a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y al Derecho procesal español, después de la Ley estatal 8/2021». Se observará que, en lo esencial, el enunciado coincide literalmente con el objeto del Informe solicitado por la Vicepresidencia el 17 de junio. En aquel momento éramos conscientes de que, para realizar el Informe solicitado, era necesario un profundo estudio que llevaría tiempo. Para entonces ya se habían producido en Aragón, como en el resto de España, más intervenciones públicas, artículos de revista y ponencias en Congresos que sobre cualquier otra materia de Derecho civil, y la polémica y las intervenciones de expertos y profesionales del Derecho (jueces, abogados, notarios...) no había hecho más que empezar.

Los miembros de la Comisión intervinimos en el debate mostrando actitudes muy diferentes frente a la ley estatal, a la Convención de Nueva York (2006) y a la Observación General 1 del Comité (2014), así como respecto de las propuestas legislativas aragonesas más adecuadas. Una reforma en profundidad del CDFA podía parecer necesaria o inevitable, pero no debía abordarse de inmediato. Nuestras opiniones fueron

conocidas por el Gobierno a través del Director General, presente en la reunión, y del Acta detallada de la misma que refleja con detalle lo debatido. Por estar relacionado con el orden del día, el Director General nos informó del expediente abierto por el Justicia de Aragón y de como su Lugarteniente les había transmitido su preocupación por los efectos que esta ley pudiera tener, en materia procesal sobre todo, pues creen que hay un vacío y que va a ser muy complicado de gestionar. Algunos vocales, en la línea de la resolución del Justicia, sugieren la oportunidad de que intervengan de urgencia las Cortes o el Gobierno (mediante Decreto-Ley, en su caso) con instrumentos normativos que fijen, antes del 3 de septiembre, la vigencia del CDFA y mantengan en vigor los textos derogados de las leyes procesales, como forma de abordar los problemas que se plantearán en los juzgados con la entrada en vigor de la Ley 8/2021. No hubo acuerdo al respecto.

Conocemos la existencia de un «plan de acción integral para las personas con discapacidad en Aragón 2021-2024» que prepara el Departamento de Ciudadanía y Derecho Sociales (IASS), y el Director General de Desarrollo Estatutario nos informa de una reunión, prevista antes de final de mes, que va a tener con la Directora Gerente del IASS. Todo ello puede ayudar a conformar el criterio de la Comisión. Por otra parte, es de todos sabido que en noviembre hay anunciada una ponencia del Foro de Derecho Aragonés dedicada a esta cuestión, en la que interviene el vocal de esta Comisión Adolfo Calatayud, junto a la profesora Aurora López Azcona y el Juez Armando Barreda Hernández. Para responder adecuadamente a la consulta del Gobierno de Aragón sobre las reformas a introducir en el

CDFA en esta polémica materia, parece prudente esperar al desarrollo de esta Jornada que, como dice el Justicia de Aragón en su Resolución y Sugerencia, «podrá ser un magnífico instrumento de reflexión jurídica y puesta en común de reflexiones sobre la situación de la cuestión», aunque tenga lugar después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

3.2. «Jornadas de convivencia y reflexión: Reforma del régimen de la capacidad jurídica de las personas». Monasterio de Rueda, días 19 y 20 de noviembre de 2021.

Por iniciativa del Presidente de la Comisión, apoyada de inmediato y puesta en marcha con toda diligencia por la Dirección General de Desarrollo Estatutario, vivimos estas densas horas de convivencia y reflexión, con dos objetivos interrelacionados. Por una parte, mantener un diálogo en profundidad con algunos de los agentes sociales que más directamente se ven interpelados por los cambios normativos, junto con algunos expertos destacados en la materia. Por otra, reflexionar los miembros de la Comisión en un ambiente informal y avanzar en la concreción de los criterios para una reforma del CDFA en materia de capacidad jurídica de las personas, al tiempo que hacíamos previsiones sobre nuestras formas de organización y trabajo para la que entendíamos una nueva etapa de la Comisión creada en 1996.

En cuanto a la primero, por invitación de la Dirección General acudieron representantes del Departamento de Ciudadanía y Servicios Sociales, el Juez Armando Barreda en representación de la judicatura, y las profesoras Carmen Bayod López y Aurora López Azcona, como miembros del Grupo de Investigación y Desarrollo del Derecho civil aragonés de la Universidad de Zaragoza.

Respecto de lo segundo, previsiones sobre formas de organización y trabajo, además de nuestras propias reflexiones, la Dirección General nos dio a conocer el borrador de un Decreto del Gobierno de Aragón por el que se habría de regular la Comisión, en sustitución del vigente Decreto 10/1996, de 20 de febrero.

Para formar criterios compartidos para la futura ley, el vocal Adolfo Calatayud nos había enviado unas «Propuestas iniciales» o «dilemas para empezar a hablar», con 29 cuestiones sobre las que habríamos de tomar postura. Quedamos en que iríamos estudiando la materia con el objeto de presentar propuestas por escrito de las líneas básicas que deberían inspirar la reforma que debemos acometer de nuestro Código, a fin de debatirlas la segunda quincena de enero.

El recrudecimiento de la pandemia (en Rueda dieron positivo algunos de los intervinientes) hacía desaconsejable una reunión a finales de enero, lo que no fue obstáculo para que los miembros de la Comisión intercambiaran por correo electrónico numerosas notas y escritos, así como información de publicaciones y congresos expresivos de la recepción social, judicial y académica de la ley 8/2021 y sus repercusiones en Aragón.

3.3. Modificaciones personales en la composición de la Comisión

Con anterioridad a la Jornada de Rueda, la vocal Carmen Betegón nos había anunciado su intención de presentar su dimisión como miembro de la Comisión, por razones personales.

En la sesión de 16 de febrero de 2022 presentó su dimisión el vocal José Manuel Enciso, quien la formalizó de inmediato.

En el BOA de 2 de marzo de 2022 se publicó el DECRETO de 24 de febrero de 2022, del Presidente del Gobierno de Aragón, por el que se dispone la sustitución de dos miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. En él se dispone, «Primero.- El cese, a petición propia, de don José Manuel Enciso Sánchez y doña Carmen Betegón Sanz, como vocales de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, agradeciéndoles los servicios prestados. Segundo.- El nombramiento como vocales de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil de doña María del Carmen Bayod López y doña Aurora López Azcona».

Las nuevas vocales se incorporaron a la sesión del mismo día 2 de marzo. En esta misma sesión, de 2 de marzo, José Antonio Serrano comunicó a la Comisión su decisión de cesar en el cargo de secretario de la misma, en el que lleva actuando desde 2001.

3.4. Sesiones de febrero y marzo

Los miércoles 16 y 23 de febrero, 2 y 9 de marzo hemos tenido sesiones de trabajo (la primera por videoconferencia, las otras tres, presenciales), con intensos debates para la fijación de criterios para la elaboración de una Ley civil sobre el ejercicio de sus derechos por las personas con discapacidad. En las respectivas Actas, extensas y circunstanciadas, constan las intervenciones y argumentaciones de los miembros de la Comisión y, en sus anexos, los muchos escritos y notas intercambiados que han servido de guía para las deliberaciones.

Como fruto de estos trabajos hemos llegado a algunas conclusiones consensuadas sobre la mejor manera de abordar «las reformas a introducir en el Código del Derecho Foral de Aragón para el mejor ajuste a la Convención internacional sobre los derechos de las

personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y al Derecho procesal español», objeto del Informe que se nos pidió, con vistas a estar en condiciones de preparar un Anteproyecto de ley, si el Gobierno nos lo encomienda, tal como dio a entender en su *contestación* al Justicia de Aragón reseñada en los Antecedentes (2.2).

II. EL MARCO NORMATIVO E INSTITUCIONAL

1. LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

«La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, fue ratificada por el Estado Español el 30 de marzo de 2007 (BOE de 21 de abril de 2008) y entró en vigor el 3 de mayo de 2008, tal y como dispone el art. 45 del instrumento de ratificación. Desde ese momento forma parte de nuestro ordenamiento (art. 96 CE) y la legislación interna debe cumplir, para empezar, con las obligaciones generales que señala el art. 4º de la misma, entre otras, “a) *Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad*”.

Desde su ratificación por el Estado Español parece claro que la CDPD obliga y vincula a todos los poderes públicos que conforman el territorio

español, es decir, tanto al Estado, como a las Comunidades Autónomas, en cada uno de los ámbitos de su competencia».

Así se nos dice en la propia solicitud de Informe y no podemos estar más de acuerdo. El texto íntegro de la CDPD, en su versión oficial en español, es parte del ordenamiento español, ha pasado a «formar parte del ordenamiento interno», art. 1º.5 CC; de modo que «las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional (Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Artículo 31. Prevalencia de los tratados).

Además, la CDPD es una Convención de derechos humanos, por lo cual «todas las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad» con esta Convención, que es uno de los tratados o acuerdos internacionales ratificados por España sobre estas materias (art. 10.2 CE: las referencias a «la dignidad de la persona» y al «libre desarrollo de la personalidad», centrales en el art. 10.1 CE, son muy relevantes en este contexto).

Por otra parte, la CDPD crea un «Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad» (art. 34) ante el que los Estados Partes han de presentar Informes periódicos (art. 35) respecto de los que el Comité «hará las sugerencias y las recomendaciones que estime oportunas» (art. 36), así como también «sugerencias y recomendaciones de carácter general» (art. 39). El citado Comité publicó su Observación general N° 1 (2014) sobre el Artículo 12 CDPD: *Igual reconocimiento*

como persona ante la ley, en la que afirma

«Sobre la base de los informes iniciales de distintos Estados partes que ha examinado hasta la fecha, el Comité observa que hay un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 12 de la Convención. Ciertamente, no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas. El objetivo de la presente observación general es analizar las obligaciones generales que se derivan de los diversos componentes del artículo 12».

Puede cuestionarse el valor normativo de esta Observación General (como de todas las observaciones y sugerencias que pueda hacer este Comité y los demás Comités de las Naciones Unidas para los Derechos humanos), pero debe contarse con que el Comité será coherente con ella en el resto de sus actuaciones¹. Adicionalmente, en virtud del Protocolo Facultativo

asimismo firmado por el Reino de España, este reconoce la competencia del Comité para «recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado», con las consecuencias determinadas en los artículos siguientes².

2. LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO:

DERECHO CIVIL, Y TODO LO DEMÁS

Las profundas modificaciones que la Ley 8/2021, de 2 de junio, introduce en el articulado del Código civil no afectan por sí a la vigencia del texto del Código del Derecho Foral de Aragón. Sobre la competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón para legislar en esta materia nos ocupamos más adelante.

Pero la Ley 8/2021 no modifica sólo el Código civil, ni es la única ley española que introduce notables novedades en el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad, en cumplimiento de la CDPD.

La Ley 8/2021 modifica, además, la Ley del Notariado; la Ley hipotecaria;

¹ Como puede verse en las *Concluding observations on the combined second and third periodic reports of Spain* (13 mayo 2019: accesible en <https://www.ohchr.org/en/documents/concluding-observations/crpdcspco2-3-committee-rights-persons-disabilities-concluding>), que parecen haber sido muy relevantes en la formación de la Ley 8/2021.

² Un caso notable, referido a personas con discapacidad es el Dictamen resultado de la Comunicación núm. 41/2017 (CRPD/C/23/D/41/2017). El 17 de septiembre de 2020, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, emitió dictamen en el caso del niño Rubén Calleja —diagnosticado de síndrome de Down— y declaró que nuestro país había vulnerado su derecho a una educación inclusiva. Sus padres, residentes en León, se negaron a aceptar una plaza en un colegio de educación especial, exigiendo que su hijo cursara sus estudios en un colegio ordinario con el apoyo individual necesario para que pudiera tener éxito escolar. El derecho a la educación es también competencia autonómica y es por ello que es la Comunidad autónoma la que debe ocuparse de reparar el derecho vulnerado. Vid. Cristina Izquierdo, *Los efectos de las decisiones de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas resolviendo comunicaciones individuales. El caso de España*, en <https://www.blog.fder.uam.es/2021/04/14/los-efectos-de-las-decisiones-de-los-comites-de-derechos-humanos-de-naciones-unidas-resolviendo-comunicaciones-individuales-el-caso-de-espana/>

la Ley de Enjuiciamiento civil; la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad; la Ley de Registro civil; la Ley de jurisdicción voluntaria y el Código de Comercio. Los cambios son, en muchos casos, amplios y profundos. Se ha observado que parecen pensados, exclusiva o preferentemente, desde el punto de vista del Código civil, para poner aquellas leyes en sintonía con la gran reforma de este; pero también es cierto que son consecuencia, más o menos directa, de la aplicación de la CDPD, con independencia de cuál sea la concreta regulación de Derecho civil contenida en los Códigos. Ejemplo paradigmático puede ser el nuevo párrafo final del art. 25 de la Ley del Notariado, que trae causa directamente de los arts. 21 b) y 2 CDPD y que hoy habrá que situar en el marco de la Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación³.

Con anterioridad, el Estado español había adoptado las siguientes medidas legislativas, en aplicación del CDPD:

a) Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. El punto segundo del artículo 3 quedó redactado de la siguiente forma: «2. Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera». Así lo había recomendado el Comité en el examen al que sometió a España en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 35 de la Convención.

b) Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Según el Comité, en el informe en que da la bienvenida a estas medidas legislativas, la reforma está

³ Ley del Notariado, art. 25, parr. últ.; «Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso».

CDPD. Art. 21, b) «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para...

b) Aceptar y facilitar la utilización de la lengua de señas, el Braille, los modos, medios, y formatos aumentativos y alternativos de comunicación y todos los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles que elijan las personas con discapacidad en sus relaciones oficiales». Todo ello con arreglo a la definición del art. 2 de la Convención, que dice:

«La “comunicación” incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso».

dirigida a incrementar el nivel de participación, empleo e inserción social de las personas con discapacidad, mediante, entre otros medios, aumentar la accesibilidad a oportunidades decentes de trabajo y combatir la discriminación.

Esta normativa ha sido sustancialmente modificada por la Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, «para establecer y regular la **accesibilidad cognitiva** y sus condiciones de exigencia y aplicación».

Es de notar que la ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al artículo 149.1.1.^a de la Constitución española (Disposición final primera. Título competencial).

c) Enmiendas al texto revisado de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, que establece la obligación de incluir cuotas para personas con discapacidades.

d) Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que —dice el Comité— fortalece los derechos de las personas con discapacidad acusadas o detenidas por un delito.

e) Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El término

“discapacidad” cuenta 68 ocurrencias. De especial interés en este contexto el párrafo XXVII de su Preámbulo.

f) Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones.

El Comité, en sus Observaciones de 13 mayo 2019, saluda también la adopción por España del Plan de Acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2014-2020 a nivel nacional y otros planes relacionados desarrollados por las diferentes Comunidades Autónomas.

3. LA COMPETENCIA LEGISLATIVA AUTONÓMICA

La competencia legislativa de la Comunidad Autónoma de Aragón para adaptar al nuevo sistema las normas contenidas en el CDEFA es afirmada y argumentada convincentemente en la misma solicitud de Informe a la que respondemos.

La competencia para llevar a cabo esta tarea de adaptación al nuevo sistema, corresponde, conforme al art. 149.1.8^a al Estado, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de las Derechos civiles forales o especiales, allí donde existan. La comunidad Autónoma de Aragón tiene reconocida en el art. 71, 2^a y 3^a de su Estatuto de Autonomía la competencia exclusiva en materia de «conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes», así como en «Derecho procesal derivado de las particularidades del Derecho sustantivo aragonés».

Cita algunas Sentencia del TC que confirman la amplitud de esta competencia legislativa y concluye:

«Por lo tanto, y en principio, el cómo se deba regular esta materia, el momento en que deba hacerse así como la forma y manera de adaptar, modificar o derogar el Derecho vigente para ajustarlo a los principios de la Convención, es una competencia que no sólo corresponde al Estado, sino también a la Comunidad Autónoma de Aragón, que cuenta con su propia regulación al efecto en los arts. 34 a 45 y 100 a 169 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas».

Poco cabe añadir, sobre cuestión no controvertida. El hecho de que las reformas a introducir en el CDFA vayan dirigidas al mejor ajuste a la CDPD no altera el ámbito de la competencia, como señala (no solo para el caso del Derecho civil) el art. 30 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, en su parr. 3. «El Gobierno, las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla adoptarán las medidas necesarias para la ejecución de los tratados internacionales en los que España sea parte en lo que afecte a materias de sus respectivas competencias». Es decir, que la norma interna sea ejecución de los tratados no altera la distribución de competencias, legislativas en su caso, sobre la materia. Eso sí, cualquier actuación al respecto de una autoridad española puede comprometer la responsabilidad internacional del Reino de España. De hecho, en sus Observaciones a los Informes presentados por España, el Comité se refiere también a legislación y

políticas públicas de las Comunidades Autónomas.

Para el caso concreto del ajuste del Derecho civil a la CDPD, el Consejo de Estado, en su Dictamen 34/2019 (JUSTICIA), sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal, para el apoyo a las personas con discapacidad, en el ejercicio de su capacidad jurídica, aprobado con fecha 11/04/2019, en su Consideración tercera sobre Naturaleza y competencia, aclara que

Las normas de contenido civil (artículos segundo y quinto, que modifican el Código Civil —“CC”— y la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad —“Ley 41/2003”— y las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera) [se dictan] al amparo de la competencia que corresponde al Estado en materia de legislación civil conforme al artículo 149.1.8ª de la Constitución. Por lo tanto, la reforma proyectada del Código Civil se entiende sin perjuicio de las disposiciones que puedan aprobarse en las comunidades autónomas con derecho civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el artículo 149.1.8ª de la Constitución y los correspondientes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación la proyectada ley con carácter supletorio, conforme a la regla general del artículo 13.2 del Código Civil. En concreto, esas comunidades son Cataluña, cuya Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil catalán, relativo a la persona y la familia, regula la capacidad jurídica y las instituciones tutelares; Galicia, que regula esta materia en la

Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia; y Aragón, en cuya legislación civil destaca la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, hoy derogada e integrada en el Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón.

Merece también reseñarse que la Ley estatal 8/2021 cuenta con las normas sustantivas de los Derechos forales (la «legislación civil aplicable»), al menos, en los siguientes casos, no exhaustivos y, algunos, muy generales.

Art. 5.5. que modifica el art. 5.5 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre («...conforme a lo establecido en el Código Civil o en las normas de derecho civil, foral o especial que, en su caso, fueran aplicables»).

Art. 7.3, que introduce un art. 42 bis c) en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria («1. Las medidas que se adopten en el auto que ponga fin al expediente deberán ser conformes a lo dispuesto en la legislación civil aplicable sobre esta cuestión»).

Art. 7.6, que modifica el art. 44 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (art. 44.4: «Cuando corresponda de acuerdo con la legislación civil aplicable...»).

Art. 7.17, que da nueva redacción al art. 44 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (art. 44.1: «...en los casos a que se refieren los artículos 158, 164, 165, 167,

200 y 249 del Código Civil o a las disposiciones análogas de la legislación civil aplicable»).

4. «DERECHO PROCESAL DERIVADO DE LAS PARTICULARIDADES DEL DERECHO SUSTANTIVO ARAGONÉS» (ART. 71.3^a EAA)

Nada hemos de decir aquí sobre el derecho procesal hoy aplicable en el ejercicio de los derechos reconocidos en el texto actual del CDFA.

Para la situación posterior a una ley aragonesa sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, es el contenido de esta futura ley el que mostrará si hay entonces en el Derecho aragonés, en esta materia, particularidades tales que lleven a «necesarias especialidades» en el orden procesal (art. 149.1³.6^a CE).

Sin prejuzgar ahora si este será el caso, conviene recordar que el TC ha interpretado estrictamente, como excepciones, la salvedad («sin perjuicio de») de las «necesarias especialidades» invocadas en la distribución constitucional de competencias.

Muy autorizadamente⁴, su doctrina se ha resumido del siguiente modo:

«La competencia excepcional asumida por las Comunidades Autónomas al amparo de la salvedad recogida en el art. 149.1.6 CE no les permite, sin más, introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo en el ejercicio de sus

⁴ Tribunal Constitucional. Secretaría general. Jurisprudencia constitucional sobre el artículo 149.1 y 2 CE (Prontuario). Abril 2021, pp. 110-114.) Accesible en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/InformacionRelevante/Jurisprudencia%20en%20materia%20competencial.pdf>

competencias. Las singularidades procesales que, como excepción, se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquéllas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas [SSTC 123/1988, FJ 2; 47/2004, FJ 4; 243/2004, FJ 6; y 135/2006, FJ 2 e); 31/2010, FJ 27].

Son muchos los casos en que el TC ha declarado inconstitucionales normas procesales emanadas de las Comunidades autónomas, como puede verse en el citado Prontuario. La ley sobre casación civil gallega es la excepción más notable (con criterio que hizo posible la ley de casación aragonesa). En general, es difícil argumentar, ante el TC, que una norma procesal de procedencia autonómica es «especialidad necesaria».

En particular, tenemos que recordar el pronunciamiento del TC sobre una Ley aragonesa:

«Se ha declarado inconstitucional el apartado tercero del art. 33 de la Ley de las Cortes de Aragón 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón, que disponía que el ejercicio “por parte de la Comunidad Autónoma de Aragón de su competencia exclusiva en materia de Derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés, tendrá por objeto garantizar y promover la aplicación de este”. La cláusula relativa a las particularidades del derecho sustantivo autonómico no presenta una vis expansiva, ni es una competencia vinculada a la garantía y promoción del derecho sustantivo autonómico, sino una salvedad competencial que solo se justifica caso por caso (STC 158/2019, FJ 7)».

III. CARACTERÍSTICAS DE LA FUTURA LEY

1. UNA LEY DE DERECHO CIVIL

La CDPD afecta a la totalidad del ordenamiento jurídico en todas y cada una de sus ramas, a todas las políticas públicas generales y sectoriales, a todas las prácticas sociales bajo las leyes del Estado Español. Las normas civiles aragonesas que han de ser ajustadas a la CDPD constituyen una pequeña parte —por más que con significado central en el Derecho privado— de las normas estatales, autonómicas o municipales, legislativas o de cualquier otro nivel, que han sido o habrán de ser modificadas.

La normativa legal y reglamentaria, las instrucciones de servicio, los protocolos y las prácticas existentes en Sanidad, Acción Social, Educación, Trabajo, Administración de Justicia, Consumo, Deporte... y todas las demás áreas de actuación del Estado o de acción de la sociedad han de ajustarse—y van siendo ajustadas— a los parámetros de la Convención, que es muy expresiva al respecto. Pues los Estados Partes se comprometen a (art. 4)

a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad [...].

Pues bien, los cambios que puedan producirse en todos los niveles normativos, en todas las políticas y todos los sectores, no dependen del contenido de la Ley civil correspondiente, sino de las exigencias de la Convención. La futura ley civil aragonesa no prejuzga ni determina las políticas públicas relacionadas con las personas con discapacidad, sino que ha de ser compatible con todas aquellas que, determinadas por los poderes públicos competentes, se ajusten a las exigencias de la CDPD.

La prevista ley civil aragonesa sobre ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad se mantiene en el ámbito del Derecho civil, tal como aproximadamente viene delimitado en el vigente CDA.

2. ORIENTACIÓN DE LA FUTURA LEY

Como ley civil codificada, tiene vocación de perdurar en el tiempo y de orientar la conducta de los ciudadanos conforme a los principios de la Constitución y los Tratados, de acuerdo con los valores y la nueva sensibilidad respecto de las personas con discapacidad de los aragoneses y aragonesa del siglo XXI ya avanzado. La futura ley se presenta como una voz propia en el concierto de las legislaciones europeas que, como la española, la suiza, la francesa, la portuguesa, la alemana o la italiana acaban de reformar (una vez más) sus Códigos civiles o están en trance de hacerlo. Porque, en cuanto al tratamiento de las personas con discapacidad, los cambios son

culturales, profundos y simultáneos en todos los países de nuestro entorno.

Entendemos que las normas de Derecho civil aragonés sobre el ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad han de partir de los principios consagrados en la CDPD, en particular, los enunciados en su art. 12 (*Igual reconocimiento como persona ante la Ley*), según los cuales a las personas con discapacidad ha de reconocerse capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y proporcionarse los apoyos que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, de modo que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.

En consecuencia, no tienen cabida la incapacitación o declaración de incapacidad judicial, ni la sujeción a tutela. En general, ha de regularse la prestación de apoyos, ya sean espontáneos y voluntarios, ya establecidos por la autoridad judicial, con los criterios de la CDPD, que favorecen en todo momento la autonomía de la persona con discapacidad. Principio central de autonomía que habrá de ponderarse prudentemente, en lo necesario, con los de protección y asistencia de las propias personas con discapacidad y sus familias⁵.

Habrán de cuidarse las relaciones de la Ley aragonesa con las demás normas del ordenamiento español, tanto las de competencia exclusiva

⁵ Como requiere expresamente la CDPD en el apartado x) de su *Preámbulo*: «Convencidos de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones».

del Estado (Leyes de enjuiciamiento civil y de jurisdicción voluntaria, del Registro civil, la Ley hipotecaria, la del notariado, parte del Código civil...), como el propio Código civil en su función de Derecho supletorio del civil autonómico. Como dijimos en nuestra Ponencia General de 1996, «El Código no ha sido nunca considerado en Aragón como un cuerpo extraño, impuesto o contrario a nuestras concepciones jurídicas. La finalidad no es arrumbarlo o expulsarlo de la vida jurídica aragonesa, sino conseguir [...] que las normas legales de Derecho civil aragonés se encuentren exclusivamente en la Ley aragonesa».

3. UNA REFORMA DEL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN

La nueva normativa sobre capacidad jurídica de las personas con discapacidad ha de integrarse en el CDFA, como ya supone el texto de la Consulta.

Entendemos que la regulación del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad ha de ser

materia de una regulación propia, separada de la relativa a los menores de edad. En consecuencia, será necesario organizar de otro modo el Libro I CDFA, dedicando al menos un Título específico a esta materia. Los demás Títulos habrán de ser modificados para adaptarse a la nueva regulación.

Es previsible que hayan de modificarse o derogarse también algunos preceptos situados en otros libros del CDFA, preferentemente en Derecho de familia y de sucesiones, de modo que al preparar el Anteproyecto habrán de revisarse con cuidado todos los artículos del CDFA para comprobar su coherencia con la nueva regulación.

Por último, es de prever la necesidad de unas Disposiciones transitorias, que faciliten el paso al nuevo Derecho.

En Zaragoza, a 6 de abril de 2022

El Secretario de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil en funciones

Fdo. José Antonio Serrano García

NOTICIAS

NEWS

A) NOTICIAS DEL JUSTICIA DE ARAGÓN

EL JUSTICIAZGO EN 2022 EN RELACIÓN CON EL DERECHO FORAL ARAGONÉS

(Traslación de la parte correspondiente del Informe anual a las Cortes de Aragón 2022, del Justicia de Aragón)

El Estatuto de Autonomía de Aragón y la ley reguladora del Justiciazgo confieren a éste, entre otras, la misión de Tutela del Ordenamiento Jurídico Aragonés, una de cuyas vertientes es la defensa, estudio, promoción y difusión de nuestro derecho civil propio: el derecho foral aragonés.

En ese cumplimiento de dicha obligación se procede a dar traslado de la parte correspondiente del Informe anual a las Cortes de Aragón 2022, del Justicia de Aragón, en la que se recogen las actuaciones en esta materia.

- Expedientes relativos al derecho Foral Aragonés.
- Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia Aragón, Sala de lo Civil y lo Penal.
- Divulgación y estudio del Derecho Foral Aragonés.

1. EXPEDIENTES RELATIVOS A LA APLICACIÓN DEL DERECHO FORAL ARAGONÉS

A. La regulación del sistema de capacidad y tutela

Debemos volver en este informe del año 2022 a poner de manifiesto la grave situación de inseguridad jurídica en que ha quedado nuestro derecho civil positivo por mor de las modificaciones llevadas a cabo desde el estado en la *Ley 8/2021, de 2 de junio*, por la que se reforma la legislación civil y procesal estatal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE 132, de 3/6/2021), que, como ya indicamos en el informe del ejercicio anterior, supuso una profunda reforma de diversas normas, entre ellas el Código civil español, pero también normas procesales como la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley de Jurisdicción Voluntaria, entre otras.

Hubiera sido de desear que el legislador aragonés hubiera adoptados alguna medida tendente a paliar esta situación que está llevando a que las figuras de discapacitado/tutor, en aplicación de las previsiones de nuestro vigente Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA), queden en su aplicación material a criterio del órgano jurisdiccional ante el que se plantea la cuestión. Ciertamente es que el Ministerio Fiscal ha adoptado una posición coordinada y única en su posición en los procedimientos judiciales de la materia, e incluso en ciudades como Zaragoza los distintos jueves competentes también han unificado criterios, pero en el ámbito jurisdiccional somos conocedores de que dependiendo de la posición y criterio del titular de cada órgano judicial, las soluciones dadas están siendo unas u otras, en cuanto a la aplicación de las instituciones jurídicas aragonesas vigentes.

Por el Gobierno de Aragón se ha convocado al efecto del estudio de la posible reforma en la materia de nuestro CDFA a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, previa la renovación de la misma, la cual nos consta lleva meses realizando un profundo trabajo al respecto, dada la complejidad de la materia, y, aunque lamentablemente nos tememos que deberá ser en la próxima legislatura cuando en su caso se pueda llevar por nuestras Cortes a acometer la citada reforma, en este caso es acertado que aunque sea más tarde, el resultado sea el mejor posible desde el trabajo de la citada Comisión y los excelentes profesionales que la componen.

En esta materia, y muestra de los problemas materiales que se producen, resulta singular el Expediente 1374/22 abierto ante un escrito remitido por los titulares de los Juzgados zaragozanos competentes en la materia, en el que comunicaban al Justiciazgo la situación que se estaba dando al estar conminando diversas entidades financieras a personas con tutelas sobre incapacitados basadas en el derecho aragonés, a que procedieran a aportar la documentación que el nuevo marco jurídico basado en el Código civil estatal determina, a fin de poder mantener sus facultades. Puestos en contacto desde el Justiciazgo con las entidades financieras, se les hizo ver que no procedió lo que demandaban dado que el marco jurídico aragonés continuaba vigente sin modificación, y que la documentación sobre la revisión no era aplicable en los supuestos de aplicación del mismo. Desde las entidades financieras se achacó el problema a la falta de conocimiento de nuestras peculiaridades forales al respecto por sus servicios jurídicos centrales, desde donde se habían emitido las solicitudes, procediendo a dar traslado de la inaplicación en los supuestos en que el marco jurídico era el aragonés.

B. Otros expedientes relativos al Derecho Foral

Siguen los aragoneses, los que viven en Aragón pero en muchos casos también desde la diáspora, acudiendo al Justiciazgo en petición de información sobre materias concretas que afectan a nuestro derecho civil propio, cabe destacar que es materia de vecindad civil (conservación o posible recuperación), derecho sucesorio y especialmente en cuanto la legítima colectiva, usufructo del dinero y dificultades con entidades financieras ante las peculiaridades aragonesas, y gestión de bienes entre nudo propietarios y usufructuario.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN, SALA DE LO CIVIL Y LO PENAL

Se recogen en este apartado aquellas sentencias en recurso de casación foral emitidas por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dictadas a lo largo del 2022, destacando aquellos puntos de mayor interés jurisprudencial para nuestro Derecho Foral.

Sentencia 1/2022, de 12 de enero

Ponente: LUIS IGNACIO PASTOR EIXARCH

Valoración criterios art. 80.2 CDFA

«QUINTO.- El primer motivo del recurso de casación sostiene que la sentencia recurrida no ha atendido a los criterios establecidos en el artículo 80.2 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA) para resolver sobre el régimen de custodia mejor en este caso para los menores. Indica, específicamente, de nuevo, que la valoración pericial no fue la tenida en cuenta por la sentencia; que existe aptitud por parte del padre; voluntad de él de tener en su casa y compañía a los hijos; posibilidad por su parte de conciliar la vida laboral y familiar; y que ha habido buena adaptación de los menores en los últimos seis meses.

La sentencia recurrida, en contra de lo que señala el recurso, sí valoró diversas circunstancias al tiempo de fijar la custodia de los menores. Y en concreto, respecto de la aptitud y voluntad del padre, indica que no se le niega capacidad ni aptitud, que no se pone en duda su voluntad de involucrarse en el cuidado de los menores, y que cuenta con una sólida red de apoyo familiar. No es, por tanto, de aceptar que la sentencia no haya tenido en cuenta estas cuestiones. Y, sobre ello, es de reseñar que la sentencia también valora otros criterios de los previstos en el artículo 80.2 del CDFA, como son los problemas médicos del niño José Ignacio, su escasa edad, la mayor involucración de la madre, y los informes periciales rectamente entendidos. Carece, por tanto, de fundamento este motivo de recurso, pues, en contra de lo que en él se expone, la sentencia recurrida sí valoró los criterios legalmente ordenados.»

Sentencia 5/2022, de 24 de febrero de 2022.

Ponente: MANUEL BELLIDO ASPAS

Uso vivienda conyugal tras divorcio

Conocimiento en casación foral de precepto derecho común

«SEGUNDO. - Primer motivo de casación. Alegaciones del recurrente. 6. Sostiene el recurrente que se ha vulnerado el artículo 81.3 CDFA y la interpretación jurisprudencial del mismo contenida en las SSTSJAr, de fecha 14 de octubre de 2016 (recurso de casación núm. 33/2016) y 4 de enero de 2013 (recurso de casación núm. 35/21). 7. Para la parte recurrente, al poder permanecer la contraparte ocupando la vivienda, el contenido del precepto mencionado queda desnaturalizado. Doctrina de la Sala. 8. En el recurso, se menciona la doctrina sentada por esta Sala en la STSJAr, de 14 de octubre de 2016 (ECLI:ES:TSJAR:2016:1402). En esta, con mención de la de 4 de enero de 2013 (recurso de casación 35/2012), refiriéndonos al artículo 81.3 CDFA, decíamos: 9. No obstante la aplicación general de la mencionada doctrina a este caso, debemos indicar que el supuesto concreto enjuiciado en ambas sentencias, no es idéntico al de este recurso. En concreto, en la sentencia de 4 de enero de 2013, fundado el motivo de casación en la indebida aplicación del artículo 394 del Código Civil, se exigía interponer demanda de modificación de medidas una vez finado el plazo de uso de la vivienda

señalado, mientras que en la sentencia de 14 de octubre de 2016, la limitación temporal fijada en la resolución recurrida era meramente aparente, puesto que se autorizaba la petición de la esposa para seguir ocupando la vivienda hasta su venta por entender que, al ser copropietaria, estaba amparada por el artículo 394 CC. 10.

Más recientemente, esta Sala ha sentado ya doctrina en un supuesto similar al actual, en el que la Audiencia Provincial acordó que al término de la atribución del uso de la vivienda conyugal al progenitor custodio no debía desalojarse el inmueble, pues quedaba regido por las normas generales del régimen normal de comunidad. 11. Esta resolución es la STSJAr de 2 de junio de 2017 (ECLI:ES:TSJAR:2017:702), en la que se pone de manifiesto que <>. 12. Este razonamiento permite concluir la siguiente doctrina: <>. Resolución del motivo. 13. En definitiva, el cumplimiento de lo acordado en la sentencia recurrida conllevaría, aparentemente, sostener el título judicial habilitante de uso a la madre sólo hasta el día 1 de octubre de 2022 pero luego, sin embargo, y contradictoriamente, mantenerla de facto poseyendo y a expensas, no ya de la ejecución del auto que en el procedimiento de familia habilitó para poseer, sino de la interposición de nueva demanda por el actor ante Juzgado distinto del que dio en su momento el título ya extinguido a la usuaria. Lo expuesto permite concluir que la sentencia recurrida infringe tanto el artículo 81.3 CDEFA como la línea jurisprudencial establecida por esta Sala en las sentencias mencionadas, por lo que debe estimarse el motivo y casar la sentencia.

TERCERO. - Segundo motivo de casación. Alegaciones del recurrente. 14. En el segundo motivo de casación se denuncia la infracción del artículo 400 CC, al entender el recurrente que la sentencia recurrida impide el libre ejercicio del derecho de todo copropietario a extinguir el condominio conforme al precepto mencionado. Se alega también la doctrina del Tribunal Supremo que permite ejercitar la acción de división de la cosa común (vivienda familiar) a pesar de la existencia y vigencia del uso atribuido a los hijos o al cónyuge. 15. Como ya hemos descrito en los antecedentes relevantes de esta sentencia, la de primera instancia dispuso, al limitar el derecho de uso de la vivienda familiar a la esposa. En el recurso de apelación el esposo, Sr. Carlos Jesús, petitionó, expresamente, que cualquiera de los condueños pudiera instar la extinción del condominio de la vivienda en cualquier momento, y no a partir del 1 de octubre de 2022. Esta petición fue desestimada en la sentencia de apelación, en la que se señala que <>. Doctrina de la Sala. 16. Lo primera que hemos de indicar es que no existe inconveniente alguno para que esta Sala entre a conocer de la supuesta infracción de un precepto de derecho común (artículo 400 CC), puesto que la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha mostrado contraria a dividir la continencia del recurso en estos supuestos. Así, como establece, entre otros, el ATS de 11 de noviembre de 2015. 17. Sentado lo anterior, es doctrina pacífica de la Sala Primera del Tribunal Supremo que la atribución del uso de la vivienda a uno de los condóminos no impide al otro el ejercicio de la acción de división prevista en el artículo 400 CC. Así se establece, entre otras muchas, en la STS de 24 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1108), que dice: Resolución del motivo. 18. De acuerdo con lo expuesto, resulta evidente que la referencia contenida en la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia —relativa a que será a partir del momento de la finalización del uso de la vivienda por la madre (1 de octubre de 2022) cuando cualquiera de los copropietarios podrá ejercer sobre el inmueble los derechos que como tal le corresponden—, confirmada por la sentencia de apelación, infringe el artículo 400 CC y la interpretación jurisprudencial que la Sala Civil del Tribunal Supremo ha sentado al respecto, en tanto impide al recurrente ejercer la acción de división en un momento anterior a la finalización del uso de la vivienda común. Por ello, el motivo debe ser estimado y casada la sentencia en lo que se refiere al extremo discutido.»

Sentencia 6/2022, de 10 de marzo de 2022

Ponente: FERMIN FRANCISCO HERNANDEZ GIRONELLA

Liquidación consorcio matrimonial

«CUARTO.- Resolución del recurso. En cuanto a los argumentos del recurso, no son objeto de controversia y así lo ha entendido probado la sentencia recurrida: - La separación de hecho de los cónyuges, que

no instaron la disolución de la sociedad conyugal, por lo que el consorcio seguía vigente, en el momento en que se hicieron las transferencias. - El carácter privativo de los fondos con los que se hicieron las transferencias a D^a. Irene por su marido - El destino de dichos fondos a sostener las necesidades vitales de D^a. Irene Así las cosas, debe de descartarse a priori la tesis de la parte recurrida en el sentido de entender que las transferencias realizadas fueron un acto de liberalidad pues, en primer lugar, el ánimo liberal del ingreso debe de quedar plenamente justificado (Sentencias del Tribunal Supremo 454/2021, de 28 de junio; 534/2018, de 28 de septiembre, 83/2013, de 15 de febrero, y 1090/1995, de 19 de diciembre, entre otras), lo que, en el presente caso, no ha sido acreditado, habida cuenta, además, que tales transferencias respondían al cumplimiento de una obligación legal de atender a las necesidades familiares, impuesta al cónyuge por el Art. 187.1 del CDFA, pues el régimen consorcial permanecía vigente aun cuando los cónyuges estuviesen separados de hecho, en cuanto que ninguno de ellos había instado la disolución del mismo en los términos señalados en el art. 245 del CDFA. Por otra parte, no siendo un hecho controvertido el origen de los fondos que se transfirieron a D^a. Irene, con la finalidad de atender a su persona, en cumplimiento de la obligación impuesta por el art. 187 del CDFA, ni este precepto, ni tampoco el Art. 218.1.a), autorizan a cambiar la calificación jurídica de los mismos, de privativos a consorciales, lo que el CDFA (art 215) tan solo autoriza mediante pacto, que en este caso no ha existido; tesis esta que vendría avalada por la previsión del art 226.2.b). del mismo texto, que prevé el derecho al reintegro al patrimonio privativo de cada cónyuge del importe actualizado de los bienes privativos empleados en el pago de deudas que fueran de cargo de la comunidad, como es el caso de las originadas por la atención de las necesidades familiares. La conclusión a todo ello es que no puede entenderse que los fondos privativos transformasen su carácter por el hecho de ser destinados a satisfacer las necesidades del otro cónyuge, ni tampoco el remanente de dichos fondos, no gastado por el mismo, aun cuando permaneciera depositado en una cuenta privativa.

Consecuentemente, el recurso debe de ser estimado, debiendo casarse y revocarse la sentencia recurrida en este punto, resolviendo en el sentido de entender que la suma de 90.981,17 euros, depositada en la cuenta núm. NUM004, de la que era titular Doña Irene, constituía bien privativo de D. Hilario, y, en consecuencia, debe de ser excluida del activo del inventario para la liquidación de la sociedad conyugal.»

Sentencia 8/2022, de 21 de marzo

Ponente: FERMIN FRANCISCO HERNANDEZ GIRONELLA

Bienes en inventario consorcio matrimonial

«TERCERO.- Decisión de la Sala. Dispone el art. 262 a) del CDFA que en el activo del inventario para la liquidación de la comunidad conyugal se incluirán, entre otros, todos los bienes y derechos que se hallen en poder de los cónyuges o partícipes al tiempo de formalizarlo y que, real o presuntivamente, sean comunes, así como aquéllos de igual naturaleza que se pruebe existían al cesar la comunidad matrimonial, todo ello a salvo de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 253 y en el artículo 269.

Por lo tanto, la inclusión de un bien el mismo vendrá determinada por el hecho de que se encuentre incluido en alguna de las categorías establecidas en los arts. 210 y 213 del mismo texto. Es cierto que el bien sobre el que existe la controversia (una nave de uso industrial en el Polígono Industrial La Paz de Teruel), constituye una única finca catastral y registral, pero no puede soslayarse que la realidad fáctica de la que debe de partirse, por haber sido declarada como probada en la instancia, es que sobre la referida finca se han ejecutado nuevas construcciones o ampliaciones, diferenciables físicamente de la primitiva y que han sido ejecutadas a costa de un tercero (la mercantil Vehículos Industriales y Talleres Pastor S. L.), con la aprobación, al menos tácita, de los propietarios, y por tanto esas nuevas construcciones, que como se ha dicho, son diferenciables de la nave primigenia, no pueden incluirse en el inventario de la sociedad conyugal, porque tales construcciones no estaban en poder de los cónyuges en el momento de la disolución de la sociedad conyugal, ni pueden catalogarse en ninguna de las categorías del art. 210 del CDFA.

No puede sostenerse la aplicación de la doctrina de los actos propios alegada por la parte recurrida, pues no tiene la misma significación jurídica la declaración del recurrente ante la Hacienda Pública, en su condición de obligado al pago, de los bienes integrantes de la herencia de sus padres, a los efectos de la liquidación del Impuesto de Sucesiones, que su pretensión en este proceso de liquidación y división de herencia, donde tiene un interés legítimo en que en la masa de la herencia se incluyan únicamente los bienes que formaban parte de la sociedad conyugal. Se trata por tanto de una situación en la que, como la que describe la Sentencia de este Tribunal de 3 de Diciembre de 2010, citada por el recurrente, coexisten la titularidad del suelo, de la sociedad conyugal, y la titularidad actual de las edificaciones referidas por parte de la sociedad arrendataria, y que deberá resolverse, o bien en el marco de la regulación contractual del arrendamiento, o bien acudiendo a las normas de la accesión, porque, como señala la Sentencia del T. Supremo de 31 diciembre 1987 "(...) la interpretación del precepto del art. 361 del Código Civil, viene sosteniendo de manera uniforme que esta disposición legal, no admite la accesión automática en beneficio del dueño del terreno, a quien simplemente se concede un derecho potestativo consistente en optar "por hacer suya la obra". y señala así mismo: "Que si bien es cierto que el art. 353 del Código Civil preceptúa que la propiedad de los bienes da derecho, por accesión, a todo lo que ellos produzcan o se les una o incorpore natural o artificialmente, no lo es menos que conforme al art. 358, un derecho se regula, cuando se trata de bienes inmuebles por los artículos comprendidos en la sección segunda del Título dedicada a esta institución y, por tanto, será de aplicación el art. 361 a los casos en que se previene que el dueño del terreno en que se edifique o sembrase de buena fe tendrá derecho a hacer suya la obra o siembra, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que edificó o sembró a pagarle el precio del terreno, lo cual interpretado no sólo en su sentido literal sino en el sentido que mientras esa indemnización no tenga efecto, no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado y, por el contrario el que edificó de buena fe tiene el derecho de retención establecido en el artículo 453 del propio Código —SS. 18 marzo 1948 (RJ 1948\467) y 17 de diciembre de 1957 (RJ 1958\535)—, puesto que la "res nova" que aparece en la figura de la accesión no provoca en caso de buena fe declarada sin más y por la sola constancia de lo edificado un desplazamiento patrimonial sino mediante la opción determinada en el art. 361, y por ello ni al que realizó la edificación, ni al dueño del terreno les compete la reivindicación, lo mismo al que edificó por lo edificado que al dueño del terreno sobre el que se edificó —S. 2 de diciembre de 1960 (RJ 1960\3782).»

Ahora bien, no cabe duda que la sociedad conyugal disuelta ostenta sobre las edificaciones incorporadas un derecho derivado, bien del contrato de arrendamiento concertado con la mercantil que realizó la incorporación, 5 JURISPRUDENCIA bien del ejercicio por cualquiera de ellos de un eventual derecho de accesión, y este derecho de la sociedad sobre las edificaciones, sí que debe ser incorporado como tal al activo del inventario. En consecuencia, procede estimar parcialmente el recurso de casación planteado y, casando y anulando la resolución recurrida, ordenar la inclusión en el activo del inventario tanto de la Nave industrial litigiosa, "con exclusión de lo construido o ampliado con fondos ajenos a los progenitores de las partes", como de los eventuales derechos que el consorcio conyugal pueda ostentar por la incorporación de las citadas construcciones.»

Sentencia 9/2022, de 21 de marzo

Ponente: IGNACIO MARTINEZ LASIERRA

Derecho de abolitorio

«SEGUNDO.- El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 589.1 del CDFA, pues —afirma— aunque es una realidad que, como dice la sentencia recurrida, las fincas de reemplazo han sufrido una transformación tanto física como jurídica, por regla general, y en este caso concreto también, las fincas resultantes de la concentración parcelaria coinciden en

el mismo paraje que las que se aportaron, la "impronta familiar" a la que se refiere el párrafo 42 del Preámbulo del CDFA se mantiene intacta, y el sentimiento y arraigo de la actora no se ve alterado por el solo hecho de que tengan una superficie diferente o un distinto número de polígono y parcela.

Centra el recurrente su argumentación en la finalidad básica del derecho de abolorio, de conservación del patrimonio familiar para evitar que pase a manos extrañas. Como declara la sentencia recurrida, y reconoce la parte recurrente, las fincas de replazo surgidas de la concentración parcelaria han sufrido una transformación física y jurídica. Física porque, como se indica en la sentencia, solo existen coincidencias parciales con las fincas aportadas, en algunos casos más intensas, pero en otros muy escasas, y en alguno nulas. Así lo apreciaba también la sentencia del juzgado al comprobar que todas las fincas de replazo resultan de la unión de varias fincas, lo que había motivado la necesidad de realizar actuaciones para formar una única finca, como eliminar ribazos, márgenes, etc. También resulta evidente la transformación jurídica, por la cual desaparecen las anteriores descripciones catastrales y registrales, y sus correspondientes inscripciones, de donde resulta la evidencia de que las fincas que se pretenden retraer no son las que pertenecieron a la familia sino otras distintas. La estimación del retracto comportaría una situación incompatible con el resultado de la concentración parcelaria, obligando a modificaciones físicas y jurídicas inconciliables.

JURISPRUDENCIA. El argumento de que a esta misma conclusión se llega por la definición de bienes de abolorio del artículo 589.1 del CDFA, concretada en los inmuebles de naturaleza rústica y los edificios o parte de ellos, siempre que estén situados en Aragón y hayan permanecido "como tales" en la familia durante dos generaciones anteriores, no parece concluyente si lo que se pretende es destacar que no hayan sufrido transformación alguna. Se pone de relieve, para reafirmar la idea, que en la Compilación esta expresión no existía, de donde se deduciría la intención del legislador de que el retracto solo pueda ejercitarse cuando los bienes han permanecido en el patrimonio familiar sin ninguna alteración. En la redacción del artículo 149 de la Compilación se disponía la preferencia de adquisición de los parientes colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes respecto a "los inmuebles que han permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente". Ahora la preferencia se limita a los inmuebles de naturaleza rústica y los edificios o parte de ellos situados en Aragón, que hayan permanecido "como tales" en la familia. El demostrativo "tales" podría referirse, más bien, a los mencionados inmuebles de naturaleza rústica y a los edificios o parte de ellos, en los que ahora concreta el legislador la posibilidad del ejercicio del derecho de retracto, frente a la generalidad de todos los inmuebles de la Compilación.

TERCERO.- Delimitado el alcance de la transformación física y jurídica de las fincas, importa ahora examinar el argumento que sustancialmente sostiene este motivo del recurso, que es el mantenimiento de la impronta familiar en las fincas que se pretende retraer. Ciertamente, en la nueva regulación del retracto de abolorio dada por la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, integrada como Título III del Libro Cuarto del CDFA, se justifica el mantenimiento de la institución (apartado 42 de su Preámbulo) en intereses y concepciones familiares dignos de protección, para evitar que, en ciertos casos, un inmueble salga de la familia por disposición de su actual titular. El Preámbulo del CDFA explica la limitación de la posibilidad del ejercicio del derecho a los inmuebles rústicos y a los edificios, por considerar que sólo éstos son los que conservan una impronta familiar que justifica la preferencia de los parientes. En nuestra sentencia nº 5/2016, de 10 de febrero, recurso 52/2015, nos referíamos a la finalidad que, supuestamente, debía presidir el ejercicio del derecho de retracto de abolorio: Trasladados al presente caso los anteriores argumentos y conclusiones, la afección por los bienes familiares, lo que el recurrente identifica como impronta familiar, no podrá ser argumento suficiente para justificar el retracto de unos bienes que, por su transformación, carecen de los requisitos del elemento objetivo del retracto de abolorio. Como consecuencia de lo anterior, no ha sido infringido el artículo 589.1 del CDFA, por lo que se rechaza este motivo del recurso.»

Sentencia 10/2022, de 30 de marzo

Ponente: JAVIER SEOANE PRADO

Servidumbre de luces y vistas.

«SEXTO.- *Recurso de casación. Infracción de los arts. 545 CDFA y 550 CDFA en relación con el art. 7 CC. En litigio se enmarca dentro de las relaciones de vecindad sobre las que existe una tradicional regulación particular en el derecho aragonés, cuyo origen es según opinión común el supuesto de la Observancia 6ª —De aqua pluvia arcenda—, reinstaurada, tras el paréntesis del Apéndice de 1925, en el art. 144 de la Complicación, y que hoy se halla contenido en el libro IV, Título I capítulo I del texto refundido, que a diferencia del derecho común responde a una amplia tolerancia a la apertura de huecos para luces y vistas sin sujeción a distancias. Así, el art. 545 dispone: Pero tal facultad no afecta al derecho del dueño del predio sobre las que recaen dichas vistas para disponer de su propiedad, tal y como dispone el art. 550 CDFA. Esto es, a la facultad de abrir huecos para luces y vistas en pared propia se contraponen la de cerrarlos que corresponde al colindante mediante el ejercicio del derecho de edificar o construir o de proteger su privacidad. Este derecho se halla sometido, como todos los derechos, a la prohibición del abuso o el ejercicio antisocial del art. 7 CC, y así ha sido declarado por constantes resoluciones de los tribunales aragoneses, lo que se traduce en la exigencia de que la edificación o construcción con las que se tapen los huecos tenga un provecho o utilidad, de tal modo que el único y exclusivo fin que guíe a quien levanta o construye no sea el de tapar los huecos abiertos por su vecino. Así es de constante cita la STSJ 31 de marzo de 2004 ECLI:ES:TSJAR:2004:947: La regulación actual del régimen normal de relaciones de vecindad, contenida en el art. 144 Comp., permite el cierre de huecos, en ejercicio del derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna. En el caso de autos el cierre de dicho patio de luces, mediante paredes que se alzan a la misma altura del resto del edificio, se efectúa para delimitar la propiedad, siendo una técnica constructiva correcta desde un punto de vista arquitectónico, según resulta de la prueba pericial obrante en autos.*

Ante ello no puede valorarse como una construcción tendente exclusivamente a perjudicar, sin beneficio o utilidad propia. Los supuestos en que se ha apreciado la existencia de abuso de derecho han sido aquellos en que la construcción carecía de interés para el dueño del predio, salvo el de tapar las ventanas del colindante.» Igual criterio se mantiene en la STSJ 23 de enero de 2008, ECLI:ES:TSJAR:2008:1, en la que se hace expresa mención a la protección de la intimidad como justificación suficiente del cegamiento: <> Y en el mismo sentido la STSJ 4 de febrero 2009, ECLI:ES:TSJAR:2009:702: El Artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, que se denuncia como infringido, trae como rúbrica la de "Régimen normal de luces y vistas", y ordena:

"1. Tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio ajeno, como en pared medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas. 2. Dentro de las distancias marcadas por el art. 582 del Código civil, los huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente. 3. La facultad concedida en este artículo no limita el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna".

Como ha expuesto esta Sala en anteriores sentencias —así, las de 23 de febrero de 2005 y 13 de noviembre de 2002—, el indicado precepto tiene una importante raigambre histórica, al ser continuador de lo establecido en la Observancia "De aqua pluviali arcenda", o sobre la recogida de aguas de lluvia, que en su apartado 6 prevenía la facultad de apertura de huecos sin limitaciones, tanto para obtener luces como vistas, refiriéndola a su realización en pared medianera y sin perjuicio del derecho del propietario del fundo vecino a su cierre, aun con limitaciones en caso de oscurecimiento que no son de exponer aquí. Con todo, en el derecho histórico aragonés no se exigía la protección del hueco así abierto, mediante reja y red, que apareció en el artículo 15 del Apéndice Foral de 1925, al regular el derecho del condueño de pared medianera para abrir

cuantos huecos le convengan con destino a luces y vistas. En pared propia, el dueño podía abrir tales luces, sin exigencia de especial protección, si bien el artículo 14 cuidaba de manifestar que estos huecos no constituían signo aparente de servidumbre, a efectos de la adquisición del derecho por usucapión.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, al aplicar el precepto contenido en el artículo 144 de la Compilación aragonesa, ha venido manteniendo reiteradamente que "la permisión de abrir huecos o ventanas contenidas en los párrafos 1º y 2º de dicho precepto... no es más que un acto meramente tolerado y potestativo, como simple relación de vecindad, que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta": STS de 3 de febrero de 1989, con cita de las de 30 de octubre y 23 de noviembre de 1983 y 12 de diciembre de 1986, de la misma Sala Primera. Doctrina jurisprudencial que, hemos de matizar, desde la competencia casacional que a esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón confiere el artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en sentido de que el precepto de constante referencia atribuye al titular de la pared propia o medianera un auténtico derecho, como facultad dimanante del dominio o de otro derecho real de goce, si bien dicha facultad jurídica no constituirá signo aparente de servidumbre ni impedirá, por ende, el ejercicio de los derechos del propietario del fundo vecino reconocidos en el párrafo tercero del texto legal». Más recientemente, la STSJ 25/2017, ECLI:ES:TSJAR:2017:1582, se ocupa igualmente de esta regulación tras la publicación del CDEFA aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, diferenciando dicho régimen del aplicable a las servidumbres: << El derecho civil aragonés, articulado ahora en el Código de Derecho Foral de Aragón (CDEFA), distingue claramente entre las relaciones de vecindad y la ordenación de las servidumbres prediales, y lo hace siguiendo una tradición jurídica centenaria, proveniente de los Fueros y Observancias, recogida como materia de derecho foral que se debía conservar en el Apéndice foral de 1925 —art. 14—, desarrollada más tarde con depurada técnica jurídica en la Compilación de 1967 —arts. 144 y siguientes— y regulada actualmente en el CDEFA. Las relaciones entre edificios colindantes, que en muchas ocasiones son fuente de conflictos entre sus titulares, se regulan en Aragón con un criterio favorecedor de la buena vecindad, que permite hacer todo aquello que protege la mejor condición de uso de cada edificio, siempre que respete los derechos del colindante. Para ello establece la posibilidad de abrir huecos para obtener luz y vistas —art. 545—, si bien deberán estar cerrados con reja remetida en la pared y red de alambre o medio similar, dentro de las distancias que fija el art. 545.2; aunque esta forma de apertura no genera derechos a la adquisición de servidumbre predial —art. 549— ni impide al dueño del edificio colindante construir en su propiedad, incluso tapando los huecos —art. 550—, si bien esta forma de cierre habrá de tener una justificación razonable de uso de su derecho, y no ser realizada con abuso de la situación jurídica —sentencias del TSJ de Aragón de 31 de marzo de 2004 y 23 de enero de 2008—. >> La cuestión es, entonces, si en el presente caso es de apreciar que la demandada ha abusado del derecho a construir en su propiedad que le reconoce el art. 550 CDEFA, pese a la existencia de los huecos existentes en la pared del colindante. Pues bien, como hemos decidido al resolver sobre los motivos de infracción procesal, ha quedado acreditado que el muro en disputa se hallaba integrado en unas obras de mayor alcance que no han podido ser continuadas, y que, asimismo, los huecos abiertos podían comprometer la intimidad de la demandada al tiempo del levantamiento del muro al carecer de malla, por todo lo cual procede el rechazo del motivo.»

Sentencia 11/2022, de 6 de abril de 2022

Ponente: LUIS IGNACIO PASTOR EIXARCH

Servidumbre de paso

«SEXTO.- El motivo único de casación se fundamenta en la infracción del artículo 577 del CDEFA. Tras exponer diversas consideraciones sobre la interpretación que procede hacer respecto del uso normal de la servidumbre de paso en relación con el uso actual de la finca dominante de que se trate, y sobre la utilización que en el caso concreto puede darse a la finca de las demandantes, concluye el recurrente que: "debe entenderse como extensiva y contraria al espíritu de la norma analizada (577 CDEFA) la interpretación que

considera que la solicitud de paso para finca enclavada tiene como requisito que el paso sirva al estado actual de utilización de la finca, específicamente en los casos en que ésta se encuentra yerma, pues veda de facto la posibilidad de mejora de uso, lícito si se quiere, y adaptado a las potencialidades legítimas derivadas de la naturaleza rústica del predio, que entendemos que son las que pueden fundar en derecho la petición de constitución de servidumbre de paso".

En el concreto caso de autos, como indica el recurrente, el uso de la finca es de naturaleza rústica y, por tanto, al margen de hipotéticos futuros empleos del predio, debe estarse a tal uso agrícola, que es el que realmente tiene. Con ello, pretende la parte demandante que el ancho del camino sea, en todo caso, de tres metros o más. Y tal pretensión, como correctamente recoge la sentencia recurrida, no queda justificada, puesto que el paso que se venía utilizando es el que había a través de la finca NUM 8 y, para llegar a él, a través de la vía asfaltada que es utilizada por otras propiedades. Y tal paso no tenía la anchura de tres metros, sino menos.

Así se observa también en el reconocimiento judicial que tuvo lugar, puesto que en el camino asfaltado utilizado por varias fincas, incluida la de la actora, hay puntos en que no llega a los tres metros de ancho. Junto al dato probado indicado, de no haber sido necesario emplear más que la anchura del camino asfaltado, menor a los tres metros, se unen los demás tenidos en cuenta como probados al respecto en la sentencia recurrida, tales como que la finca es de secano, que no reúne la superficie mínima de cultivo, que es no urbanizable, o que está situada en polígono de terreno en su mayoría no urbanizable. Datos, en definitiva, que no justifican que sea necesariamente establecido un paso de tres metros de anchura, sino que evidencian que era y es suficiente al uso real de la finca el paso de anchura inferior que se venía empleando desde tiempo atrás, primero a través del camino asfaltado de uso común de varios vecinos, y luego a través de la finca NUM 8. De modo que, finalmente, no queda justificado que deba tener lugar la constitución de la nueva servidumbre que se pretende a través de la finca NUM 7 sólo por el hecho de querer alcanzar los tres metros de ancho.»

Sentencia 12/2022, de 18 de mayo

Ponente: MANUEL BELLIDO ASPAS

Pensión de alimentos a hijo menor. Criterios a considerar

CUARTO.- Segundo motivo de casación. Alegaciones del recurrente. 25. Se interpone recurso de casación por un segundo motivo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3 LEC y 2.1 y 2 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, de casación foral aragonesa, por entender infringido el artículo 82 CDFA. La parte alega tanto que la cuantía del asunto es superior a 3000 euros como la existencia de interés casacional. 26. Entiende la parte que la contribución de los progenitores a los gastos de asistencia de los hijos comunes fijada en la sentencia de primera instancia y confirmada en apelación, vulnera el principio de proporcionalidad, en tanto el juez de primera instancia y el tribunal de apelación incurrir en un razonamiento ilógico e irracional. Para llegar a esta conclusión, en el recurso se hace un estudio de la diferencia de ingresos entre ambos progenitores, los gastos generados por los hijos comunes, el coste de oportunidad que sufre la madre por el hecho de atribuirse la guardia y custodia de los hijos y la percepción de un complemento de ayuda mensual por hijos que la empresa concede en la nómina del padre. Doctrina de esta Sala. 27. En relación al acceso del principio de proporcionalidad al recurso de casación, esta Sala tiene señalado, entre otras, en la STSJAr de 27 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TSJAR:2020:488) —mencionada en el propio recurso. Resolución del recurso. 28. En el presente caso, el tribunal de apelación motiva razonadamente los argumentos por los que fija la pensión de alimentos impugnada. Así, parte de los ingresos de cada progenitor, sobre los que no se plantea controversia, y considera las siguientes circunstancias: que los hijos acuden a un centro público escolar y que existe un patrimonio común de cierta relevancia al margen de lo que resulta la liquidación del consorcio.

Y a estas razones añade las expuestas en la sentencia de primera instancia, en la que, si bien se reconoce la importante diferencia entre los ingresos del padre y de la madre, se argumenta que no sólo se debe atender a los ingresos de los padres, también a las necesidades reales de los hijos y al hecho de que la madre que ostenta la custodia también debe efectuar su aportación al sustento de estos. 29. El artículo 82.2 CDFA dispone que la contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de los hijos se determinará por el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres. De este precepto no resulta que la contribución de cada progenitor deba ser exactamente proporcional a los ingresos de cada cónyuge, sino que el Juez puede valorar otras circunstancias, entre ellas, sus necesidades, tal como establece la sentencia de instancia. 30. Por ello, en el presente caso, no se considera que la cantidad fijada en las sentencias sea irrazonable, ilógica o incurra en error; por lo que no concurren los requisitos exigidos para estimar el motivo».

Sentencia 13/2022, de 1 de junio de 2022

Ponente: FERMIN FRANCISCO HERNANDEZ GIRONELLA

Alimentos de hijos mayores de 26 años. No procede la aplicación de las normas reguladoras del derecho de alimentos en general, sino las propias de derecho de familia.

«QUINTO. - Resolución del recurso de casación La parte recurrente señala como motivo de casación la infracción de los arts. 69 y 82 CDFA puestos en relación con los arts. 142 y 152 del CC Entiende que el primero de los preceptos citados tan solo autoriza la continuidad de la prestación de alimentos, una vez alcanzada por el hijo la mayoría de edad, para completar su formación académica, que le permita integrarse el mercado laboral; lo que en el presente caso no ocurre ya que la hija, que ya ha alcanzado los treinta años, no ha mostrado el interés exigible en los estudios, ya que ni siquiera ha acabado la ESO. Ciertamente, tanto la sentencia de primera instancia como la sentencia de apelación coinciden en señalar que hay que dar por extinguida la pensión derivada del artículo 69 del CDFA; pero en ambas sentencias se concede una nueva pensión de alimentos, continuación de la acordada en el proceso de separación matrimonial, con fundamento en los arts. 142 y siguientes del CC, que no ha sido objeto de petición por la parte, ni de prueba o debate, en ninguna de las instancias, produciendo con ello indefensión a la parte recurrente que no ha podido oponerse a la misma.

Así las cosas, esta Sala entiende que la sentencia recurrida infringe ambos preceptos: en primer lugar, porque aplica indebidamente el art. 142 del CC, en cuanto que, como se ha razonado en fundamentos jurídicos anteriores, no puede confundirse el derecho de alimentos entre parientes a los que se refiere la regulación que contempla este precepto, con los gastos de crianza y educación de los hijos (art. 82 del CDFA), incluso de los hijos mayores (art 69 del CDFA), y por tanto no puede establecerse una pensión de alimentos amparada en el CC, dando continuidad a una pensión establecida en favor de los hijos en un proceso matrimonial, sin que ninguna de las partes lo haya pedido, y sin que los parámetros que deben definir esa nueva pensión hayan sido objeto de debate en el procedimiento, causando indefensión a la parte demandante que nada ha podido alegar ni probar sobre esta cuestión En segundo lugar, porque no aplica el art. 69 del CDFA, que debería haber determinado sin más la extinción de pensión, en los términos que señala el párrafo segundo del precepto citado: El deber al que se refiere el apartado anterior se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos. Así lo hemos declarado en nuestra reciente sentencia de 13 de octubre de 2021, con cita de la sentencia 17/2017: "(...) de acuerdo con la norma aragonesa antes transcrita (art 69 CDFA), la obligación de contribuir al mantenimiento de la prole se extingue cuando los hijos alcanzan la edad de 26 años, y solo excepcionalmente persiste posteriormente, lo que exige que o en el convenio o en decisión judicial previa se hubiere fijado una edad distinta, lo que, como señala el actor, no ha ocurrido en el presente

caso". 7 JURISPRUDENCIA En consecuencia, el recurso debe de ser estimado al entenderse vulnerado el art 142 del CC, en su aplicación como alternativa del art. 69 del CDFA, y, en consecuencia debemos casar y anular la sentencia recurrida, manteniendo la vigencia de la sentencia dictada en la primera instancia, conforme a lo pretendido por la parte recurrente.»

Sentencia 14/2022, de 15 de junio

Ponente: IGNACIO MARTINEZ LASIERRA

Pensión alimenticia hijos comunes, momento de inicio obligación pago.

«QUINTO.- El segundo motivo del recurso de casación alega infracción del artículo 106 del Código civil y del artículo 774.5 de la LEC porque la sentencia recurrida eleva la pensión alimenticia de cada hijo a la suma de 1.300 euros mensuales desde la fecha de la presentación de la demanda. El recurrente cita reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo conforme a la cual cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación (STS nº 162/2014, de 26 de marzo). Ha de tenerse en cuenta, además, que con anterioridad a la presentación de la demanda, según recoge la sentencia del juzgado en su fundamento tercero, los padres acordaron medidas transcritas en el poder notarial de 28 de agosto de 2018 relativas a la custodia individual a cargo de la madre, uso de la vivienda familiar por la madre e hijos, vacaciones y medidas económicas para cuando los hijos volvieran a vivir en España, por lo que el padre ya venía obligado al cumplimiento de las mismas y las medidas acordadas en la sentencia de primera instancia sustituirían a las acordadas entonces. Es la situación a la que se refiere la anterior sentencia del Tribunal Supremo, de que los hijos ya estaban recibiendo alimentos, no en virtud de medidas provisionales como en aquel caso sino por acuerdo entre los progenitores, por lo que las dictadas ahora en la sentencia del juzgado no eran las primeras por las que se atendía a la provisión de lo necesario para los hijos. En consecuencia, se estima este motivo del recurso, como también solicita el Ministerio Fiscal, revocando la obligación de que la pensión alimenticia a favor de los hijos sea satisfecha desde la presentación de la demanda en el importe ahora señalado.»

Sentencia 17/2022, de 21 de diciembre

Ponente: JAVIER SEONE PRADO

Consecuencias absolución en proceso penal respecto a modificación régimen de visitas.

«TERCERO.- Pues bien, en la interpretación del Art. 79.5 CDFA y de su correspondiente norma procesal contenida en el art. 775.1 LEC, hemos dicho(STJA nº 19/2014, rec 13/2014, y 5/2021, rec 48/2020):<El art. 79.5 CDFA no emplea la misma expresión que el art. 91 CC —alteración sustancial de circunstancias— para establecer el presupuesto que permite la modificación de las medidas definitivas previamente acordadas, sino la de concurrencia de "causas o circunstancias relevantes", lo que implica una mayor flexibilidad, que se explica porque las medidas a las que se refiere el art. 79.5 son todas ellas relativas a menores.

Por tanto, en relación a estas medidas, no se trata ya de constatar si ha quedado acreditada una alteración sustancial de circunstancias existentes en el momento en que recayó la previa decisión judicial, sino si concurren o no aquellas causas o circunstancias que por su relevancia justifican la modificación de las medidas, y ciertamente la tienen todas aquellas que evidencien que las acordadas ya no se convienen con el interés del menor que ha de quedar salvaguardado en todo caso, como ha sido indicado por

esta Sala entre otras, en SSTSJ 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre, en recta interpretación de la normativa aplicable, entre la que destaca como específico para los procesos de ruptura de la convivencia familiar el art. 76.2 CDFA, conforme al que: "Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos".

Y en el mismo sentido, tras la modificación operada en el art. 90.3 CC por la L 15/2015, el TS ha venido entendiendo que la nueva redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio sustancial, pero si cierto, y que por ello puede acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, por causas justificadas (STS nº 124/2019, de 26 de febrero). De acuerdo con tal criterio hemos de afirmar que la conclusión de una causa penal de las contempladas en el art. 80.6 CDFA sin condena ha de ser tenida como un cambio de circunstancias relevante, pues así lo exige el criterio expuesto entre otras en nuestra STJA nº 28/2013, rec 7/2013, en el que señalamos que una vez que sea decidida por la jurisdicción penal competente la presencia o no de delito, carece ya de motivo de aplicación este artículo 80.6, pues entonces los preceptos aplicables son: si la sentencia penal es absolutoria, la disposición adicional cuarta del CDFA; y si tal resolución es condenatoria, como ocurre en este caso, el artículo 153 del Código Penal.

No resulta de la sentencia de divorcio que la existencia de la causa penal se hubiera tenido en consideración para la adopción de la medida, pues carece de toda motivación al respecto dado que fue tomada de mutuo acuerdo por los padres, pero hemos de compartir que hubo que ser tenida en cuenta por el marido para alcanzar tal acuerdo, pues en aquel tiempo no era factible la custodia compartida dada la pendencia penal. En consecuencia, procede dar lugar al primero de los motivos de casación por infracción del art. 79.5 CDFA, pues sí es de apreciar un cambio de las circunstancias relevante que abre la posibilidad de revisión de las medidas definitivas acordadas en su día.»

Sentencia 18/2022, de 21 de diciembre

Ponente: FERMÍN FRANCISCO HERNÁNDEZ GIRONELLA.

Relaciones entre patrimonios en régimen matrimonial de separación de bienes.

«QUINTO. Recurso de casación foral Se interpone al amparo del artículo 477.1 de la LEC, por entender que la sentencia que se recurre infringe el artículo 226 del CDFA, que regula las relaciones entre patrimonios y al que se remite el artículo 204 del mismo Código sobre el régimen jurídico del régimen económico matrimonial de separación de bienes, en relación con el artículo 187 del CDFA, 221 CDFA y 1438 del Código Civil, relativos a la contribución de los cónyuges a los gastos derivados de las necesidades familiares, en proporción a los recursos económicos de los progenitores El planteamiento del recurso es que, habiendo residido el actor en la vivienda privativa de la demandada, desde su adquisición, en el año 2009, en donde también ha ejercido su profesión sin pagar nada por ello, es evidente que se ha enriquecido por ello en detrimento de su esposa. Estima, por tanto, que la cantidad de 23.000 €, que como diferencial de lo abonado por su esposo reconoce en la contestación a la demanda, quedaría más que sobradamente compensado por el hecho de haber residido y ejercido su profesión gratis en la vivienda de su propiedad, durante la convivencia.

Entiende la parte recurrente que la sentencia recurrida incurre en el error de entender que la pretensión de compensación se basaba en la institución del enriquecimiento injusto, y añade, un nuevo argumento: Que el art. 221 CDFA con relación al art. 218.1 CDFA, que regula la contribución de los cónyuges a las atenciones básicas de la familia, establece un deber de contribuir por mitad a

dichas atenciones, y por tanto, el incumplimiento de esta obligación por parte del actor, la mayor aportación o contribución de la recurrente para atender a esta obligación justificaría la aplicación del art. 226 CDFA.

Este planteamiento no puede ser asumido. El art. 216. 1 del CDFA dispone que los patrimonios de los cónyuges y el común deben reintegrarse entre sí aquellos valores que cada uno hubiese lucrado sin causa a costa de los otros. El criterio de este Tribunal (STSJ del 05 de julio de 2019 (ROJ: STSJ AR 1325/2019), con cita de la Sentencia de esta Sala de 11 de diciembre de 2006 es que, el presupuesto para la aplicación de este reintegro es desplazamiento de bienes de un patrimonio hacia el otro, que es compensado con el ingreso, en el patrimonio que lo sufre, de un crédito por su importe; en otras palabras, el aumento de una masa patrimonial a costa de la otra, convierte a la beneficiada en deudora de la que sufre la disminución. Pues bien, es evidente que dicho precepto no es aplicable al caso enjuiciado, pues el hecho de que el actor ejerciese su profesión habitual en la vivienda familiar, estableciendo en la misma su despacho profesional, no determina en modo alguno un desplazamiento patrimonial ni, correlativamente, un menoscabo del patrimonio de la titular de la vivienda que deba de ser compensado.

Por otra parte esta compensación no puede ampararse tampoco en una supuesta vulneración de la obligación de contribuir a la atención a la familia, no solo porque de ello tampoco se derivaría un trasvase entre los respectivos patrimonios de los cónyuges, sino porque esta contribución debe de hacerse "proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos" (art. 1438 del Código Civil), y no puede eludirse que ha sido el acuerdo de los cónyuges el que ha venido determinando, constante matrimonio, la cuantía y la periodicidad de la aportación que cada uno ha hecho para el levantamiento de las cargas del matrimonio.

No debe olvidarse que, como señala la doctrina, el régimen de separación de bienes es expresión de la libertad de pacto de los cónyuges, no solo en el momento de acordarlo, sino durante toda la duración del matrimonio, adaptándolo a las circunstancias familiares, económicas, fiscales, profesionales y laborales de los cónyuges, por lo que la obligación de atender a las necesidades de la familia tiene carácter relativo y variable, en cuanto a su duración y a su importe, en función de las circunstancias particulares de cada una. En consecuencia, el recurso debe de ser desestimado»

Sentencia 19/2022, de 21 de diciembre

Ponente: FERMÍN FRANCISCO HERNÁNDEZ GIRONELLA.

Nulidad cláusula desheredación y legítima.

«TERCERO. - Decisión de la Sala. Como se ha dicho en el fundamento jurídico anterior, la pretensión del recurrente se concreta en que, ante la declaración de nulidad de la cláusula de desheredación declarada por la Audiencia, se proceda a la apertura de la sucesión intestada del causante. La sentencia recurrida rechaza esta pretensión y tan solo reconoce a los demandantes, en cuanto que únicos hijos del causante, el derecho a la legítima colectiva (el 50% del caudal relicto) La sentencia recurrida hace aplicación del art. 513.3 del CDFA, señalando: "No nos hallamos, como pretenden los actores-apelantes, ante una causa de desheredación errónea (art. 514 C.D.F.A.) porque no se ha producido un error sino una desheredación pretendida que no cumple los requisitos expresados en el art. 509. Por ello, procede declarar la nulidad de esa disposición y reconocer a los demandantes el derecho a la legítima (del 50% del caudal) pero no a que se proceda a la apertura de la sucesión intestada dado que hay designación de herederos".

El art. 513 del CDFA dispone: "1. La exclusión es absoluta cuando el disponente ha expresado su voluntad de privar al excluido de todo derecho en la sucesión. La misma consideración tiene la desheredación pretendida que no cumpla los requisitos expresados en el artículo 509.2. Los excluidos absolutamente quedan privados del derecho a suceder abintestato y del de ejercitar la acción de lesión que pudiera

corresponderles, en los que serán sustituidos por sus estirpes de descendientes si los tuvieran. 3.- No obstante, si la exclusión absoluta afecta a todos o al único legitimario, conservarán el derecho a suceder abintestato y a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma".

La parte recurrente entiende que el precepto aplicable a las consecuencias de la nulidad no es el art. 513 sino el art. 514, que establece: "Si el motivo de la exclusión, aun absoluta, o la causa de la desheredación, expresados en el título sucesorio, son erróneos, pero no han sido determinantes, se tienen por no puestos. Si han sido determinantes, se producen para los legitimarios de grado preferente las consecuencias de la preterición no intencional". (la apertura de la sucesión abintestato).

Entiende la parte recurrente que, siendo incierta, y por tanto errónea, la causa de desheredación, tal y como ha declarado la sentencia de la Audiencia, y habiendo sido la misma determinante, la consecuencia no debe de ser el reconocimiento de la legítima a los herederos forzosos, sino la apertura de la sucesión intestada. Tal planteamiento no puede ser asumido por este Tribunal. Los artículos 513 y 514 del CDFA abordan cuestiones distintas: en el primero de ellos se regula la exclusión absoluta, esto es, la voluntad deliberada del testador de excluir de la herencia a todos o alguno de sus herederos, que produce la consecuencia de relegar al heredero o herederos de todo derecho en la sucesión, incluso en la sucesión legal, pero que, si afecta a todos o a un único legitimario, le reconoce el derecho, a la sucesión intestada, y a reclamar la legítima frente a terceros, si es que existiesen. A esta exclusión se equipará la desheredación que no cumple los requisitos legales, esto es, que no se ajusta a las previsiones de los arts. 509 y 510 del CDFA, tal y como ha ocurrido en el presente supuesto. Por el contrario, el art. 514 se refiere a la exclusión o causa de desheredación "erróneas", y este error debe ser considerado como vicio de consentimiento entendido, o bien como un falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida, o bien un desajuste inconsciente entre lo querido y lo manifestado. Así lo interpreta la doctrina mayoritaria, que considera que, en tales supuestos, el legislador presume que hubiere sido otra la voluntad del causante de haber salido de su error; por lo que, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto de la exclusión absoluta, la consecuencia debe de ser la prevista para la preterición no intencional. Pues bien, en consonancia con lo que sostiene la sentencia recurrida, entendemos que en el supuesto enjuiciado no se produjo una desheredación errónea, sino una desheredación que no se ajusta a los términos del art. 510 del CDFA, que se equipara en sus consecuencias a la exclusión absoluta. El testador manifestó en el testamento su voluntad de excluir a sus hijos de la sucesión por entenderse maltratado y abandonado por sus hijos. La sentencia recurrida reconoce la existencia del abandono, pero entiende que, al ser éste motivado por la actitud del padre, no puede subsumirse en la causa de desheredación prevista en el art. 510. c) del CDFA. No existe por tanto una desheredación errónea, sino una desheredación que no se ajusta a los parámetros legales, por lo que la consecuencia de la misma debe de ser la prevista para la exclusión absoluta en el art. 513 del CDFA, esto es el reconocimiento a los injustamente desheredados, a reclamar la legítima colectiva de los herederos designados en el testamento. En consecuencia, el recurso debe de ser desestimado».

3. DIVULGACIÓN Y ESTUDIO DEL DERECHO FORAL ARAGONÉS

El Justicia tiene encomendadas dos funciones que lo hacen singular y que al tiempo definen el entramado institucional de nuestra Comunidad: la Tutela del Ordenamiento Jurídico Aragonés y la Defensa del Estatuto.

Además de la labor realizada como tal en esa tutela y defensa ya expuesta, desde la Institución se realizan actividades dirigidas a difundir entre la ciudadanía nuestro Derecho Foral y Estatuto de Autonomía.

Estas se realizan de forma tradicional en forma de conferencias, publicaciones y jornadas.

Las conferencias realizadas en 2022 fueron las siguientes:

- 06/04: El Lugarteniente del Justicia imparte charla sobre la Institución y el derecho foral en el IES Ramón Pignatelli.
- 24/05: El Lugarteniente del Justicia participa en la Jornada Cultural organizada en el CEIP Catalina de Aragón de Zaragoza, incidiendo en el derecho foral.
- 18/10: El Lugarteniente del Justicia imparte Charla sobre los Fueros de Aragón, organizada por el Club Cultural 33, en el Colegio La Salle Franciscanas Gran Vía.
- 24/10: El Lugarteniente del Justicia participa en la Fiesta de la Historia, en la Facultad de Educación de la Universidad de Zaragoza, dedicada al Justiciazgo.
- 07/11: El Lugarteniente del Justicia clausura el Curso; El Derecho Civil Aragonés en el Siglo XXI «*La salvaguarda del Derecho civil aragonés y su aplicación*» en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.
- 24/11: El Lugarteniente del Justicia imparte charla a alumnos de 1º Bachillerato del IES Pilar Lorengar, sobre «*El Estatuto de Autonomía y la importancia para la Democracia Española*».
- 14/12: El Lugarteniente del Justicia imparte charla a los alumnos de la Universidad San Jorge Senior, sobre derecho foral, junto a una visita a la sede de la Institución.

Así mismo, el Justiciazgo colaboró en la difusión y comunicación del «*I Congreso Internacional Persona y Derecho Civil: Los retos del Siglo XXI*» organizado por el Grupo de Investigación y Desarrollo del Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, dirigido por la profesora Carmen Bayod y en cuya mesa inaugural participó la Secretaria General del Justicia de Aragón.

En el ámbito de las publicaciones, son dos las relativas a nuestro derecho en las que se ha trabajado en 2022 y está prevista su publicación en 2023; una conmemorativa del 40 aniversario de nuestro Estatuto de Autonomía, editado junto a la Fundación Manuel Giménez Abad, en el que la profesora Carmen Bayod trató la perspectiva en estos años del derecho foral, y otro de temática histórica sobre la figura del Merino de Manuel Gómez de Valenzuela.

Nuestra Institución continúa participando en la redacción, edición y publicación de la revista «Actualidad del Derecho en Aragón» junto a la Asociación de Letrados de la Comunidad Autónoma de Aragón, el Colegio Oficial de Graduados Sociales de Aragón, la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y el Gobierno de Aragón, que igualmente editó un número extraordinario con motivo de la efeméride de nuestra norma institucional básica.

El 21 de junio se celebró el Foro de Derechos Ciudadanos, organizado por El Justicia de Aragón y la Fundación Manuel Giménez Abad, en el Palacio de la Aljafería. Se trató de la tercera edición del Foro, constituido para profundizar sobre los derechos emanados de nuestro Estatuto de Autonomía, y que en este ejercicio estuvo dedicado al Derecho a la Educación, recogido en el Art. 21 de nuestro Estatuto.

El Foro de Derecho Aragonés celebró en 2022 su XXXI Encuentros, y sus sesiones se desarrollaron los días 8 y 15 de noviembre en el Salón de Actos del Colegio de Abogados de Zaragoza y el 22 de noviembre en el Museo de Teruel, siendo por primera vez, grabadas en video para su publicación en la web de la Institución junto a las actas tradicionales impresas.

La primera jornada y bajo el título «vecindad civil: presente y perspectivas de futuro» fue desarrollada por el ponente Jesús Delgado Echeverría, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza y los coponentes Adolfo Calatayud Sierra, Notario y Luis Montes Bel, Abogado.

La segunda jornada tuvo como materia la «aplicación del derecho civil aragonés a extranjeros». Teniendo como ponente a Pilar Diago Diago, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Zaragoza y como coponentes a Isabel Guillén Broto, Abogada y a Miguel Ángel Lorient Rojo, Registrador de la Propiedad.

Y por último, el salón de actos del Museo de Teruel acogió la sesión que con el título *«la representación política en Aragón: reforma estatutaria sobre distribución de escaños entre las provincias aragonesas y otros problemas electorales»* albergó las exposiciones de Enrique Cebrián Zazurca, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Zaragoza: *«La reforma estatutaria en materia de distribución de escaños entre las provincias aragonesas»*, de Carmen Rubio de Val, Letrada de las Cortes de Aragón: *«Peculiaridades electorales en la administración local aragonesa: concejos abiertos y comarcas»* y de Luis Carlos Martín Osante, Magistrado sobre *«La impugnación de censos electorales en período electoral»*.

Recordamos que el Foro de Derecho Aragonés está compuesto, además de nuestra Institución, por las siguientes instituciones y entidades: Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Fiscalía Superior de Aragón, Cámara de Cuentas de Aragón, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Universidad San Jorge, Colegio Notarial de Aragón, Colegio de Abogados de Zaragoza, Colegio de Abogados de Huesca, Colegio de Abogados de Teruel, Colegio de Procuradores de Zaragoza y Colegio de Registradores de la Propiedad.

Y cerrando el grupo de iniciativas de profundización de los derechos y libertades de los aragoneses en cooperación con otras instituciones, el 20 de abril, y con motivo del día nacional del niño que se celebra el 15 de ese mismo mes, se organizó por vez primera la Jornada sobre los Derechos de los Niños y las Niñas junto al Ayuntamiento de Huesca.

Más de 100 personas inscritas protagonizaron este primer encuentro que analizó los derechos de los aragoneses más jóvenes mediante charlas y talleres en el Centro Cultural Manuel Benito Moliner.

En las charlas se abordaron sus derechos y su defensa desde el Justiciazgo con la participación de tres asesores; Andrés Esteban, asesor del Área de Menores, centró su intervención sobre del interés superior del menor y los derechos de

escucha y participación; María Jesús Cruz, asesora del Área de Educación valoró los derechos de estos en el ámbito de la educación y David Acín, Asesor de Atención a la Ciudadanía, expuso de una manera didáctica las relaciones entre padres e hijos en el Derecho Foral de Aragón.

Por último, y dentro de las participaciones en organismos relativos al derecho aragonés, habida cuenta de la importancia de los recientes cambios legislativos en la materia, ha destacado especialmente la participación del Lugarteniente del Justicia en las reuniones de la Comisión Técnica de Discapacidad con la intervención de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, en el Colegio Notarial de Aragón los días 19 de abril, 8 de junio y 14 de septiembre.

B) CURSOS, CHARLAS Y SEMINARIOS SOBRE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

CARMEN BAYOD LÓPEZ
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

1. CURSOS EN LA UNIVERSIDAD DE LA EXPERIENCIA

Como he dado cuenta en otras ocasiones, en el curso 2001-2002 se inauguró por primera vez en Zaragoza la llamada Universidad de la Experiencia, y contó con un curso de Derecho civil aragonés.

En la actualidad, y por vigésimo segundo año consecutivo, el Derecho civil aragonés sigue estando en la nómina de los cursos que allí se imparten y cada año con más alumnos y éxito.

En este curso 2023-2024, *El Derecho civil aragonés en el siglo XXI*, al igual que en años anteriores, ha tenido una duración de veinte horas, y ha estado coordinado por la prof^a. Bayod.

En el desarrollo del mismo han intervenido los doctores José Antonio Serrano García, Carmen Bayod López, M^a Teresa Alonso Pérez, Elena Bellod Fernández de Palencia, José Luis Argudo Périz, Miguel Lacruz Mantecón, Aurora López Azcona, Javier Pérez Milla, María Biesa Hernández y el doctorando Gerardo Aguas Valero, que forma también parte del grupo IDDA.

El curso cuenta con la colaboración y financiación del Justicia de Aragón, que este año académico inaugura el curso; si bien, por fin del mandato y jubilación del Justicia Dolado, pronunció la lección el Lugarteniente en funciones, D. Javier Hernández.

2. CURSO EN LÍNEA DERECHO CIVIL ARAGONÉS

El CGPJ, dentro de su programa de formación continua, ha ofertado una vez más *un curso en línea de Derecho aragonés*, en la que ya es su 9^a edición (septiembre 2023-abril 2024).

El curso cubre un doble propósito: por un lado ofrecer a los integrantes de la carrera judicial la posibilidad de obtener la titulación que acredita la especialización en Derecho civil aragonés, que podrán hacer valer como mérito preferente en los concursos para órganos jurisdiccionales de Aragón (art. 341.2 LOPJ y arts. 71y ss. del R.CGPJ 2/2011, de 28 de abril, de la Carrera Judicial); y, por otro, fomentar el conocimiento del Derecho propio de Aragón entre los jueces que deben aplicarlo o que pueden hacerlo en el futuro contribuyendo así al desarrollo de un Derecho con tan larga tradición histórica y trascendencia en Aragón.

El curso está dirigido por el Excmo. Sr. Manuel Bellido Aspas, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, contando con la Dirección técnica de Rafael Fernández de Paiz, Fiscal, Letrado del Servicio de Formación Continua de la Escuela Judicial

En la impartición del curso participaron juristas procedentes de distintos ámbitos: la judicatura (F. Zubiri de Salinas, J. Seoane, C. Samanes, I. Martínez Lasierra; J. Arqué Bescós, J. Medrano Sánchez, L. Gil Nogueras, M. Diego Diago, F. J. Polo Marchador; J. Nieto Avellaneda, M.C.Royo Jiménez), la Universidad (J. Delgado, J.A.Serrano, C. Bayod, Alfredo Sánchez-Rubio, E. Bellod, J.L. Argudo, M. Lacruz Mantecón, A. López Azcona) y el Notariado (F. Agustín Bonaga, A. Catalayud, J.M. Enciso Sánchez, J.M.Navarro Viñuales).

La formación académica se desarrollará entre los meses de septiembre de 2023 a abril de 2024, impartándose un total 24 temas distribuidos en seis módulos (Historia y Fuentes; Derecho de la persona y familia; Derecho de sucesiones. Sucesión voluntaria; Derechos legitimarios. Sucesión legal y Derecho de bienes, Obligaciones y Procesal).

Hasta la fecha se han editado dos libros en formato electrónico con las lecciones redactadas por los profesores del curso.

Este curso se desarrolla en línea a través de la plataforma Moodle desde el servidor del CGPJ.

3. CÁTEDRA DE DERECHO CIVIL Y FORAL DE ARAGÓN

El pasado 31 de marzo de 2023 se firmó un convenio de colaboración entre la Universidad de Zaragoza, el Gobierno de Aragón, las Cortes de Aragón y el Justicia de Aragón, por el que se crea la Cátedra institucional de Derecho civil y foral de Aragón, que cuenta con financiación de todas las instituciones implicadas (BOA núm. 81, de 2 de mayo de 2023). El 20 de abril de 2023 se constituyó la *Comisión mixta de seguimiento* de dicha cátedra, integrada por los representantes de cada una de las Instituciones (Lugarteniente del Justicia, Letrada Mayor de las Cortes, Director General de Desarrollo Estatutario, Secretaria General de la Universidad) y dos profesores de la universidad de Zaragoza (Serrano García y Argudo Pérez, secretario de la Comisión) en esa reunión, la doctora Carmen Bayod López, promotora de esta cátedra, fue propuesta como directora de la misma y nombrada por el rector al día siguiente.

La cátedra tiene, entre otras funciones y objetivos, la formación de jóvenes doctores en Derecho civil aragonés, así como la investigación, transferencia y divulgación de nuestro Derecho, pero, sobre todo, quiere ser un punto de conexión entre la Universidad y la práctica forense.

En razón de ello, se han firmado ya varios convenios de colaboración con los colegios de Registradores y Notarios de Aragón al efecto de financiar sendos premios de investigación en Derecho civil foral aragonés a los mejores TFG y TFM, por parte de los primeros; y un premio de investigación en dicha materia, denominado «Vidal de Canellas», por parte de los segundos. Están en trámite otros convenios con otros colectivos jurídicos al objeto de premiar a la mejor tesis doctoral en Derecho civil y foral de Aragón.

Para la valoración de estos premios y contar con la colaboración de estos colegios profesionales en la cátedra se ha creado *Consejo asesor*, que preside el maestro Delgado, y lo integran, la directora de la cátedra y varios miembros del grupo de Investigación y Desarrollo del Derecho civil de Aragón (Lacruz Mantecón, Vicente y Guerrero, Baltar Rodríguez, Agustín Bonaga y Calatayud Sierra), así como un representante de las instituciones firmantes (Oliván, Justicia; Latorre; Cortes y DGA) y de los colegios profesionales (Cruz Gimeno, Decano del Colegio notarial de Aragón; Lorient Rojo, Colegio de Registradores). La cátedra cuenta con un investigador que realiza su tesis doctoral en Derecho civil aragonés.

La creación de esta cátedra tuvo su origen en la propuesta que, a las tres instituciones aragonesas, formuló la profesora Bayod. Era evidente que, entre las cátedras institucionales ya creadas, se echaba de menos la existencia de una Cátedra de Derecho aragonés, máxime cuando el art. 1.3 EA de Aragón, identifica al Derecho foral de Aragón como signo de identidad de Aragón y de los aragoneses. La creación de esta cátedra va a permitir fomentar la investigación del Derecho foral de Aragón y fomentar la investigación y divulgación de nuestro Derecho, así como situar estratégicamente, como en otros tiempos, a Aragón en el marco del Derecho Europeo.

Por ello, sólo queda agradecer a todas las instituciones firmantes este compromiso e invitar a colaborar con la misma a todos los aragoneses que tengan interés por la defensa del nuestro Derecho civil y foral.

La cátedra cuenta con una página web que se conecta también con el Grupo de Investigación y Desarrollo del Derecho civil de Aragón.

<https://www.catedradcfa.es/>

4. DIVULGACIÓN: LA TRIBUNA DE LA CULTURA

El Instituto de Patrimonio y Humanidades (IPH), en colaboración con el Vicerrectorado de Cultura y Proyección Social, patrocina un ciclo de conferencias de divulgación ‘La Tribuna de la Cultura’ el jueves, 20 de abril, a las 19 h

en la sala Pilar Sinués del Edificio Paraninfo intervino la investigadora del IPH Carmen Bayod, catedrática de Derecho civil, que fue la encargada de pronunciar la siguiente conferencia: «Cuestiones prácticas sobre Derecho civil foral de Aragón».

El Derecho civil es el derecho de lo cotidiano, el que acompaña a la persona a lo largo de su vida: regula cuándo una persona es mayor o menor de edad, si puede o no testar, cuál es su régimen económico matrimonial o quién le hereda si no ha otorgado capítulos matrimoniales o testamento.

En España no hay un único Derecho civil y Aragón es una de las Comunidades autónomas que tiene un Derecho civil propio, cuyo origen se remonta al Vidal Mayor de 1247 y que hoy se contiene en el Código del Derecho foral de Aragón, en vigor desde el 23 de abril de 2011.

Lo interesante de esto es saber cuándo se aplica a quiénes y la multitud de posibilidades que en el ámbito del Derecho privado otorga a la ciudadanía: una legítima global, la posibilidad de testar en mancomún; la inexistencia de patria potestad o de gananciales y otras muchas cuestiones prácticas más.

5. «EL VIDAL MAYOR». LA JOYA DE LA IDENTIDAD ARAGONESA

Este documental, dirigido por Isabel Soria, se presentó el 26 de enero de 2023 en la sede central de la Caja Rural de Aragón. Impulsado por la Dirección de Política Lingüística del Gobierno de Aragón, ha sido patrocinada por diversas instituciones, entre ellas el Justicia de Aragón y la Dirección General de Desarrollo Estatutario. Participaron para hablar del Vidal Mayor los miembros del grupo IDDA, Jesús Delgado y Carmen Bayod.

6. CURSO SOBRE EL PAPEL DE LOS DERECHOS, MITOS Y LIBERTADES MEDIEVALES EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA MODERNIDAD POLÍTICA EN LA ESPAÑA CONTEMPORÁNEA

En el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de Zaragoza se celebró los días 4 y 5 de mayo un curso sobre el papel de los derechos, mitos y libertades medievales en la construcción de la modernidad política en la España contemporánea. En dicho curso participaron 14 ponentes especialistas en cada uno de los territorios implicados, y se desarrollaron varias mesas redondas.

El curso estuvo dirigido por el profesor Guillermo Vicente y Guerrero, miembro del grupo IDDA y profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Zaragoza. Estuvo financiado por La IFC, por el Grupo IDDA, por el IPH y por la recién creada Cátedra de Derecho civil y foral aragonés.

7. SEMINARIO SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Los días 26 y 27 de octubre de 2023, dirigido por el Dr. Guillermo Vicente y Guerrero, y coordinado por el doctorado Aguas Valero, se celebró en Zaragoza un importante seminario sobre libertad de expresión que como indica el director del mismo:

«El principal objetivo de este Seminario sobre Libertad de expresión consiste en reunir a un foro de juristas, historiadores y filósofos interesados en el análisis de la siempre compleja cuestión de la libertad de expresión en Europa, de su alcance y de sus límites, incidiendo especialmente en las principales corrientes de pensamiento político, jurídico y social que en cada momento le han servido de justificación teórica. Se busca profundizar en sus antecedentes históricos más próximos, en su desarrollo fáctico e institucional y en los retos, actuales y futuros, ante los que se encuentra en una sociedad cada vez más heterogénea y globalizada.

Por ello el Seminario se divide en dos partes bien diferenciadas. La primera de ella pretende, desde el campo preferentemente de la Filosofía del Derecho, discutir sobre su desarrollo histórico en Europa, prestando una especial atención a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El segundo bloque reflexionará, desde una perspectiva muy heterogénea, sobre los problemas que su aplicación genera en la actualidad, observando igualmente algunos de los principales retos que se verá obligada a abordar en un futuro próximo».

Este interesante seminario estuvo financiado por la Cátedra de Derecho civil y foral de Aragón y colaboró también el grupo de investigación IDDA. Fueron invitados miembros de las Cortes, el Gobierno de Aragón y el Justiciazo, así como los diversos colegios profesionales al formar parte de la Cátedra.

La conferencia de inauguración estuvo a cargo de la Dra. María Elósegui Itxaso (Magistrada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), y versó sobre *La libertad de expresión en el TEDH*; la de clausura fue pronunciada por la Dra. Carmen Bayod López (catedrática de Derecho civil), que disertó sobre *Límites a la autonomía de la libertad*.

Los temas a tratar fueron: *El discurso del odio en la jurisprudencia del TEDH* (Dr. Andrés Gascón Cuenca, Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia); *Libertad de expresión, democracia y ciudadanía* (Dr. Óscar Vergara Lacalle, Filosofía del Derecho, Universidad de La Coruña); *La libertad de expresión en el Norte de Europa* (Dr. Guillermo Vicente y Guerrero, Filosofía del Derecho, Universidad de Zaragoza); *Discurso del odio criminalizado versus libertad de expresión: una fina línea divisoria* (Dra. Carmen Alastuey Dobón, Derecho penal, Universidad de Zaragoza); *Libertad de expresión, censura y redes* (Dra. Eva Sáenz Royo, Derecho constitucional, Universidad de Zaragoza); *Los influencers: entre la libertad de expresión y la responsabilidad social* (D. Gerardo Aguas (Derecho civil, Universidad de Zaragoza); *El impacto de las nuevas tecnologías en la libertad de expresión y el derecho a la información*

(Dra. Olga Sánchez Martínez, Filosofía del Derecho, Universidad de Cantabria); *Inteligencia artificial, reconocimiento biométrico y lectura mental* (Dr. Miguel Lacruz Mantecón, Derecho civil, Universidad de Zaragoza). También tuvo lugar una mesa redonda, coordinada por el Dr. Andrés García Inda, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Zaragoza, con diversos periodistas y profesionales del mundo de la información, así como la presentación del libro sobre Libertad religiosa, editado por COLEX, fruto del Seminario realizado el año anterior.

8. ACTIVIDADES DE DIVULGACIÓN: *ARAGÓN Y SU DERECHO*. REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE ESPAÑA

Diversos miembros del grupo IDDA, Francisco Baltar, José Antonio Serrano, José Luis Argudo, Aurora López, Miguel Lacruz, Gerardo Aguas y la IP del grupo Carmen Bayod, se reunieron en la Academia de legislación y Jurisprudencia de Madrid, para poner en valor, divulgar y visibilizar el Derecho civil de Aragón. La Jornada tuvo como título *Aragón y su Derecho* y se expuso ante los académicos el contenido de nuestro Derecho civil propio.

Los temas tratados fueron los siguientes: *Las piezas del Derecho: la aplicación del Derecho civil de Aragón: ¿Dónde y a quién?* a cargo de D^a. Carmen Bayod López. Catedrática de Derecho Civil; *Derecho de la persona*, por D. José Antonio Serrano García. Catedrático de Derecho civil; Derecho de familia por D^a. Aurora López Azcona. Profesora Titular de Derecho civil; Derecho de Sucesiones por D. Miguel Lacruz Mantecón. Profesor Titular de Derecho civil y Derecho patrimonial a cargo de D. José Luis Argudo Périz. Profesor Titular de Derecho civil.

El acto de apertura fue presidido por D. Manuel Pizarro. *Presidente RAJyL*, y el de clausura por D. José Antonio Escudero. *Presidente de Honor RAJyL*.

IN MEMORIAM MANUEL GÓMEZ DE VALENZUELA

MIGUEL LACRUZ MANTECÓN

Profesor de Derecho civil

Universidad de Zaragoza

Cuando muere alguien como Manolo Gómez de Valenzuela se crea un vacío enorme no sólo en su propia familia, a la que desde estas líneas se transmite un sentido pésame, sino en la sociedad, y más en concreto en la aragonesa y zaragozana.

El embajador D. Manuel Gómez Valenzuela era un importante nodo en la tupida red de las familias y relaciones aragonesas, en particular las dedicadas al mundo jurídico, y quizá sus dilatadas ausencias en sus lejanos destinos, por su profesión de diplomático, le hacían más presente en la memoria de los que estábamos destinados a permanecer en España. Por su parte, él nunca se alejó demasiado —mentalmente— del solar aragonés, como se puede comprobar en su labor de autor jurídico e historiador. De hecho, al viajar se hacía acompañar de la parte de su biblioteca referida al tema en que estuviese trabajando en ese momento.

El obituario del *Heraldo de Aragón* resume los datos de su nacimiento de la siguiente manera: «El diplomático aragonés Manuel Gómez de Valenzuela ha fallecido este sábado (10 de diciembre 2022) a la edad de 78 años. Hijo de Luis Gómez Laguna y de Marieta Valenzuela (hija del teniente coronel Valenzuela), nació en 1944 y fue el mayor de 10 hermanos. Se licenció en Derecho y en Filosofía y Letras en la Universidad de Zaragoza entre 1961 y 1967. Tras su paso por la Universidad, ejerció como diplomático de carrera durante más de 43 años».

Lo que no dice, sin embargo (quizá porque es de todos sabido), es que Luis Gómez Laguna fue uno de los mejores alcaldes que ha tenido la ciudad de Zaragoza, impulsor de reformas como la de la Plaza del Pilar (la reforma buena, la que no se cargó los restos romanos), del Puente de Santiago o de terminar la repoblación forestal del monte de Torrero, luego Pinares de Venecia. O que fue uno de los fundadores de la asociación Montañeros de Aragón, en 1929, y que su afición al esquí y al montañismo le forjó unos importantes lazos con el Valle de

Tena y la villa de Panticosa. Su madre era hija del Teniente coronel Valenzuela, héroe de la Guerra de África al frente de la Legión. Tener estos padres evidentemente pone el listón muy alto, influye en la persona y obliga a más.

Volvamos a Manolo Gómez Valenzuela, nacido en 1944 y coetáneo por tanto de catedráticos señeros de la Universidad de Zaragoza como Guillermo Fatás o Jesús Delgado, perteneciendo a una generación nacida tras la guerra civil y que tuvo el protagonismo en la Transición a la España democrática fruto de la Constitución de 1978. Se licenció en Derecho y en Filosofía y Letras en la Universidad de Zaragoza, entre 1961 y 1967, siendo compañero de Facultad de los dos citados (luego) catedráticos. Primer premio de Licenciatura en Derecho y premio de la Academia General Militar en 1967 al mejor expediente de fin de carrera, pasando a continuación a la Escuela diplomática y, terminada ésta, comenzando su carrera como funcionario diplomático en 1970.

Comienza a partir de entonces un doble desempeño, un doble esfuerzo: el de diplomático de carrera y el de estudioso e investigador del Derecho y de la Historia, con abundante obra publicada.

Así es: como recoge D. Guillermo Fatás en el Prólogo de la obra póstuma de Gómez de Valenzuela, *El Merino de Zaragoza*, su carrera como diplomático abarca desde 1970 hasta su jubilación y recorre todos los peldaños de la carrera, Secretario, Consejero, Ministro plenipotenciario... Fue Subdirector de Próximo y Medio Oriente y de Asia Continental, y en 2005, con siete lustros de servicio, director de relaciones con la Santa Sede. Como dice Fatás, «El Ministerio de Asuntos exteriores fue su patria laboral». Estuvo destinado en Nouakchott, Düsseldorf, Bagdad y Argel, fue embajador en los Emiratos Árabes Unidos y Qatar, Mauritania, Siria, Chipre y El Cairo, terminando su carrera en la embajada de Kuwait, en 2007. Naturalmente, hablaba cuatro idiomas, y como apunta D. Guillermo, se defendía en otros cuatro, más latín y griego. Una vida al servicio del Estado.

Y al lado de este desempeño, la vida del estudioso, del investigador y del erudito, concretada en una larga serie de publicaciones, que comienzan, según D. Jesús Delgado (también en su Prólogo de la obra póstuma de Gómez de Valenzuela, *El Merino de Zaragoza*), en el año 1966 con dos traducciones del alemán por encargo de José Luis Lacruz Berdejo: la de *El negocio jurídico real abstracto*, de Philip Heck (en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario), y la de *Vidal Mayor: un código español del siglo XIII hoy de propiedad privada en Aquisgrán*, por G.M. Kauffmann (en el Anuario de Derecho Aragonés, XII). Como vemos, unos primeros trabajos en tema de Derecho privado e Historia del Derecho.

Sin embargo, acudiendo a los registros de la base de datos Dialnet, encontramos que las publicaciones inmediatamente posteriores de Gómez de Valenzuela son de tema histórico y artístico. Publica en 1968 un estudio titulado «La ermita de Villar de Sarsa y los tímpanos de Botaya y Binacua», más una traducción del francés («Las joyas de Nuestra Señora del Pilar de Zaragoza», de Charles Oman) y una nota en la revista *Seminario de Arte Aragonés*, XIII-XIV-XV, publicación del año 1968 de la Institución Fernando el Católico (CSIC). Le sigue un trabajo

sobre el castillo de Grosín, en la revista *Castillos de España*, de la Asociación de amigos de los castillos, de diciembre 1978, y otros estudios de carácter histórico-artístico. Hasta llegar a su obra *La vida cotidiana en Aragón durante la Alta Edad Media*, publicado en Librería General en 1980.

A partir de aquí, sin abandonar esporádicos estudios sobre historia del Arte, gana terreno la labor del erudito que, desde una base documental sólida, reconstruye con datos firmes una realidad histórica y jurídica centrada casi siempre en el Pirineo, en la Jacetania, en el Valle de Tena y en Panticosa donde su familia tenía casa desde hacía años. Las referencias son numerosísimas, no caben aquí todas. Se puede citar su estudio «La actividad mercantil de los judíos de Jaca y Huesca en el alto valle del Gállego (1426-1487)», en la *Revista de Ciencias Sociales* del Instituto de Estudios Altoaragoneses *Argensola*, en 1988, o el de «Desafillamientos. Valle de Tena (Aragón). 1436-1540», en esta misma *Revista de derecho aragonés*, ejemplar de los años 2001-2002, con la que colaboró bastantes veces.

Estos trabajos parten del estudio de archivos y protocolos de todo tipo, para empezar los propios, puesto que la familia compró la llamada «Casa Lucas», de Panticosa, cuyos papeles publicó en la *Revista de Ciencias Sociales del Instituto de Estudios Altoaragoneses Argensola* en 1994 (El archivo de casa Lucas, en Panticosa).

Es ahora cuando comienza una colaboración literaria entre el autor y la institución del Justicia de Aragón, publicando en la colección que auspicia éste con su misma denominación una serie de títulos que ponen a disposición del estudio del Derecho aragonés, o al interesado en la vida y la pequeña historia de Aragón, un acervo documental valiosísimo.

Efectivamente, entre 2002 y el actual 2023, la producción de Gómez de Valenzuela comprende 13 libros en la colección El Justicia de Aragón, algunos años con varios títulos, como 2002, con *Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el Valle de Tena (1426-1803)* y *Testamentos del Valle de Tena (1424-1730)*, o 2003, con *Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el Alto Gállego (1428-1805)*, *Capitulaciones matrimoniales de Jaca y Derecho Municipal aragonés. Estatutos, actos de gobierno y Contratos (1420-1789)*. En 2005 publica una miscelánea documental sobre *Notarios, artistas, artesanos y otros trabajadores aragoneses (1410-1693)*, y a continuación produce una ingente recopilación de escrituras referidas a capitulaciones matrimoniales de la zona pirenaica aragonesa: 2006, *Capitulaciones matrimoniales del Somontano de Huesca*, 2009, *Capitulaciones matrimoniales de la Jacetania*, 2010, *Capitulaciones matrimoniales de Barbastro y su Somontano (1459-1775)*, 2013, *Capitulaciones matrimoniales de Sobrarbe (1439-1807)*. En 2014 vuelve al estudio de aspectos relacionados con la profesión jurídica en *Al margen de los protocolos notariales aragoneses memorias y crónicas, antología de poesía notarial y notas varias (1429-1711)*, en 2016 trata de aspectos generales en *Antología de documentos de Derecho civil histórico aragonés (1423-1798)*, y, por último, tras su muerte, el Justicia publica en 2023 su estudio sobre *El Merino de Zaragoza (Siglos XIII a XVI)*. Como vemos, una lista de publicaciones digna del mejor erudito, poniendo a disposición de todos los estudiosos sus hallazgos documentales en muy distintos archivos aragoneses.

Pero al lado de estos rigurosos y precisos estudios, D. Manuel nunca olvida su gusto por el arte, publicando también trabajos sobre este tema, también centrados en el solar aragonés. Así entre sus últimas producciones tenemos «Documentos sobre pintura gótica en Aragón en el siglo XV», junto a María del Carmen Lacarra Ducay en *Cuadernos de Aragón*, N° 88 del corriente 2023, o unas «Notas sobre platería y plateros en Jaca y su diócesis: Siglos XV a XVII», en *Aragonia sacra: revista de investigación*, N°. 26, 2022. También encontramos su gusto por la arquitectura sacra en «La Iglesia de Sallent de Gállego: arte e historia», *Aragonia sacra: revista de investigación*, N°. 24, 2017, o en «Las bóvedas de la nave central y el retablo mayor de la catedral de Jaca. Estudio documental», en *Estudios de historia del arte: libro homenaje a Gonzalo M. Borrás Gualis*, de 2013.

O caprichos, fruto de sus hallazgos en diplomáticos y archivos de cualquier tipo, como «La farmacia y la farmacopea en Aragón a través de documentos notariales: (siglos XII a XVIII)», en *Medicamento y profesión farmacéutica en Aragón: aportaciones a su historia*, de José María Ruiz Sanchez (ed. lit.), o «Banderías nobiliarias en los somontanos de Huesca y Barbastro (1452-1456)», en *Argensola: Revista de Ciencias Sociales del Instituto de Estudios Altoaragoneses*, ambas publicaciones del 2022.

Su curiosidad inacabable le hacía tratar todo tipo de temas, por ejemplo «Cárceles y prisiones», «Los verdugos», o «Tormento y tortura», en *Cuadernos de Aragón*, N° 77, 2019; o *Esclavos en Aragón: (siglos XV a XVII)*, publicado en la Institución «Fernando el Católico», 2014. Incluso el Ebro, icono de lo aragonés, recibe su atención en *Navegación por el Ebro, (1399-1602)*, publicado por la Institución Fernando el Católico, Excma. Diputación de Zaragoza en 2018.

Dejo ya de citar trabajos, monografías, recopilaciones y artículos de revista, pues su enumeración completa sobra aquí, solamente apuntar, como hace D. Jesús Delgado, que las referencias bibliográficas de Gómez de Valenzuela en la base de datos Dialnet (que es la más empleadas por el gremio académico-jurídico) llega a las 128 referencias. Pero creo haber conseguido describir con estos brochazos la apabullante figura de Gómez de Valenzuela, diplomático y erudito aragonés generoso con su ciencia y su trabajo, estudioso tenaz, trabajador incansable, que nos dio mucho más de lo que recibió.

Como nos dice el que fue Justicia de Aragón, D. Fernando García Vicente (en su Prólogo a la obra póstuma *El Merino de Zaragoza*), «En la vida lo que nunca se puede hacer es perder el tiempo. La extensa trayectoria diplomática, publicista e investigadora de Manuel Gómez de Valenzuela acredita que lo ha aprovechado. Ha sembrado para que otros pudieran recoger».

No creo que quepa mejor epitafio.

Descanse en paz, D. Manuel.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAPHY

A) RECENSIONES

A) *REVIEWS*

ALBERT, Marta, ARLETTAZ, Fernando, COMBALÍA, Zoila, ELÓSEGUI, María, GARCÍA INDA, Andrés, ROSSELL, Jaime, SOLAR, José Ignacio, VERGARA, Óscar, y VICENTE Y GUERRERO, Guillermo (coord.), *Desarrollos, crisis y retos actuales de la libertad religiosa*, COLEX, La Coruña, 2023, I.S.B.N. 978-84-1359-928-1, 249 págs.

La libertad religiosa es un concepto que ha ido evolucionando durante la historia de la humanidad. Por ello, y dependiendo del lugar y del tiempo, se han ido imponiendo unas normativas más laxas o más estrictas sobre el particular. Hoy en día, al menos en los países occidentales, la libertad religiosa constituye un derecho fundamental del ser humano, estando incluida en la mayoría de las constituciones de los estados como un derecho fundamental y jurídicamente protegido. Sin embargo, en nuestra sociedad occidental están surgiendo complicaciones a la hora de aplicar las leyes que aseguran la libertad religiosa, y de establecer unos límites donde todos los individuos, a pesar del pluralismo y de la diversidad que caracteriza a nuestra sociedad, puedan ejercer su culto con libertad, pero sin interferir y menoscabar derechos de otras personas. En este sentido, Guillermo Vicente y Guerrero, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Zaragoza, muestra el camino que ha de seguirse, coordinando una interesante monografía dedicada a los desarrollos, crisis y retos a actuales de la libertad religiosa, que ha sido objeto de una cuidada edición llevada a cabo por la editorial gallega COLEX.

En el primero de los capítulos, el profesor José Ignacio Solar Cayón, de la Universidad de Cantabria, analiza cómo a lo largo de los siglos el concepto de tolerancia se ha ido transformando y adaptado a las circunstancias sociales, políticas y culturales de cada sociedad. Delimitar el contenido de la tolerancia en cada tiempo y lugar es determinar el comportamiento de las autoridades del Estado frente a las creencias de las minorías. El trabajo resume de forma cronológica la evolución de este concepto en varios momentos históricos, los cuales han sido decisivos para la formación de su significado actual.

Tomás de Aquino asoció la tolerancia como un medio para evitar un mal mayor, por lo que debían de soportarse los ritos de los infieles. En la cristiandad medieval, donde la política y la religión formaban un único orden, la tolerancia

no era una práctica habitual, sino que el que no compartía la religión impuesta por el poder político se consideraba una amenaza y debía ser perseguido. La reforma protestante tampoco aportó un mayor grado de tolerancia. Los reformadores no toleraban ninguna otra fe, sino solo el poder del Estado, por lo que podríamos decir que los católicos y los reformadores estaban de acuerdo en que en el Estado podía haber solo una fe. A partir del siglo XVI, en el humanismo cristiano, empezó a considerarse de nuevo el concepto de la tolerancia, con la finalidad de conseguir la unidad del cristianismo, pero de una forma pacífica. Como se puede ver, no se trataba de aceptar y respetar otras creencias, sino de intentar combatirlas de una forma no violenta, para llegar a la unidad del cristianismo, y formar esa única fe.

En la segunda mitad del mismo siglo, surgió en Francia el movimiento de «Les politiques», donde la tolerancia estaba incluida en los textos legales, aunque de forma muy limitada. Fue a partir de la promulgación del Edicto de Nantes cuando la tolerancia se consolidó legalmente, prohibiendo que se considerara una amenaza al disidente y por ello se le persiguiera. Como bien subraya el Dr. Solar Cayón, es importante darse cuenta de que, en realidad, la tolerancia no es sinónimo de igualdad ante la ley, sino que presupone la desigualdad. La tolerancia, implica que una fe es la óptima, y todas las demás se sitúan en una posición de inferioridad. Por lo tanto, la tolerancia se traduce como un intento a soportar lo menos bueno, o aún peor lo malo, y no a valorarlo como una situación de igual consideración y respeto. La tolerancia empezó a sustituirse por la libertad religiosa a partir de finales del siglo XVIII.

Precisamente el capítulo segundo del libro, redactado por el coordinador del mismo, el Dr. Guillermo Vicente y Guerrero, presenta, con gran lujo de detalles, un ejemplo histórico ilustrativo sobre la violación del derecho a la libertad religiosa: la persecución que sufrieron los judíos en Noruega a lo largo de todo el siglo XIX y durante una parte del XX. Fue en abril de 1814 cuando se decidió crear el Estado nacional de Noruega, el cual asociaba su fuerza, libertad e independencia con el luteranismo, fe reconocida y respetada por las principales potencias internacionales del momento, así como por sus vecinos Suecia y Dinamarca. Dicha Iglesia luterana negó, desde el primer momento, la posibilidad de integrar a los católicos y a los judíos en dicho proceso nacionalizador e identitario. La Constitución de Eidsvoll consagró dicha voluntad con la redacción del artículo II donde se estableció lo siguiente: «La religión evangélico-luterana permanece como la religión oficial del Estado. Los habitantes que la profesen están obligados a educar a sus hijos en la misma. Los jesuitas y las órdenes monásticas no serán permitidas. Los judíos tienen todavía prohibido el acceso al Reino».

Resulta muy interesante, a mi juicio, el análisis que desarrolla en este segundo capítulo el profesor Guillermo Vicente y Guerrero sobre la opinión del llamado «padre de la Constitución noruega», el juez Christian Magnus Falsen, en torno a la política antijudía. Falsen se basaba en que las leyes de Moisés obligaban a los judíos a cumplir todos sus preceptos, por lo que era imposible su

integración en los países que les hubieran podido acoger. El juez Falsen no concebía la razón por la que Jesús eligió ser judío, un pueblo malvado y con una notable falta de moralidad. En junio de 1851, después de tres intentos fracasados, se derogó la segunda cláusula del artículo II de la Constitución noruega que excluía a los judíos del país. El antijudaísmo los años que siguieron evolucionó como una forma de discriminación racial, ocultando el odio real hacia la religión procesada por los judíos y aparentando una controversia de ideales políticos, culturales y sociales. De especial interés resulta el análisis que lleva a cabo el Dr. Vicente y Guerrero sobre el período de la II Guerra Mundial. Durante esos terribles años, con la ocupación nazi de Noruega, los judíos noruegos sufrieron una violenta persecución, alentada en parte por algunas autoridades del país dirigidas por Vidkun Quisling.

En el tercer capítulo de la monografía, elaborado por la Dra. María Elósegui Itchaso, magistrada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se desarrolla una interesantísima investigación sobre la controversia que se plantea entre el derecho a la libertad religiosa de los niños en acogimiento u adoptados en el caso de que los padres biológicos estén vivos. En la sentencia de diciembre de 2019, Strand Lobben, constan los siete principios generales sobre acogimiento que se deben respetar por el TEDH, entre los cuales se defiende que debe de tenerse en cuenta el interés superior del niño. Para delimitar ese interés debemos de partir de la base de que el niño tiene derecho a mantener relación con sus padres biológicos, aunque se tiene que examinar cada caso en concreto para tomar una decisión acertada.

Para estudiar la controversia que surge entre la voluntad de los padres biológicos a escoger una familia adoptiva para su hijo que comparta su cultura, su religión y costumbres y la obligación del autoridades a seleccionar una familia, según las opciones disponibles, velando siempre por el bienestar del menor, se analizan la sentencia de la Gran Sala Abdi Ibrahim versus Noruega, cuyo fallo fue pronunciado el 10 de diciembre de 2021, y la sentencia publicada el 12 de enero de 2023 un caso austriaco, Kilic versus Austria. Ambas sentencias afirman que, entre los criterios de la búsqueda del mejor interés del menor, el de tener en cuenta sus orígenes religiosos, étnicos, culturales y lingüísticos no constituye una obligación independiente en sí misma, sino que es un elemento más a sopesar entre otros muchos en la elección de una familia de adopción que responda al bienestar del menor y a su interés superior, no siendo por tanto un criterio de ningún modo decisivo.

En mi opinión, es comprensible que los padres biológicos de los niños quieran que sus hijos sean adoptados por una familia con la misma religión y cultura que la suya, pero eso no debe ser un criterio determinante, ya que existen requisitos más importantes para tener en cuenta a la hora de escoger una familia adoptiva. Por ejemplo, en el primer caso citado, el hecho de que el Estado no encontrara una familia somalí con capacidad económica suficiente como para sustentar y mantener al niño, es una razón de peso suficiente como para tener que escoger una familia cristiana que sí la tiene. La falta de capacidad

económica para mantener a un niño es una razón de suspensión de la patria potestad, por lo que es un presupuesto necesario para que una familia se convierta en adoptiva.

En nuestra sociedad actual, han ido surgiendo nuevos derechos, la mayoría de ellos dimanantes de los derechos denominados de primera generación. En el capítulo cuarto, el profesor Oscar Vergara Lacalle, de la Universidad de La Coruña, analiza los conflictos que se plantean cuando se tienen que aplicar en una misma situación alguno de los nuevos derechos y el derecho a la libertad religiosa. Los derechos más debatidos son: el derecho a una muerte digna, con lo que se hace referencia a la eutanasia; la autodeterminación personal y la diversidad sexual, que incluye el derecho a la adopción de niño y el derecho a la salud reproductiva, que incluye el derecho de la mujer a acceder a servicios de salud reproductiva, que es un modo de hacer referencia al aborto. No resulta difícil imaginar situaciones en las que entra en controversia el derecho a la libertad religiosa con estos derechos, como por ejemplo el dilema en el que entra un médico cristiano a la hora de practicar un aborto, o un alcalde musulmán a la hora de casar a una pareja homosexual.

Lo que está claro, es que tal y como explica el profesor Vergara, los individuos son libres para determinar los medios más idóneos para desarrollar su personalidad, pero eso no significa que algunos de ellos no puedan ser declarados prohibidos por atentar contra derechos ajenos o perjudicar el bien común. Finalmente, considero que no debemos olvidar, que, aunque los nuevos derechos se deben de respetar, eso no legitima la persecución que sufren a diario varias personas que se oponen a su discurso, y por lo que muchas veces son silenciadas, excluidas e incluso despedidas de sus trabajos.

En el capítulo siguiente, el profesor Fernando Arlettaz contrasta, de una forma muy eficaz, el tipo moderno y el tipo postmoderno de la libertad religiosa. Por una parte, la libertad religiosa apareció en Europa a comienzos de la modernidad, tras varios acuerdos de tolerancia que tuvieron lugar en los estados de la época. El nacimiento de la libertad religiosa está ligado a los procesos de secularización de las sociedades. Dicho proceso ha consistido básicamente en la separación de la religión del poder estatal y por consecuencia su privatización, disminuyendo su práctica en la esfera pública.

Por lo tanto, tras el desapego del orden político del orden religioso, los ciudadanos empezaron a ejercer su derecho individual de practicar libremente la religión que quisieran. Por otra parte, como bien señala el Dr. Arlettaz, la postmodernidad no supone borrar las fronteras entre la religión y otras esferas sociales, pero sí que se integran en la esfera pública valores y discursos religiosos. Es curioso como en la postmodernidad, momento en el que se supone que la libertad religiosa podrá ser ejercida por los individuos sin ninguna intermediación, parece ser que queda limitada por los valores religiosos que influyen la esfera pública de cada estado.

A continuación, la profesora Marta Albert, de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, analiza en un muy interesante capítulo el llamado movimiento «woke»,

que tuvo lugar tras la muerte de Trayvon Martin en 2012 en Florida. Los que defienden el movimiento «woke» son personas que buscan la justicia social, y luchan en contra de lo que supone, según su criterio, una injusticia, aspirando a una transformación social. Se trata de un conjunto de ideas, que comparte muchos ideales con el neomarxismo y el socialismo. Para ellos la sociedad en la que vivimos es radicalmente injusta por lo que no se puede esperar de ella un trato equitativo e igualitario. Es por ello por lo que debemos combatir los actos injustos y comenzar a vivir de nuevo con unos valores, según los «wokers», que sean justos y que permitan a todo el mundo alcanzar la igualdad.

En el siguiente capítulo, el profesor Jaime Rossell, de la Universidad de Extremadura, estudia el papel que juegan tanto el nacionalismo como la religión en la construcción de sociedades inclusivas. En España, la libertad religiosa no fue recogida como un derecho fundamental y constitucionalmente protegido hasta la Constitución de 1978, cuando además se configuró como un Estado aconfesional. El hecho de que fuera un estado aconfesional no le impidió sin embargo firmar dos acuerdos fundamentales con la Santa Sede de 28 de julio de 1976 y de 3 de enero de 1979, donde quedaba patente que los ciudadanos españoles en su mayoría eran católicos, y que España era un país con una cultura influenciada predominantemente por los valores cristianos. Aun así, dichos acuerdos mostraban también otra realidad, que existían varios grupos minoritarios profesantes de diferentes religiones que debían de ser igual de válidas y respetadas.

El ámbito europeo es tratado, en el siguiente capítulo, por la profesora Zoila Combalía, de la Universidad de Zaragoza. En su trabajo se subraya como, en la actualidad, la diversidad y el pluralismo religioso que existen en la mayor parte de los países europeos imponen un reto bastante complicado de afrontar, que consiste en mantener la paz en la sociedad, respetando el derecho a la libertad religiosa. Todos esos países europeos mantienen unos valores en común que forman parte de la identidad europea, y que además son presupuestos necesarios para ser miembros de la comunidad europea. Eso valores, objetivamente, no siempre conviven en armonía junto a las creencias de todas y cada una de las religiones. Como bien señala la Dra. Combalía, hay creencias religiosas que entran en controversia con esos ideales, como puede ser el hecho de que varios varones musulmanes se crean con el derecho que les concede su religión, a castigar con violencia física a sus mujeres, si se comportan según ellos, de forma inadecuada. La solución que están tomando la mayoría de los países europeos es respetar sólo las manifestaciones privadas de la religión, vetando su visibilidad y presencia en el espacio público, algo que en mi opinión podría vulnerar el derecho a la libertad religiosa.

En el último capítulo de esta monografía, redactado por Andrés García Inda, profesor de la Universidad de Zaragoza, se describen muy acertadamente varias situaciones que componen una crisis de lo que conocíamos como libertad religiosa. Actualmente, muchas personas se niegan a profesar ninguna religión, considerando que todas las religiones son una especie de secta que nubla el sano juicio de las personas. En otros casos, las personas tras estudiar o incluso practicar

distintas religiones se llegan a considerar ateos o agnósticos. El Dr. García Inda profundiza especialmente en su trabajo sobre la forma en la que las diversas religiones están sufriendo hoy una notable transformación. El ejemplo más claro para nosotros es el de los cristianos. Una parte de los que se consideran en la actualidad cristianos estiman que no hace falta ir a misa para serlo, o que la Iglesia en sí no se relaciona con el mensaje verdadero de Dios, sino que es una mera creación humana.

En conclusión, la libertad religiosa se ha ido transformando a lo largo de la historia y adaptando a las sociedades de cada momento, ya que depende principalmente del orden político que gobierna los estados. Especialmente problemático ha resultado siempre el intentar convivir en armonía en una sociedad donde se profesen varias religiones con valores muy diferentes y a veces hasta contradictorios. Aun así, no hay que perder la esperanza e intentar centrarse más en los factores y elementos que nos unen que en los que nos separan.

Sobre todos estos temas, y otros muchos, trata la presente obra coordinada por el profesor Guillermo Vicente y Guerrero, que nos acerca a los lectores a los conceptos de tolerancia y de libertad religiosa, a su desarrollo durante la Edad Contemporánea, a la crisis que hoy en día sufre la gestión pública del elemento religioso y a los retos que necesariamente deberán afrontarse al respecto en un futuro no muy lejano. Elaborada por prestigiosos especialistas de los ámbitos de la Filosofía del Derecho y del Derecho eclesiástico, la obra tiene como punto de unión la firme creencia, compartida por todos sus autores, de que, por encima de todo, la libertad religiosa es una cuestión de dignidad humana.

MARÍA VAKAS GINER
Universidad de Zaragoza

BAYOD, Carmen, CEBRIÁN, Enrique, COFRADES Lucía, GARCÍA Gerardo, GUERRERO, Pablo, HERRÁIZ, Olga, LACAMBRA, Raquel, MOREU, Elisa, RUBIO, Carmen, y OLIVÁN Javier y TUDELA José (coords.), *El Estatuto de Autonomía de Aragón: una mirada de futuro*, El Justicia de Aragón y Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2023, I.S.B.N. 978-84-92606-53-5, 367 págs.

El cuarenta aniversario de la aprobación inicial del Estatuto de Autonomía de Aragón ha sido un buen pretexto para que el Justicia de Aragón junto a la Fundación Giménez Abad impulsaran esta interesante publicación, en la que se reúnen varios estudiosos, expertos en diferentes disciplinas jurídicas, que guardan una relación estrecha con la regulación estatutaria de la Comunidad Autónoma de Aragón. El hecho de que Aragón se convirtiera en una Comunidad Autónoma, siguiendo lo dispuesto en el artículo 143 de la Constitución Española, influye sobre varios y distintos ámbitos como son la Ciencia política, el Derecho administrativo, el constitucional, el financiero y el civil entre otros, como bien explican de forma muy ilustrativa Javier Oliván del Cacho, Asesor del Justicia de Aragón y José Tudela Aranda, secretario general de la Fundación Manuel Giménez Abad, ambos coordinadores de esta obra.

Javier Oliván del Cacho y José Tudela Aranda señalan en la introducción las reformas que se hicieron en el contenido del Estatuto de Aragón de 1982. En el año 1992 los dos principales partidos de la época alcanzaron unos segundos pactos autonómicos con la finalidad de agrandar el ámbito de autogobierno de las Comunidades Autónomas lo que condujo a que se promulgara una ley orgánica de transferencias del artículo 150.2 de la Constitución, la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre. Tras la entrada en vigor de dicha ley, tal y como disponía en su contenido, se promulgó la Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo por la cual se operó la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón de 1982. Por una parte, la primera reforma estatutaria del año 1994 no se caracterizó por lograr mayores cotas de autogobierno, aun así, permitió ampliar el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre todo en materia de educación, pero no hizo que se desvanecieran las limitaciones de tipo institucional, ni de poder dispositivo en régimen local y sanitario. Por otra parte, la segunda reforma estatutaria del año 1996 se aprobó tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, y amplió significativamente las competencias y las responsabilidades institucionales de la comunidad Autónoma de Aragón.

Así pues, el primer Estatuto de Aragón, el cual entro en vigor el 16 de agosto de 1982, limitaba bastante la capacidad de autogobierno de la Comunidad Autónoma, por lo que en la siguiente década hubo dos reformas de dicho estatuto, gracias a las cuales se ampliaron de forma progresiva los derechos y capacidades de gobierno de los órganos autonómicos. La experta Carmen Rubio de Val, Letrada de las Cortes de Aragón y también profesora asociada de Derecho Constitucional en la Universidad de Zaragoza describe de una forma muy acertada la capacidad de autogobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón diciendo que: «La insatisfacción con el limitado nivel de autonomía conseguido que no se correspondía, con una sociedad política y culturalmente diferenciada en relación

con la de las CCAA que también conocieron la segunda velocidad en la incorporación a la autonomía, mantendría viva la demanda social y política de una autonomía plena».

El Estatuto de Autonomía de Aragón que hoy en día esta en vigor se considera Estatuto de tercera generación, por haber sido aprobado a partir del año 2007, como muy bien subraya Pablo Guerrero Vázquez, Profesor ayudante doctor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de Zaragoza. Una cuestión muy debatida tal y como se explica en su aportación, son las declaraciones estatutarias de derechos que a veces entran en controversia con el principio de supremacía de la Constitución. El Tribunal Constitucional en la sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, admite la constitucionalidad de las declaraciones sistemáticas de derechos en los Estatutos, pero limita su eficacia. En esa línea el fundamento jurídico 15 de dicha sentencia, tal y como describe el Dr. Guerrero Vázquez, determina que los derechos estatutarios carecen de dimensión subjetiva y cuenta exclusivamente con una dimensión objetiva, es decir que los derechos estatutarios deben interpretarse como meros principios rectores. En mi opinión, debe ser destacado que el Estatuto aragonés reconoce como derechos en su Título I, materias que en la Constitución Española constan como meros principios rectores, como por ejemplo es la protección de los consumidores y usuarios, de la salud y del medioambiente.

Seguidamente, Enrique Cebrián, experto en el derecho constitucional y Profesor titular de Derecho constitucional de la Facultad de Derecho de Zaragoza, analiza de una forma muy efectiva el sistema electoral español y la participación de la ciudadanía. Personalmente, lo que más me ha llamado la atención es su visión sobre cómo debería ser en un futuro la participación de la ciudadanía aragonesa. Partiendo de la base, de que no es preceptivo el establecimiento de la provincia como circunscripción, el comparte, la propuesta del estudioso Francisco Palacios en su comparecencia en la Comisión Institucional de las Cortes Aragonesas, el 4 de abril de 2022. Dicha propuesta, apunta «la posibilidad de creación de una circunscripción no en función de la continuidad territorial, sino con base en la representación de los habitantes de las zonas rurales cada vez mas despobladas, apostando por lo que denominó como «gerrymandering» de distorsión positiva. También, hace hincapié sobre una visión de futuro muy interesante, referida al referéndum consultivo, el cual podría servir como excusa para una mayor participación de la ciudadanía, aunque esta claro que su implantación como una practica habitual no es nada fácil, ya que se deben respetar los límites bien marcados por el Tribunal Constitucional, que consisten en: «1) la competencia exclusiva del Estado, 2) en la LO 2/1980, reguladora de las distintas modalidades de referéndum, 3) en el reconocimiento en el Estatuto de Autonomía y 4) en que las consultas tengan como objeto cuestiones que sean competencia de la CA».

El Catedrático de Derecho administrativo Gerardo García Álvarez aborda por su parte el análisis de la evolución de las instituciones de autogobierno de Aragón. De especial relevancia constituye la aportación del profesor García Álvarez

cuando señala que «Un elemento común a todas las instituciones de relevancia estatutaria es la estabilidad y continuidad de la regulación. Característica que podía apreciarse ya antes de ser incluidas en el Estatuto de Autonomía. Incluso instituciones que han cambiado de nombre, como el Consejo Consultivo, han mantenido constantes muy características en su regulación. Ello es todavía más claro en el caso del Consejo Económico y Social, que ha mostrado una extraordinaria estabilidad por contraste con los múltiples cambios que han experimentado en otras comunidades autónomas. Es muy probablemente la percepción de la estabilidad de las instituciones como un valor por nuestra clase política lo que está detrás de la inclusión de muchas de ellas en el Estatuto de Autonomía vigente». Dicha aportación es muy importante, ya que a través de la estabilidad y la continuidad de las instituciones aragonesas a lo largo del tiempo se ha ido manteniendo la identidad y el carácter propio de Aragón. El caso del Justicia de Aragón, como apunta García Álvarez, es un punto de conexión con las instituciones del antiguo Reino de Aragón: aunque la similitud sea nominal, y no funcional, ello no le despoja de resonancias históricas.

Indudablemente, tanto en el Estatuto de Autonomía de Aragón como en la legislación aprobada por las Cortes de Aragón, se han incluido disposiciones que están estrechamente relacionadas con los desafíos de la organización territorial en una Comunidad que se enfrenta a notables desequilibrios. Por lo tanto, se hacía necesario llevar a cabo un examen de las posibles soluciones desde la perspectiva del sistema de gobierno local en Aragón, el cual se caracteriza, entre otros aspectos, por la proliferación de las comarcas como unidades territoriales locales. Lucía Cofrades Aquilué, investigadora de Derecho Administrativo en la Universidad de Zaragoza, ha abordado este tema de una forma muy eficaz, señalando entre otros, que sería oportuno reconsiderar en un horizonte cercano nuestra estructura local, o al menos, sería deseable que las personas con la autoridad necesaria analicen la situación actual con el propósito de establecer un marco organizativo intermedio de forma más coherente. Cuando se establece una entidad político-administrativa cuyas funciones se superponen con otra ya existente, resulta esencial reflexionar acerca de las competencias que deben corresponder a cada nivel.

Carmen Bayod López, Catedrática de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza, elabora un brillante análisis sobre la evolución y el futuro del Derecho foral aragonés. En mi opinión, se ha de destacar el valor y la importancia de dicho Código foral aragonés, pues recompila la legislación aragonesa. El CDFA, aunque no está llamado para crear Derecho, tal y como subraya la profesora Bayod, es un cuerpo legal que refuerza el Derecho civil aragonés al desincentivar a los profesionales del derecho a aplicar el Código civil español sin antes explorar posibles soluciones dentro del marco legal propio de Aragón. No obstante, no podemos olvidar que el CDFA convive con el Código español, el cual se aplica de forma supletoria en aquellas materias que por ahora no están reguladas por el CDFA o que son competencia exclusiva del Estado. La catedrática Bayod expone una problemática muy compleja, la cual está relacionada con la legislación

por parte del Estado en el ámbito exclusivo de sus competencias, sin haber calculado, como debería, los efectos colaterales que su legislación puede tener sobre los derechos forales. Dos ejemplos muy ilustrativos para comprender la controversia son la ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad, y la ley 15/2015, de jurisdicción voluntaria. Como se puede comprender, en el primer caso, la supresión del procedimiento judicial de incapacitación, sin haber previsto su vigencia para aquellos derechos que tenían otros sistemas, es un desacierto, tal y como subraya Bayod. En cuanto a la modificación de la ley de jurisdicción voluntaria, es mayor el daño causado para los aragoneses, ya que se suprimió la dispensa de edad, que podía conceder el juez a partir de los 14 años y por consecuencia dejó sin contenido el artículo 316 del CC, que regulaba la emancipación por matrimonio, norma que nunca fue de aplicación supletoria en Aragón, ya que los casados aragoneses siempre son mayores de edad. A modo de conclusión, el legislador estatal debería ser consciente de que a la hora de legislar debe pensar en no preterir a otros derechos. Top of Form

Uno de los aspectos más singulares y quizás menos conocidos del Estatuto de Autonomía actual se relaciona con lo que podríamos denominar la «reserva hídrica de Aragón». Este tema ha sido investigado por una experta en cuestiones de propiedad pública, la Catedrática de Derecho administrativo en la Universidad de Zaragoza, Elisa Moreu Carbonell. A lo largo de su evolución, la autonomía aragonesa, en diferentes etapas de su desarrollo estatutario, ha estado vinculada a la oposición a la posible transferencia o desvío de recursos hídricos. Además, la ejecución de obras hidráulicas con el propósito de riego ha sido motivo de un profundo debate entre las fuerzas políticas en Aragón, lo que incluso ha tenido implicaciones legales relacionadas con algunas de las obras más significativas. La Dra. Raquel Lacambra Orgillés, experta en Derecho y docente en el ámbito del Derecho financiero, ha examinado la postura establecida en los estatutos en relación con diversas propuestas legislativas que han buscado la posibilidad de establecer algún tipo de régimen financiero diferenciado. A lo largo de su trabajo, se exponen de manera documentada numerosos aspectos que permiten evaluar las consecuencias prácticas que estas cláusulas estatutarias han tenido y podrían tener en el futuro. Como bien señala dicha autora, «No hay que olvidar que en esos territorios se ha impuesto desde las propias normas institucionales autonómicas que un pacto bilateral, adoptado en plano de igualdad con el Estado, sobre el régimen financiero tenga una vinculación determinante, hasta el punto de que la aprobación en la ley estatal parezca un mero trámite de ratificación de este». Por último, señalar la interesante investigación realizada por la profesora de Derecho administrativo Olga Herráiz Serrano, quien también es Letrada de las Cortes de Aragón, la cual elabora una detallada y reflexiva crónica jurisprudencial sobre los conflictos que se han presentado ante el Tribunal Constitucional. Sin duda resulta de gran utilidad conocer las particularidades de las controversias que se han ventilado ante lo que su Ley reguladora denomina el «intérprete supremo de la Constitución», así como el desenlace de dichos procesos.

El Estatuto de Autonomía de Aragón, en su evolución histórica y su contenido actual, refleja la búsqueda constante de un equilibrio entre la autonomía y la integración en el marco de España. Ha establecido una base sólida para la gestión de los asuntos propios de la Comunidad aragonesa, preservando su identidad y singularidad cultural, así como promoviendo el desarrollo de sus instituciones autonómicas. Mirando hacia el futuro, es plausible esperar que el Estatuto de Autonomía de Aragón continúe evolucionando en respuesta a las necesidades cambiantes de la sociedad aragonesa. Esto puede incluir la adaptación a los desafíos actuales, como la gestión sostenible de los recursos hídricos, el impulso del desarrollo económico regional y la promoción de la diversidad cultural. Además, puede ser necesario abordar cuestiones como la redistribución de competencias entre el Gobierno central y la Comunidad Autónoma para mejorar la eficiencia y la autonomía. En el contexto de un futuro incierto, en mi opinión, el Estatuto de Autonomía de Aragón tiene el potencial de seguir siendo un instrumento clave para la gobernanza de la región y la protección de sus intereses. Sin duda, su evolución y adaptación serán un reflejo de la capacidad de la sociedad aragonesa y sus líderes para abordar los desafíos y oportunidades que se presenten en los próximos años.

MARÍA VAKAS GINER
Universidad de Zaragoza

DE LORA, Pablo, *Los derechos en broma: La moralización de la política en las democracias liberales*, Barcelona, Deusto, 2023, ISBN. 978-84-234-3610-1, 256 pp.

Con una extensa y prolija selección de preámbulos legales, cada uno de ellos más innecesario e inverosímil que el anterior, se inicia el último libro de Pablo de Lora: *Los derechos en broma*. Mediante este ejercicio recopilatorio, el autor trata de presentar al lector la situación en la que se encuentran tanto la ley como el propio legislador en el actual Estado de Derecho.

El punto de partida es claro. Los instrumentos y recursos utilizados tradicionalmente con el fin de indicar, convencer o requerir a los individuos de una determinada sociedad para que adecuen su comportamiento en virtud de unos parámetros fijados por la voluntad general (constitución, leyes, decretos...), están siendo empleados en la actualidad con un propósito muy diferente. Desde una siempre supuesta superioridad moral, los poderes públicos tratan de instruir, dirigir o mentalizar a los receptores de sus directrices desde una perspectiva emocional, sentimental, paternalista. Al igual que ocurre en la educación, donde los conocimientos empíricos y racionales comienzan a ser sustituidos por información de carácter sensorial o emotivo, en el plano legal dichos poderes públicos tratan de desembarazarse de la observancia concreta de las circunstancias que impone la realidad, a través de recursos regulatorios cada vez más extensos y minuciosos.

En definitiva, la obra analiza diferentes patologías de las que adolece el actual Estado *dramático* de Derecho. Para ello, el autor mezcla vueltas al pasado, citando a los clásicos y recobrando las ideas fundamentales de su pensamiento, con conceptos puramente originales confeccionados para dar una nueva interpretación al estado de cosas realmente existente.

El primero de los problemas con los que se encuentra De Lora a la hora de abordar su estudio es el uso superfluo y excesivo del Derecho. Mientras en nuestros textos legales presentes se lleva a cabo exposiciones de motivos profusas, plagadas de contenido ideológico por parte del legislador, el contenido puramente prescriptivo queda, cada vez más, reducido e indefinido. En vez de normas, proclamas. De esta manera, se atacan y cuestionan principios tenidos hasta el momento como incuestionables, como parte de esa «esfera de lo indecible» o de ese «coto vedado», tales como el principio de legalidad o el de presunción de inocencia. Como se indicaba anteriormente, los textos legales abandonan así su objetivo original eminentemente normativo y derivan hacia presupuestos partidistas y políticos.

Para representar de forma adecuada esta realidad, el autor introduce términos originales que facilitan una mejor comprensión. Se define como «leyes santimonia» a aquellas normas que tienen un afán descriptivo más que prescriptivo, infestadas de propósitos loables y deseos honorables con un contenido específico indefinido y sumario. «El Estado parvulario» es, a juicio del escritor, aquel caracterizado por considerar a los miembros de la sociedad sobre la cual operan como menores de edad, necesitados de asistencia y custodia. A través de este mecanismo, más sibilino que evidente o intuitivo, los poderes públicos se arrojan la capacidad de interferir, vía legal o reglamentaria, en muchos de los aspectos

más cotidianos de la vida de las personas. Se da la situación paradójica en la cual son dichos poderes los que quedan encargados de resolver los problemas previamente creados por los mismos por medio de la llamada «burocracia del consuelo».

De igual forma, en relación con el supuesto anterior, el autor advierte el deterioro de otro de los principios fundamentales más influyentes en la organización política de los Estados en Occidente: la separación de poderes. Desde que el Barón de Montesquieu publicara en el año 1748 *El espíritu de las leyes*, las ideas que en esa obra se formularon han determinado la conformación política de los Estados modernos, en mayor o menor medida, a lo largo de los siglos. Su actual deterioro puede implicar el agotamiento de un sistema que se demuestra impotente ante los nuevos retos y circunstancias que ocasiona tener en cuenta el principio de realidad.

Más allá de valoraciones personales, De Lora identifica dos comportamientos concretos para representar la vulneración del principio de separación de poderes. En primer lugar, el recurso *ad infinitum* de los gobiernos más recientes con respecto al decreto-ley, ignorando inocente o deliberadamente de forma sistemática la causa que da sentido a este instrumento jurídico, esto es, casos de extraordinaria y urgente necesidad. Por otro lado, y todavía más reciente, se da la situación en la que el legislador indica al poder judicial como ha de interpretar una norma para evitar los efectos no deseados de la misma, derivados de su deficiente redacción. Es el caso de la ya muy famosa ley del «solo sí es sí». De esta forma, los poderes tradicionales, legislativo, ejecutivo y judicial, dejan de ser compartimentos estancos para establecer entre ellos cada vez más vasos comunicantes. El gobierno adopta así una suerte de dominación parcial con respecto al resto de poderes que le facilita aplicar sus planes y programas ideológicos con independencia del contrapeso del resto de instancias públicas.

Otra de las tesis fuertes de la obra es la constatación y crítica de la existencia de una corriente encaminada al reconocimiento cada vez más abultado de Derechos Humanos. No se trata de que el autor se encuentre frontalmente en contra de una ampliación de esa área de no interferencia tan pensada por los clásicos, o de la libertad en sentido negativo de la que hablaba Isaiah Berlin. Todo lo contrario. Lo que se critica, en esencia, es el vaciamiento de significado del término «Derecho Humano» cuando todo deseo, inclinación o apetencia son susceptibles de ser considerados como tal.

Además de ello, como señalaba Ronald Dworkin, la consagración de una circunstancia como Derecho Humano puede generar la anulación de la razón dialógica dentro del debate público. Convertidas en «cartas de triunfo», ciertas reivindicaciones catalogadas como Derechos Humanos quedan fuera de la crítica o el cuestionamiento. Sobre ellas solo cabe aceptación, o al menos eso es lo que se pretende.

En este mismo sentido, se comenta también la situación actual en la que multitud de sujetos son destinatarios de derechos. Existe un salto desde el género humano hacia los seres vivos no humanos, como animales o plantas, e incluso a

accidentes geográficos (es el caso de, por ejemplo, el Mar Menor). Aumentar la cantidad de sujetos que potencialmente pueden ser receptores de derechos equivale a seguir engrosando una lista de preceptos legales ya de por sí en incremento.

Finalmente, enlazado a su vez con la tesis anterior, De Lora entra a valorar la cuestión de la ponderación de derechos. Ante un escenario inflacionario en el que los derechos crecen de forma incesante, es inevitable que se generen situaciones en las cuales algunos de ellos entren en conflicto directo. Estos choques legales pueden constituir, en ocasiones, «casos difíciles» en los que el juez asume un papel más relevante. El autor, para arrojar algo de luz frente a este tipo de casos, presenta tanto el pensamiento de Ronald Dworkin como el de Herbert Hart, los principios y el positivismo jurídico, para finalmente llegar a la pregunta principal: «¿Qué intereses o necesidades humanas estamos dispuestos a salvaguardar, aunque sepamos que su sacrificio redundará en un mayor bienestar de la mayoría?». Es un interrogante planteado por los clásicos y todavía vigente a día de hoy. El interés común frente al área de no interferencia, los derechos públicos frente a los subjetivos, la libertad en sentido positivo o negativo. Diferentes formas de plantear una misma cuestión.

Que los derechos sean tomados en serio o en broma depende, a juicio del autor, de cómo respondamos a estas preguntas. El problema entonces será dilucidar qué derechos son ponderables y con qué criterio. En un contexto como el actual, sin posibilidad de acudir a conocimientos objetivos y socialmente aceptados acerca del bien común, parece complicado encontrar una forma correcta de valorar qué derecho o libertad debe prevalecer sobre la otra.

En un primer instante, parece que el asunto queda reducido, como dice Fernando Simón, a «un pulso de fuerzas», lo que da entrada a la hora de valorar la preeminencia de derechos y libertades a los planes y programas políticos, a la ideología, a las cartas de triunfo... Frente a esta visión, el autor reivindica un liberalismo «más denso», más cargado de motivos filosófico-morales. Asumiendo una amplia esfera de libertad individual puramente subjetiva, termina por asumir la necesidad de que existan ciertos preceptos considerados como imponderables, cuyo sacrificio no puede existir bajo ninguna circunstancia, por muy difícil que sea el caso que se trate. Cita el principio de legalidad, el habeas corpus o la prohibición absoluta de la tortura como ejemplos de esos imponderables.

Esto es para el autor tomarse los derechos en serio y lo contrario, ceder y considerar la entrada en el debate público de la no observancia de estos sencillos preceptos, sería tomárselos en broma. Cabe señalar, además, que la elección del elenco de principios imponderables no es arbitraria. Lo son por el simple hecho de que su vulneración supone siempre un mal mayor del que se intenta evitar mediante su anulación.

A modo de conclusión, cabe destacar el enorme trabajo de investigación llevado a cabo por el autor en la redacción de la obra. Para alcanzar conclusiones sólidas, De Lora recolecta y expone una cantidad muy grande de sentencias que utiliza para desarrollar y complementar sus tesis. Al mismo tiempo, cita a muchos

de los grandes pensadores de la libertad y del Derecho, del pasado y del presente, desarrollando su pensamiento o confrontando sus tesis.

Sin embargo, por encima de todo ello, lo más importante de la obra es, a mi juicio, la constante consideración del principio de realidad a lo largo de la misma. Consciente de la situación en la que se encuentran los sistemas jurídicos del mundo (particularmente el español), identifica, expone y detalla las patologías o problemas a los que se enfrentan. Sin hacer alusión a grandes principios formulados de forma abstracta, sin caer en sentimentalismos de tiempos pretéritos y sin pretender cambiar radicalmente todo y tomar el cielo por asalto. El autor es plenamente consciente del estado de cosas «realmente existente» y no pretende, como sí hacen ciertos poderes públicos, desvincularse del mismo, sino hacer un llamamiento al pensamiento crítico.

Pese al soplo de esperanza presente en el epílogo de la obra, es pertinente preguntarse si realmente existía otra posibilidad, si verdaderamente el Estado liberal originalmente concebido podía haber evitado esta deriva moderna, o si, de hecho, tenía en su nacimiento el propio germen de su destrucción. Es necesario poder recurrir a preceptos o principios imponderables, no obstante, sospecho que el ideal de la libertad, bajo su disfraz emancipador, acaba por barrerlos todos y para siempre.

ALEJANDRO J. GOMIS DE FRANCIA

GARCÍA INDA, Andrés, *Como un buen samaritano. Los deberes, entre la Ética y el Derecho*, Sibirana, Zaragoza, 2021, ISBN: 978-84-948715-9-7.

En las sociedades modernas les prestamos mucha atención a los derechos, y con buena razón, pues hablamos de Derechos Humanos, de Derechos Fundamentales y de Derechos Sociales, entre otros muchos. En España, nuestra propia Constitución pone el acento en los derechos, relegando los deberes a un segundo plano, e incluso llamamos al conjunto de normas que regulan el funcionamiento de nuestra sociedad - el ordenamiento jurídico - Derecho. Pero poca atención recibe la que comúnmente se conoce como la otra cara de la moneda, el deber, hasta el punto en el que ha llegado a alcanzar una connotación negativa como aquello que va en contra de los derechos. En este libro el autor, Andrés García Inda, rechaza esta idea del deber como algo negativo, estudiando la naturaleza del deber desde el punto de vista jurídico, filosófico, moral y ético.

El libro explora esta cuestión del deber sirviéndose principalmente de dos ejemplos que utiliza como ayuda para que el lector pueda fácilmente visualizar propuestas que de modo abstracto podría ser complicado concebir. De esta forma el libro adquiere una continuidad narrativa que facilita su lectura en la medida en que las distintas cuestiones relacionadas con el deber y la moral se presentan en el mismo orden en el que ocurren en los ejemplos elegidos por el autor, enlazando estas cuestiones en un hilo narrativo que ayuda al lector a la comprensión de los complicados conceptos que en ocasiones se manejan durante el libro.

El primer ejemplo se refiere a una situación que ocurrió en el verano de 2018, en la que un turista que estaba de vacaciones en un hotel de Menorca salvó de morir ahogados a dos menores en la piscina del hotel, y después reclamó a la agencia de viajes con la que organizó sus vacaciones una compensación por los daños y perjuicios derivados de esa acción de socorro. Lo primero que nos llama la atención de este ejemplo es la reclamación por daños y perjuicios, pero al autor no le interesa únicamente el problema de la compensación por, como alegó la agencia de viajes, «una decisión individual» (aunque en su debido momento tratará esta cuestión), sino que estudia, como iremos viendo en el contenido de cada capítulo, el hecho en sí de *tirarse a la piscina* y si tenía el deber (tanto moral como jurídico) de rescatar a estos menores, o si no tenía esta obligación, pues había un socorrista en la piscina.

El segundo ejemplo, y que compone parte del título de la obra, es la parábola del buen samaritano. De forma muy resumida para aquellos lectores que no la conozcan, la parábola del buen samaritano es una corta historia de tradición judeocristiana en la que un hombre (presupuesto judío por el contexto en el que se cuenta la historia) se encuentra herido en el camino entre Jerusalén y Jericó. Por el camino pasaron un sacerdote y un levita (ambos funcionarios públicos de la época y supuestas *buenas* personas), que ignoraron al hombre herido. Después pasó un samaritano (en el contexto histórico que se contaba la historia los judíos y los samaritanos estaban enfrentados, por lo que estos segundos se consideraban *malas* personas) que ayudó al hombre herido atendiéndole

las heridas y llevándolo a una posada para que se recuperase; pagando el alojamiento y futuras expensas del hombre herido de su propio bolsillo.

El primer capítulo del libro (*Tirarse a la piscina*) pretende hacer una delimitación entre los conceptos de moral y ética. Esta no es una tarea sencilla, pues en el lenguaje común ambos términos se utilizan indistintamente, y es en el campo académico donde esta diferenciación tiene valor. Por lo tanto, argumenta el autor que la moral se refiere a los comportamientos, normas y valores que existen en una sociedad, lo que llama como la «moral vivida», mientras que la ética estudia esta moral, los fundamentos que la sostienen y las posibles alternativas con el objetivo de mejorarla, por lo que requiere un mayor grado de abstracción, convirtiéndose así en la «moral pensada».

Hecha esta distinción, el autor entra a valorar las razones por las que considera que el ser humano es un ser moral. Esta es una cuestión complicada, y que se compone de múltiples partes, pero que el libro desgrana y sintetiza en tres cuestiones que afectan a todos los seres humanos como consecuencia de nuestra inmutable naturaleza. La primera es que somos seres vulnerables y a lo largo de nuestra vida vamos a necesitar del cuidado de otros seres humanos para sobrevivir. La segunda es que somos dependientes, tanto físicamente como emocionalmente, pues la individualidad se construye a raíz del entorno social. La tercera y posiblemente más importante para explicar la moralidad del ser humano es que somos seres incompletos, nos vamos construyendo a nosotros mismos a lo largo de nuestra vida y esto conforma un deseo que nunca se verá plenamente satisfecho. Como consecuencia de estas imperfecciones el ser humano ha desarrollado la ética y la moral, confiando que otros seres humanos nos ayudarán cuando lo necesitamos, de la misma forma que nosotros ayudaremos cuando otros lo necesitan. Concluye el primer capítulo con la idea de que el deber y la obligatoriedad surgen como consecuencia de esta moral presente en casi todas las sociedades humanas, y por lo tanto el cumplimiento del deber (moral) es una acción racional, y su incumplimiento, aunque posible, es una acción irracional dado que va en contra de nuestra naturaleza como seres morales.

El capítulo segundo (*Razones y motivos para la acción (sobre deberes y obligaciones)*) se pregunta si deber y obligación son conceptos intercambiables, o si existe alguna distinción sustancial entre el uso que se le debería dar a estos términos. Para empezar con el análisis de estos conceptos, el autor hace una distinción que, aunque parezca obvia, sienta las bases de la discusión, pues diferencia entre deberes y obligaciones de carácter jurídico, y aquellas de carácter moral. No podemos hablar de deberes sin hablar de derechos, aunque como argumenta el autor la relación entre ambos no siempre es bidireccional. El primer problema que plantea el autor es si existen derechos y deberes en soledad. Utiliza como ejemplo la famosa novela de Daniel Defoe sobre el naufragio Robinson Crusoe, preguntándose si el naufragio tiene algún derecho y algún deber en una sociedad compuesta únicamente por sí mismo. La conclusión inicial es que no, pues derechos y deberes requieren de una relación entre personas. Un derecho se construye como la capacidad de obligar a otra persona a un comportamiento; y un

deber es la consecuencia, o presupuesto, del cumplimiento de un derecho ajeno. Sin embargo, esta afirmación no es del todo cierta pues, aunque la dependencia de los derechos en los deberes es necesaria dado que no se puede hacer valer un derecho ante nadie, los deberes son universales como consecuencia de nuestra naturaleza humana, y no requieren de otros individuos para existir o tener valor. Por lo tanto, en el momento en el que entramos en una sociedad los deberes ya existen, y como consecuencia de los mismos se configuran derechos. De esta forma se podría entender, argumenta el autor, que existe una diferenciación entre los deberes y las obligaciones, perteneciendo los primeros al ámbito moral que precede a la sociedad al ser parte de nuestro propio ser; y las segundas como exigencias de las normas de la sociedad, es decir, las normas jurídicas. El autor profundiza más en esta cuestión para concluir que las obligaciones son fruto del consentimiento: como seres humanos libres hemos decidido obligarnos a determinados comportamientos; mientras que los deberes se imponen por una realidad externa y ajena (aunque no necesariamente en contra) a nuestra voluntad.

El capítulo tercero (*Los deberes del Buen Samaritano*) es el momento en el que el autor le dedica espacio y realiza un profundo y detallado análisis de la parábola del buen samaritano, y la divide en tres momentos: la atención, la compasión y la acción. Estudiando el momento de la atención el autor ya adelanta algunas ideas sobre la inclusión de deberes morales en el ordenamiento jurídico, pero el foco de atención aquí se encuentra en el reconocimiento de que existe una situación que nos demanda el cumplimiento de nuestro deber moral. En el relato, el sacerdote y el levita ignoraron al hombre herido, limitándose a ser espectadores, mientras que el samaritano fue quien prestó la atención suficiente para cumplir con su deber. La compasión es el hecho de «ponerse en el lugar del otro», es decir, la empatía. Es una emoción que nos impulsa a socorrer, pero el autor nos advierte, que confiar demasiado en las emociones, de la misma forma que confiar demasiado en las razones, puede llevar a resultados peligrosos, y por ello en toda decisión moral ambas deberán contribuir en igual medida. La acción es lo que completa los dos momentos anteriores, y es verdaderamente lo que representa el cumplimiento del deber. El samaritano, a diferencia del sacerdote y del levita, ha de sacrificar parte de su tiempo y esfuerzo —y todo lo que ello pueda conllevar— para ayudar al hombre herido, y lo hace libremente. Por este motivo el samaritano, al cumplir con su deber moral es una persona libre.

El capítulo cuarto (*Las imperfecciones de los deberes*) desarrolla la cuestión que ya ha introducido previamente el autor de incorporar deberes morales de ayuda y solidaridad al ordenamiento jurídico. Estos serían los *deberes de solidaridad*. En un primer lugar argumenta que la incorporación de este tipo de deberes en el ordenamiento jurídico es una herramienta fundamental en la defensa de los bienes que el propio ordenamiento jurídico pretende proteger. El autor se preocupa por mostrar al lector que los deberes solidarios —también llamados de acción o positivos— son la otra cara de la moneda de los deberes de no acción o negativos; y si una sociedad quiere asegurar la protección del bien común y los valores que considera importantes, deberá incluir tanto deberes negativos como positivos. Incluir

este tipo de deberes solidarios en el ordenamiento jurídico no es una tarea sencilla, pues la cuantificación del deber es una cuestión subjetiva. En el ejemplo del buen samaritano algunos podrían argumentar que atender las heridas habría sido suficiente, mientras que otros argumentarían que esa acción no habría sido suficiente y el mínimo del deber moral era llevar al hombre a la posada. Dicho en otras palabras, los deberes de solidaridad son deberes inespecíficos que requieren de concreción. Y es precisamente en esta cuestión de la concreción que el autor hace hincapié dado que la inclusión de deberes en un ordenamiento jurídico se hace a través de una autoridad, la cual puede delimitar y determinar con mayor precisión en qué consisten y hasta donde alcanzan estos deberes solidarios, reduciendo la subjetividad e inespecificidad de estos deberes hasta un mínimo razonable (dentro de los márgenes de interpretación y discrecionalidad).

El capítulo quinto (*Dignidad y mérito*) se preocupa por la cuestión de la dignidad y su conexión con el deber. La dignidad es una cualidad de todo ser humano, y lo es por el mero hecho de *ser*. Sirve como «barrera que se opone a la orientación utilitarista tendente a legitimar o valorar las acciones en función de sus ventajas o inconvenientes para la mayoría», respetando así a todo ser humano como sujeto de derechos inviolables. El autor defiende que la dignidad es un concepto moral en la medida en que no es un concepto descriptivo; es decir, la dignidad es una cuestión inherente a nuestra naturaleza, pero se hace efectiva cuando respetamos la dignidad ajena, y cuando nuestra dignidad es respetada, no sólo por otras personas, sino también por nosotros mismos. En el ejemplo del turista que rescató a los dos menores, su deber de socorro deriva de la protección de la dignidad humana de los menores al salvarles la vida —uno de los derechos fundamentales que configuran la dignidad (y algunos dirían que el principal)— y también de su propia dignidad como persona y agente moral, pues si hubiese ignorado a los menores, consciente del peligro en el que se encontraban, habríamos dicho que es una persona «indigna moralmente - despreciable».

El capítulo sexto (*El deber más allá del deber: la tarea del héroe*) estudia cuestiones adyacentes a la idea del deber y el contexto o condiciones para el cumplimiento, o incumplimiento del mismo. El autor hace una distinción entre deberes absolutos y deberes relativos. Mientras que un deber absoluto debe cumplirse bajo cualquier circunstancia y su incumplimiento es injustificable, un deber relativo es derrotable, y otros deberes pueden justificar el incumplimiento del mismo. Existen deberes que, a pesar de que uno tenga la intención de cumplirlos, no pueden ser cumplidos, o no pueden serlo sin faltar a otros deberes de igual, o mayor, importancia. En este sentido el autor desarrolla tres condiciones en las que el incumplimiento, o cumplimiento parcial, de un deber está justificado. 1) La primera de estas condiciones es la capacidad. Una persona ha de tener las circunstancias personales, y hallarse en las circunstancias ambientales para poder llevar a cabo la acción que cumpla con el deber. Las circunstancias ambientales son lógicas, pues si una persona no se encuentra en el lugar donde puede ayudar a alguien que lo necesita, no se le puede exigir el deber de socorro. Las circunstancias de capacidad personales son más complicadas, y dependen de la capacidad

de cada uno. En este sentido la responsabilidad de cumplir con el deber es proporcional a la capacidad del individuo: no se le puede exigir al turista que salve a los menores de ahogarse si no sabe nadar. 2) La segunda condición es la prioridad, y es que «un deber no puede serle impuesto a un agente si el cumplimiento de aquél implica que ese agente viole algún otro deber prioritario que pesa sobre él». El autor aquí señala el problema de la determinación de la prioridad de los deberes, que por similitud recuerda a los problemas de conflictos entre derechos fundamentales, pues en ambos casos la dignidad humana es el factor relevante que se pretende proteger, y que tal vez podrían resolverse de forma similar recurriendo a la figura de la ponderación. 3) La tercera y última condición es la agencia individual de cada persona. En la medida en que somos agentes morales las personas tenemos deberes, sin embargo, no se puede exigir el cumplimiento de estos deberes cuando aquello vaya en detrimento de nuestra propia vida y aspiraciones. De esta forma se protege la libertad de los seres humanos, pero esta condición tiene un límite, y es el de la dignidad humana, pues no sería moralmente aceptable una agencia que vaya en contra de esta dignidad.

El capítulo séptimo (*El precio de la gracia*) se dedica a la cuestión de la compensación y la recompensa por haber cumplido con el deber moral. El autor describe la compensación como la intención de «reequilibrar la situación que se ha visto alterada, reparando o indemnizando los posibles daños o perjuicios» de forma que el cumplir con el deber moral no debe ser ni perjudicial ni beneficioso, sino una acción neutral. La recompensa sin embargo lo que busca es «distinguir, honrar o gratificar la actitud y la actividad desempeñada» de forma que el cumplir con el deber moral acabaría siendo una actividad beneficiosa. Por lo general consideramos que recompensar las acciones buenas es correcto, y el cumplimiento de deberes morales son acciones buenas en la medida en que protegen bienes que la sociedad valora positivamente. Sin embargo, asegurar una recompensa, o incluso una compensación, desvirtuaría la acción moral. Si lo pensamos desde el punto de vista jurídico, el autor argumenta que el cumplimiento del deber llevaría una consecuencia, ya fuese la generación de un derecho en aquél que actúa, o de un deber en la otra parte. Sin embargo, desde el punto de vista moral una obligación no genera una respuesta. En una relación jurídica —el autor utiliza el ejemplo del contrato— una parte cumple con sus obligaciones porque sabe que la otra parte hará lo propio con las suyas, y en caso de incumplimiento de una parte la otra se libra de sus obligaciones. En el caso de un deber moral —y no habla el autor de relación moral precisamente porque la moral no requiere de reciprocidad— el deber es unilateral y no puede exigir una compensación, o recompensa, ni debería de esperarse una cuando se va a cumplir con el deber. El autor cierra el capítulo, y el libro, con la idea de que ponerle precio al deber moral corre el riesgo de devaluarlo, con la consecuencia de que se pierda la fuerza que debe impulsar a alguien a cumplir con su deber.

A lo largo de la obra se critica que en nuestro tiempo la idea del deber está en un segundo plano, siempre detrás de los derechos, y es cierto que en nuestras

sociedades modernas los derechos son el foco principal, y los deberes se consideran poco más que una consecuencia indeseada de los mismos. Pero el trabajo de Andrés García Inda nos recuerda el valor que el cumplimiento de los deberes tiene, tanto para la sociedad, que ve así cómo se protegen bienes valiosos como la vida; como para el propio individuo que se ve realizado como ser moral, libre y con dignidad. Este libro, que en la introducción el autor denomina como apuntes de trabajo, se ha convertido en una obra de referencia para toda persona que quiera profundizar en sus conocimientos sobre la conexión que existe entre la ética, la moral y el derecho; y aunque utilice como referencia un relato milenario, su actualidad no podría ser mayor al enfrentarse con la presente crisis del deber que se representa, no sólo en el ordenamiento jurídico, sino también en el sentir de la sociedad.

ALEJANDRO MAGALLÓN MONTAÑÉS
Universidad de Zaragoza

GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José, *Derechos versus democracia. Ironía de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, ISBN. 978-84-1130-444-3, 234 pp.

La obra de la profesora González Ordovás, compuesta por diez capítulos, comienza con un proemio en el que señala una paradoja clave para entender el resto del contenido: pese a ser el momento de la historia en que mayor cantidad de Estados se rigen por un régimen democrático, paralelamente asistimos a la coyuntura en la que más criticada está siendo la democracia en su propio seno. A este respecto recoge los datos del *Democracy Index* 2021 publicados por *The Economist Intelligence* 2022 en los que se puede observar que, pese a estar en la mejor posición de la historia, sumando las catalogadas como democracias plenas y las democracias con imperfecciones, únicamente se asciende a un 44,3% de los 167 Estados recogidos (un total de 74). Además, hay que tener en cuenta que en ese sumatorio tienen un claro protagonismo las segundas (31,7%) frente a las primeras (12,6%). A su vez, el otro dato de interés que recogen es que el total de estas dos categorías de Estados abarcan a un 45,7% de la población. Como contrapunto se observa que la categoría de Estados más numerosa es la de regímenes autoritarios (un total de 59, que suponen el 35,3% de los Estados analizados y engloban a un 37,1% de la población). Estos datos resultan de interés por cuanto reflejan que no es una preocupación global la del sostenimiento y consolidación del modelo de gobierno democrático, sino solo de una parte de los Estados del planeta, una parte que ni siquiera es la mayoritaria.

Un primer problema de análisis sobre el que llama la atención es que, al estar produciéndose la crisis de la democracia en el momento presente, al no tener ese componente histórico o pasado que permita adoptar una perspectiva más lejana y menos distorsionada al asunto, inevitablemente el análisis no podrá ser completo, ni el suyo ni el de nadie, porque sabemos de dónde venimos y dónde estamos, pero no hacia dónde vamos ni los entresijos que habrá en el camino. Un ejemplo de factor distorsionante y sobre el que precisamente pivota la obra, con sus efectos positivos y negativos asociados, es la globalización, sobre la que tanto se ha dicho y se seguirá diciendo por ser un fenómeno que no ha concluido y del que no está claro si podrá (como si de un ente se tratase) conseguir aquello a que aspira.

Junto a este hay dos reflexiones que, aunque aparecen recogidas al final, impregnan toda la obra y merecen su resalte. Siguiendo su orden de disposición, la primera de ellas se refiere a la amplitud que comprende el campo de acción e influencia del fenómeno de la globalización dado que abarca «[l]a economía, las finanzas, la tecnología, la ciencia, la geopolítica, las relaciones sociales, la demografía, los flujos migratorios, y por supuesto el derecho» (165). De hecho, hasta tal punto es la influencia que, en ocasiones, el deslinde por campos resulta complejo y la reiteración de afirmaciones para aclarar las alteraciones que en cada uno de ellos se produce resulta necesaria. Pese a la especialización creciente de los campos del saber, la interdependencia entre estos también aumenta con lo que las afecciones que se presenten en unos, se pueden ver trasladadas a otros. La segunda reflexión que se apuntaba se sintetiza en que, dado que la Historia

ha venido a demostrar que casi todo es contingente, refiriendo aquí a reinos, imperios, instituciones y culturas de todo tiempo y lugar, ese carácter también alcanzaría a la democracia, enfrentada como está en diversos frentes (193-195). Con esto último quiere llamar la atención sobre que, si es un bien tanpreciado como para ser sostenido, no puede quedarse anclado en un entendimiento preterito y desligado del contexto en el que se enmarca: requiere de atención y análisis, quizás incluso de nuevas reglas, «pero entiéndase por tal no solo los nuevos o rejuvenecidos contenidos para las reglas sino nuevas formas y formatos para las reglas» (199).

Dicho esto, la autora se detiene a analizar diversos aspectos que se ven afectados en la coyuntura crítica en la que nos encontramos: el binomio legitimidad-confianza del sistema y la paulatina pérdida de esta última por parte de la ciudadanía; la participación de la ciudadanía como refrendo y aceptación del sistema; la disquisición sobre la nomenclatura de la coyuntura: ¿crisis o impermanencia?; la desmitificación de los sustentos clásicos del sistema; la interacción legalidad-democracia-globalización; la diferencia de tempos existente entre la realidad y el plano normativo; la transición desde el primigenio Estado liberal de Derecho a una sociedad de derechos, pasando previamente por una Sociedad de Derecho; la (necesaria) impregnación de ciertos valores en el prisma jurídico como la racionalidad, la modestia y la responsabilidad; el dilema entre el seguimiento de la ortodoxia jurídica y la necesidad de acompasamiento a los tiempos en los que se desenvuelve el Derecho. Todo ello cerrado con una serie de conclusiones.

De todas estas cuestiones, por seleccionar algunas de ellas, destaca la autora que a efectos de la participación de la población, pese a la aparente bondad con que se fueron propugnando los mecanismos de democracia directa como herramienta o complemento a la generalizada representativa, hay que tener en cuenta dos elementos: que la participación no proviene de los participantes y que en modo alguno esa participación es un regalo (36). Ofrece esta, así como la perspectiva de otros autores y ello lo sintetiza en que la participación en sí misma, pese a lo que se suela postular por parte de ciertas corrientes, entre las que se encontrarían algunos populismos, no es el remedio definitivo que vaya a salvar a la democracia de sus males (42).

A la hora de encarar la pregunta de si los mitos que establecieron las bases de la democracia representativa tal y como la conocemos siguen vigentes, esgrime que los ciudadanos acaban refrendando o apoyando un sistema de gobierno determinado, como el democrático, por la búsqueda de la plausible realización o consecución de sus intereses personales, a través de derechos y prestaciones, más que por la legitimidad cuasi-metafísica con la que los dirigentes lo invisten. Por tanto, estaría apuntando a un apoyo utilitarista del sistema más que a una adhesión real a los postulados que este propugna, con lo que el basamento social real con que cuenta sería más frágil de lo que parece (72-73). La sociedad sería así más que un conjunto uniforme, un sumatorio de individuos que defienden la democracia porque ven en ella la forma de canalizar y tratar de conseguir sus aspiraciones particulares.

A esto contribuiría la globalización, su pretensión de generar el consumo-mundo y el creciente hedonismo del individuo cuya ansia de satisfacción nunca se ve frenada, dada la posibilidad de consumo inmediato y sucesivo que tiene a su alcance. Detrás de todo ello estaría una predominante lectura económica del porvenir, que estaría produciendo cambios en la esfera jurídica. Cambios que, por estar en este momento de transición, provocan el necesario recurso a conceptos clásicos para tratar de definir fenómenos modernos, con la complejidad de casación entre teoría y realidad a la que lleva consigo (78). El escepticismo aumenta y solo una «democracia funcional», es decir, aquella capaz de satisfacer en mayor medida las pretensiones individuales, fruto de ese repliegue del individuo hacia su esfera particular y de consumo, es bienvenida (81-82).

De hecho, otro punto sobre el que llama la atención en esta misma línea es la impregnación del pragmatismo, propio de la esfera económica, en el estrato jurídico, cuestión palpable —señala— tanto por la contractualización y el contractualismo, como por un mayor protagonismo de los destinatarios de las normas en su formulación, a través de los *lobbies*, encuestas, sondeos de opinión, etc. Tras ello, a su vez, se observa una transformación de aquella vocación tradicional de la ley como regulación general, a un entramado de soluciones particulares o sectoriales para la satisfacción de relaciones concretas, con el riesgo de que «el Derecho sea percibido como un hipermercado normativo, al que se recurre para alcanzar la mejor opción y oferta de entre las posibles para cada relación y situación jurídica concreta» (84).

Dicho esto, al encarar las interacciones existentes entre legalidad, democracia y globalización expone que, por mor de la impregnación de los cambios que se han producido y los que se están produciendo, que alcanzan y se imbrican en el plano filosófico con su perspectiva utilitarista, el antaño triángulo «cuasi-perfecto, compuesto por democracia-mercado-libertad ha dejado de ser un triángulo equilátero, el lado y ángulo del lado del mercado ha aumentado, ha pasado a ser obtuso y es ahora el mayor» (92). Entre otras perspectivas, recuerda el trilema de Rodrik, conforme al cual se han de escoger, en el mejor de los casos, por imposibilidad de conjugar las tres en su totalidad, una combinación de dos de las tres variables que plantea: hiperglobalización, democracia y mantenimiento del Estado-nación (98).

Otro de los puntos de especial interés es la diferencia entre los tiempos de la realidad, las fluctuaciones de lo fáctico, y la —al menos, pretendida— estabilidad de lo normativo, donde cobra especial importancia un enfoque funcionalista del problema. Aquí comienza señalando que, ante la incertidumbre que ofrece el futuro, los individuos han decidido centrar su atención en el presente y a la vista de esa duda sobre lo que vendrá, la urgencia en la satisfacción de lo pretendido es la regla. Los tiempos de la tecnociencia no son los del Derecho y la reflexión política, lo que lleva a plantearse a la democracia como una carga por esa lentitud frente a la disposición del mercado. Con ello no critica el dinamismo intrínseco a las sociedades, sino la velocidad del cambio fruto de la lógica del crecimiento e innovación tecnológica constantes. Por ese «imperio del instante» o

presión de lo inmediato, en el plano jurídico nos encontramos con que, aquel Derecho de lo general y abstracto, se desvanece: «El Derecho clásico se bate en retirada» (130).

Esa perspectiva de la «democracia funcional», de la atención a la consecución de las aspiraciones concretas de los individuos, provoca una disminución de las normas generales y abstractas a la par que genera una correlativa «proliferación, fragmentación y atomización normativa en toda regla que motiva problemas y dificultades de índole jurídica y política», en elementos como la seguridad jurídica, la legitimidad, la litigiosidad o la instrumentalización de la política (133). La lectura de todos estos procesos vendría enmarcada e influida por un contexto de máxima subjetivización (143).

En cuanto a la seguridad jurídica, señala que hay autores que proponen que, pese a ser un valor irrenunciable para el Derecho, debería aspirarse a él en distinto grado o con distinto modelo al paradigma clásico. Así, recoge la idea de reemplazar el concepto tradicional de seguridad jurídica por el de «seguridades jurídicas», en atención cada una de ellas al espectro del ordenamiento analizado (135).

Sobre el aumento de la litigiosidad señala que no puede atribuirse a una única causa, si bien una de ellas guarda una relación directa con la cantidad (creciente) y la calidad (menguante) de las normas. Un ordenamiento confuso y abigarrado conduce a una mayor incertidumbre y complejidad que deriva en una mayor litigiosidad (137-138). Por lo que se refiere a la instrumentalización del derecho, señala que, en paralelo a la creciente demanda de derechos, «se da respuesta expandiéndolos, primero para dar eficaz cumplimiento a las finalidades del Estado y, segundo, tratando de ganar así la adhesión de la ciudadanía al sistema jurídico-político» (139-140). En suma, siendo la funcionalidad el pilar que sostiene la democracia, en lugar de la adhesión a los valores que propugna, se produce una expansión del Derecho, sí, pero de un derecho marcado con ese carácter también funcional o instrumental, de satisfacción de aspiraciones y reflejo de pretensiones de los individuos. En cuanto a la proliferación normativa, a la que se alude en diversos apartados de la obra, hay que hacer, y así lo recoge la autora, una puntualización: «no debe hablarse de inflación cuando las nuevas normas van acompañadas con las necesidades nuevas. Son las necesidades falsas o necesidades triviales a las que se pretende dar respuesta mediante nuevos derechos las que provocan una superabundancia sin justificación. No hay inflación cuando las normas, pocas o muchas, cubren una laguna que requiere de atención y garantía jurídica» (147). Un ejemplo paradigmático de esa expansión de derechos, concebidos desde la perspectiva del individuo, serían las declaraciones de derechos humanos, constitutivas de una «auténtica avalancha» de derechos sobre cuyo impacto resulta obligado cuestionarse», señalando como ámbitos influidos por ello el jurídico, el político y, por derivación, el social (154). De hecho, bajo todo ello señala una cuestión interesante: «la intensificación del papel de las emociones en la política evidencia las profundas tensiones que la democracia contemporánea alberga» (159).

Como se comentaba más arriba, la envergadura de los cambios que ha traído consigo la globalización es de tal calibre que ha alcanzado incluso al «universo simbólico que le servía de legitimación ideológica: la sociedad del riesgo, de la incertidumbre y las distopías desplaza a la sociedad colmada de promesas y esperanzas que la Ilustración había traído consigo» (171). No en vano nos encontramos en el estadio de la postmodernidad o modernidad reflexiva conforme a la clasificación de Beck y en la era —acuñada a raíz de la formulación del principio que lleva su nombre— de la incertidumbre. Tanto es así que señala la autora que «ni siquiera los dogmas superan la prueba de la historicidad» a lo que añade que «no podemos (ni debemos) librarnos de la temporalidad de teorías, conceptos e incluso utopías» (178).

En suma, y por concluir, en esta época de inseguridad —y temor— ante el futuro tanto por su desconocimiento como por la velocidad del acontecer fáctico, de fuerte dirección por parte de la tecnociencia, de preponderancia de lo emocional y lo subjetivo, así como de denostación del concepto de derecho (subjetivo) y olvido del de obligación, unida al aumento del derecho blando o *soft law* como instrumento de regulación, entre otros factores, se genera un conglomerado que complica el análisis de cuestiones como la presente, la supervivencia de la democracia. Las afecciones se multiplican, dada la diversidad de elementos que de una manera u otra inciden en ella y el Derecho, como todo constructo social, es contextual temporal y geográficamente, con lo que no es de extrañar que los moldes clásicos, urdidos en el paradigma liberal, empiecen a chirriar cuando se tratan de utilizar para describir fenómenos actuales y desconocidos en el momento de su acuñación. Todo ello trata y, en efecto, consigue, poner de manifiesto la autora en esta obra de plena actualidad.

JAIME MAGALLÓN SALEGUI
Universidad de Zaragoza

LACRUZ MANTECÓN, Miguel L., *Inteligencia Artificial y Derecho de Autor*, Editorial Reus, Madrid, 2021, ISBN: 978-84-290-2555-2, 200 páginas.

La Inteligencia artificial (IA) es en la actualidad el avance técnico más relevante y cuya repercusión ya se nota en nuestra vida diaria. Para muchos especialistas, la IA va a conformar una auténtica revolución: la 4ª Revolución, que implicará una transformación de la humanidad en su conjunto. Sus consecuencias en el mundo del Derecho están siendo estudiadas por los juristas atentos a los vientos del cambio, y entre las especialidades jurídicas que más se ven afectadas por la nueva tecnología está la Propiedad intelectual o Derecho de autor. Éste es precisamente el campo de especialización del autor cuya monografía se recensiona ahora.

Miguel L. Lacruz Mantecón (Zaragoza, 1960) es Profesor Titular de Derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Según se lee en su currículo que aparece en la editorial REUS, está especializado en Propiedad intelectual, donde lleva a cabo sus primeras publicaciones (*Las obligaciones del editor en el contrato de edición literaria*, Reus, 2000). Es miembro de la Asociación de autoristas ASEDA y secretario de redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

En cuanto a su producción jurídica, la monografía que ahora se recensiona es la última de una larga serie de publicaciones. El autor ha publicado obras en materia de Derechos reales, así en tema de posesión (*La normativa posesoria de liquidación y su generalización*, Dykinson, 2005) y en bienes abandonados (*La ocupación imposible*, Dykinson, 2011 y *Los bienes mostrencos en Aragón*, El Justicia de Aragón, 2012). También en tema de arbitraje, participando en las *Comentarios breves a la Ley de arbitraje* (Reus, 2007), y *La impugnación del arbitraje* también en Reus, 2011. Extiende su estudio al contrato de seguro en *Formación del contrato de seguro*, Reus, 2014, e incide asimismo en Derecho de familia con la obra *Convivencia de padres e hijos mayores de edad*, Reus, 2016. Recientemente dedica su estudio a la Inteligencia Artificial, publicando la monografía *Robots y personas. Una aproximación jurídica a la personalidad cibernética*, Reus, 2020; monografía a la que sigue la que ahora se recensiona, *Inteligencia artificial y Derecho de autor*.

Esta monografía parte de la base de su anterior obra, *Robots y personas. Una aproximación jurídica a la personalidad cibernética*, y por lo tanto con un amplio conocimiento de la realidad de la técnica de Inteligencia artificial (IA), sus límites y posibilidades. Habiendo considerado en esta anterior obra las generalidades y consecuencias jurídicas de la IA, en ésta el autor pasa a la aplicación de la inevitable y ubicua Inteligencia artificial al mundo del arte y de la creación. La idea de la que parte el autor es la dependencia de esta peculiar rama jurídica, la Propiedad Intelectual o Derecho de autor, de las técnicas de reproducción gráfica y sonora, así como de las invenciones en el ámbito de la comunicación pública, y nuevas tecnologías de información y comunicación.

En los siete capítulos que la integran, se parte del Derecho de autor, o Propiedad intelectual, como especialización jurídica que, como nos recuerda el autor,

ya desde el principio nace de la mano de los mecanismos de reproducción de obras, con la imprenta. Más adelante, cambia y amplía su ámbito con las cajas de música y el fonógrafo, y ya en el siglo pasado, con el cine, la radio y luego la televisión, que plantean nuevos problemas en cuanto al surgimiento de un nuevo arte y unas nuevas obras, la obra cinematográfica, así como nuevos medios de difusión de obras artísticas. Ya desde su origen pone de relieve el autor la estrecha relación entre las tecnologías de reproducción y la Propiedad intelectual.

Con la invención del ordenador o computadora, la dependencia del Derecho de autor de la nueva tecnología informática, y el cambio que experimenta la regulación, puede comprobarse desde la aparición de los primeros ordenadores personales y de nuevas obras como los videojuegos; luego en los 90 llegaría Internet y el intercambio de obras protegidas. Con la novísima tecnología de la Inteligencia artificial (IA) implantada en el ordenador, empieza a desarrollarse no ya un nuevo medio de reproducción, sino de, primero, ayuda a la creación, y luego de creación directa y automática, dando lugar a un arte creado por máquinas y a una nueva batería de cuestiones a resolver por este Derecho de autor.

Comienza el libro con un estudio histórico del surgimiento del arte robótico o cibernético, el creado con la ayuda, primero, del ordenador o computadora, y luego por éste mismo con la ayuda, cada vez menos necesaria, del artista. Se exponen así los orígenes del arte cibernético y las obras generadas mediante ordenador, centrando el examen en la aplicación de la IA a los distintos ámbitos artísticos: Obras literarias, pintura y artes plásticas, música, y también las interpretaciones, actuaciones y representaciones de obras dramáticas o musicales. Para no perder la centralidad del examen jurídico, se exponen los por ahora poco numerosos textos europeos sobre Inteligencia artificial y Propiedad intelectual.

El siguiente capítulo se dedica a la creatividad cibernética o robótica. Partiendo de la consideración de la actividad de creación artística como una actividad inteligente, el autor plantea la posibilidad de que los sistemas inteligentes consigan un grado de creatividad análogo al humano, logrando producir resultados que alcancen la valoración de «obras», tanto literarias como musicales, pictóricas y artísticas. Esto no es sino una aplicación del Test de Turing a la actividad de un sistema inteligente, pero con un plus, el de que lo que se intenta comprobar es una cualidad que no todos los seres humanos poseen, la creatividad artística. Se trataría de un Test de Turing artístico, en el que lo que se trata de probar es que, si no se puede distinguir, entre dos obras de arte, cuál ha sido creada por un humano y cuál por un ordenador, entonces el nivel artístico de la IA ya ha alcanzado al humano.

Para considerar a los resultados de la computación inteligente como genuinas obras es necesario examinar qué es una obra artística según la Ley. Para ello se centra el autor en los requisitos de originalidad y el mérito de la obra, intentando demostrar el carácter artístico de las producciones cibernéticas.

El obstáculo fundamental a la admisión de una genuina creatividad cibernética o robótica radica en que conllevaría la cualidad de «autor» en el sistema

inteligente, y por tanto las titularidades aparejadas a tal condición, las de los derechos del autor, lo que no tiene sentido. La autoría cibernética es la de un autor sin alma, por lo que muchos le niegan tal condición. Sin embargo, y como destaca Lacruz, existen distintos grados de la intervención humana en la creación y distintos grados de creatividad. Un precedente de los procedimientos mecánicos de creación lo tenemos en la fotografía, que finalmente fue admitida como obra, siquiera las de menos creatividad son calificadas de «meras fotografías». Hay que admitir que la autoría de la obra cibernética es de la máquina, no del ser humano, pero esto no implica conceder a este autor-máquina la titularidad de los derechos sobre la obra. Se trataría de un autor, pero sin personalidad, lo que algunos autores intentan remediar resucitando la idea de la personalidad electrónica para los robots, que expuso la ya superada Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017.

Esto es combatido en este trabajo, que intenta sobre todo apreciar las cosas en su concreta realidad, y por ello desligar la autoría cibernética o robótica de la titularidad de los derechos sobre la obra, buscando criterios de atribución de éstos a los seres humanos «que están detrás de la máquina». El remedio se halla por tanto en desligar la autoría, como concepto nuclear del Derecho de autor, de la titularidad de los derechos sobre la obra, y admitir que el titular de los derechos sobre la obra cibernética no lo sea el autor verdadero, la máquina, sino el ser humano que está detrás de la máquina.

Pasa a continuación el autor en el capítulo 5º a considerar los derechos sobre las creaciones cibernéticas, propugnando la construcción de una titularidad de derechos desligada de la autoría sobre la obra. Para ello señala que el reconocimiento de la autoría como vector inicial de titularidad de derechos sobre la obra fue históricamente un recurso de utilidad, y que existen incluso en la actualidad numerosos casos de atribución de derechos con independencia de la autoría.

En cuanto a la búsqueda de un titular de los derechos sobre las obras creadas por el ordenador, señala Lacruz a los distintos candidatos humanos a la titularidad de derechos: El programador y diseñador del sistema, el propietario o titular de un derecho de uso de la máquina, hasta llegar al mero usuario de la máquina. Plantea también que la protección podría tener lugar mediante derechos conexos o no derivados de la autoría. Naturalmente, la otra solución sería el ingreso de la obra en el dominio público.

Termina la obra con un interesante resumen de las posibilidades de proteger las obras robóticas con instrumentos distintos de los derivados de la autoría, o incluso distintos de la Propiedad intelectual, y de la conversión de obras cibernéticas en archivos validados con tecnología *blockchain*, la llamada tokenización de las obras de arte. Este capítulo comienza examinando determinadas paradojas en el ámbito del Derecho de autor derivadas de las novedades técnicas traídas por Internet y la IA. Es un hecho que las nuevas tecnologías han traído bastante desprotección de las obras artísticas, pero también van a producir una posibilidad de protección por vías distintas a la de la Propiedad Intelectual.

Se trata de las novedades en el mercado del arte traídas por la llamada tokenización de la obra artística. La tokenización consiste en la encriptación de obras, convirtiendo en un token obras de arte posibilidad que permite resolver el problema de la individualización de las copias de obras digitales, pues distingue cada una mediante un *hash* único e inalterable. Mediante el uso de la tecnología *blockchain* o DLT, cada token es único y su titularidad no puede alterarse gracias a la encriptación y a la tecnología de ficheros distribuidos.

En cuanto a esta tokenización del arte y sus funciones, la idea de convertir las obras en tokens está pensada sobre todo para conseguir una contratación inteligente y rápida, mediante *smart contracts*, de los derechos sobre la obra que es empresarialmente explotable mediante reproducción, distribución o puesta a disposición, por ejemplo, una novela o una película; pero también se puede utilizar para la venta de obras artísticas a través de plataformas web de contratación electrónica y pago en divisas electrónicas.

Toma el autor el siguiente ejemplo de Ruiz-Gallardón de la tokenización de una obra pictórica, como la de un Banksy valorado en 2.000.000 de euros: «El propietario de la obra, el emisor, podría emitir 2.000 tokens de 1.000 euros de valor nominal cada uno de ellos, que serían suscritos por inversores interesados en invertir en el mercado del arte, interesados, por ejemplo, en participar en la plusvalía que experimentase la obra de arte cuando fuese vendida en subasta en el plazo determinado en el momento de la emisión, por ejemplo 5 años, durante los cuales podría existir un mercado secundario de tales Tokens... Cada Token representa el derecho a participar en 1/2.000 parte del importe obtenido en la subasta a celebrar dentro de 5 años. Cuando llegue el momento de la subasta el *smart-contract*, el código informático, pondría a la venta los Tokens, todos ellos en su conjunto, admitiría las pujas, determinaría la ganadora, modificaría la base de datos para determinar que todos los Tokens pasan a constar a nombre del ganador de la subasta, y con ellos el derecho a la propiedad sobre la obra subastada y distribuiría el precio obtenido en dinero tokenizado entre los anteriores titulares de los Tokens en la proporción correspondiente. Todo ello de forma automática, autoejecutable, transparente y sin más intervención de terceros que la del responsable del adecuado funcionamiento del smart-contract que gestiona todo el proceso».

En definitiva, con la tokenización se permite que el propietario de la obra «venta» ésta con mayor facilidad, pues es más fácil encontrar 2.000 inversores de 1.000 euros que uno de 2 millones (y tampoco se impide que un gran inversor adquiera todos los tokens), y se consigue también permitir al pequeño inversor intervenir en el mercado del arte en obras de primer orden. Y se posibilita también que cada inversor convierta su token en dinero acudiendo a mercados secundarios.

Para terminar, decir que en los siete capítulos que integran la obra se examina en profundidad los aspectos generales y muchas cuestiones concretas referentes a la IA y a sus importantes implicaciones para los derechos de autor. El profesor

Bibliografía

Lacruz ofrece una panorámica rigurosa de un tema interesante y de máxima actualidad, por lo que esta investigación se constituye en obra de referencia para resolver muchos de los interrogantes que plantean los actuales sistemas de IA creativa, partiendo de la capacidad actual de las máquinas de producir por sí solas resultados que se disfrutan como obras intelectuales o artísticas.

GERARDO AGUAS VALERO
Universidad de Zaragoza

TOMÁS FACI, Guillermo, LALIENA CORBERA, Carlos, y DE LA TORRE GONZALO, Sandra, *El original de la Letra Intimada. La carta autógrafa del Justicia de Aragón Juan Jiménez Cerdán (1435)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2021, 200 páginas. Prólogo de Ángel Dolado.

Mediante la presente nota, se quiere dar noticia de una singular publicación patrocinada por el Justicia de Aragón, que resulta de gran importancia para los interesados en la historia, en el derecho, en la lingüística y, en general, en la cultura de Aragón.

Ciertamente, es mérito de los autores, en primer lugar, haber «descubierto» —en un sentido literal— en el Archivo Histórico de los Protocolos Notariales de Zaragoza el documento original y autógrafo de la *Letra intimada* en una versión en lengua romance y anterior a la que, en lengua mucho más castellanizada, se unió a los Fueros de Aragón sesenta años más tarde.

La contribución de los Dres. Tomas, Laliena y De la Torre no se acaba aquí (con ser esto de la máxima trascendencia), porque, a partir de esta fuente primaria, han llevado a cabo un sugestivo y, a la vez, riguroso análisis de tan importante carta, que se incorpora como facsímil al libro reseñado.

Habrà que recordar que la *Letra Intimada* constituye una suerte de misiva que redactó el Justicia Juan Jiménez Cerdán a un sucesor en su magistratura, Martín Díez de Aux, lo que es aprovechado por el primero de estos personajes para exponer su propia biografía y para formular una encendida defensa de la Institución de la que fue titular. Institución que, a tenor de lo señalado por el autor, serviría de amparo a los aragoneses.

Dado el contenido de esta Letra Intimada no es extraño que se incorporara como apéndice a los Fueros de Aragón, como un elemento de apoyo a quienes defendían las posiciones regnícolas.

Sin embargo, este juicio positivo inicial no fue compartido con los primeros historiadores profesionales —por ejemplo, Giménez Soler— quienes pensaban que lo relatado por el anciano Justicia no se compadecía con la realidad, por lo que este documento no tendría gran valor.

No suscriben —al menos, plenamente— estas críticas los autores de este volumen, ya que subrayan su trascendencia a la hora de contar con un relato autobiográfico de quien ocupó una posición de la máxima importancia en el reino; máxime, cuando, no sólo se ofrece la visión de este personaje de variados acontecimientos históricos en los que intervino, sino que, además, se aporta una concepción de la propia Institución del Justicia de Aragón en aquel momento histórico por parte de un destacado representante de las élites aragonesas. Todo ello, en un lapso temporal muy convulso, como fue el interregno, que derivó en un cambio de dinastía para la Corona.

Por lo que se refiere a la estructura de la publicación, y tras el prólogo del Justicia de Aragón D. Ángel Dolado, debe decirse que los diferentes elementos

de la publicación guardan un orden lógico. En efecto, tras una obligada presentación, se expone una introducción histórica y una disertación sobre el origen y evolución del Justicia de Aragón. Expuesto el contexto histórico e institucional, se ofrece una semblanza del autor, Juan Jiménez Cerdán, al que se califica, con acierto, como un «personaje muy especial», en razón de su rica biografía.

A continuación, el libro dedica dos capítulos al examen de la *Letra intimada* en la doble vertiente que se pretende subrayar: su naturaleza de memorias políticas y de manifiesto político.

Sigue la edición facsímil, gracias a la cual, el lector puede apreciar la reproducción del documento original que se ha editado con gran calidad. Y, para su plena comprensión, se transcribe, en su redacción literal, dicha *Letra intimada*, junto a su traducción a lengua castellana, lo que posibilita apreciar fácilmente las variaciones lingüísticas.

Finalmente, el libro incluye, además de la bibliografía, una relación biográfica de los personajes que aparecen en la *Letra intimada* y un epílogo final sobre la posición de los historiadores en relación con este documento.

En definitiva, la aparición de esta publicación —que, seguro, contará con el aprecio de investigadores y del público en general que se acerque a ella— constituye una magnífica noticia para la cultura aragonesa y, en especial, para el conocimiento de una señera institución histórica aragonesa, como es el Justicia de Aragón.

MARÍA VAKAS GINER
Universidad de Zaragoza

VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, *Constitución y revolución en los inicios del Estado nacional noruego*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022, ISBN: 978-84-259-1939-8, 326 pp.

En la actualidad, Noruega es un paradigma de monarquía parlamentaria democrática. Resulta de suma relevancia conocer las razones y el proceso que han conducido a esta situación. Para ello, parece imprescindible acudir a su Historia, sumergirse en su pasado y observar los acontecimientos que posibilitaron su creación como un Estado nacional liberal moderno. Dichos acontecimientos son los que analiza Guillermo Vicente y Guerrero, Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza.

Es manifiesto que el año 1814 fue testigo de importantes eventos históricos como la abdicación del emperador francés Napoleón Bonaparte y el restablecimiento de la monarquía absoluta en manos de Luis XVIII. Dicha abdicación se produjo tras haber sido derrotado en Leipzig por la *Sexta Coalición* (1812-1814) formada por Austria, Prusia, Suecia y Rusia durante las llamadas guerras de la Coalición, o mejor conocidas, *guerras napoleónicas* (1804-1815). No obstante, a la par ese mismo año en Noruega comenzaría un proceso revolucionario que culminará con la redacción de un texto constitucional y con la anhelada y breve independencia noruega. Precisamente ese proceso revolucionario es el que ha estudiado rigurosamente el autor en su trabajo, ofreciendo al público de habla hispana, por primera vez, una obra de una temática quizás desconocida por este auditorio. El resultado ha sido una monografía innovadora y de amena lectura, consecuencia de la metodología empleada para construir el relato a través de una línea cronológica. Se incluyen, además, varios anexos que se han traducido al idioma castellano, como el listado de los 112 representantes de la Asamblea del Reino de Noruega y el texto íntegro de la *Constitución del Reino de Noruega de 17 de mayo de 1814*.

El libro se encuentra dividido en cinco capítulos. El primero de ellos —la génesis revolucionaria— introduce a la perfección el contexto histórico en torno al cual giraba Noruega, haciendo un recorrido desde el siglo IX hasta el 1800, época en la que se inicia el proceso revolucionario constituyente sobre el que versa el objeto del libro. Este capítulo, tan cautivador como relevante, constituye los cimientos sobre los que se desarrollará el resto de la obra. Así pues, en 1661, Noruega y Dinamarca formaron un Estado unitario absolutista, formalizado en 1665 con la *Lex Regia*. Posteriormente, el siglo XVIII fue marcado por un periodo de prosperidad económica, que tuvo como consecuencia el resurgir de un sentimiento identitario noruego, llegándose incluso a popularizar un himno nacional noruego.

A comienzos del siglo XIX, aterrizaron en Europa las guerras napoleónicas. Dinamarca —y, por ende, Noruega—, tras su fallido intento de permanecer neutral, terminó posicionándose del lado de Francia. Los amantes de la Historia Contemporánea podrán imaginarse qué es lo que le deparaba a Dinamarca. Asimismo, no muy lejos de Dinamarca tropezamos con Suecia, parte de las Fuerzas

de Coalición. El final, un tanto agrio para Dinamarca, no fue menos que la firma por el rey Frederik VI del Tratado de Kiel el 14 de enero de 1814, fruto de la derrota de los daneses ante los suecos en la *batalla de Bornhöft*. Por dicho Tratado Dinamarca renunciaba a Noruega, y esta pasaba a quedar anexionada al rey de Suecia. Fue en este contexto en el que el primo del rey danés, Christian Frederik, tomó parte en el asunto, asumiendo todo el poder en su propio nombre y aprovechando la situación de Suecia —atareada en las guerras napoleónicas—, allanando así el camino de Noruega hacia una nación libre e independiente.

El primer paso que tomó Christian Frederik fue el inicio de una ronda de consultas, de modo informal, en Eidsvoll, donde asistieron algunos de los ciudadanos noruegos más destacados. Tras ello tuvo lugar la reunión de notables, en la que se defendió la convocatoria de una Asamblea del Reino en pos de la elección de un nuevo monarca y la elaboración de un texto constitucional. Una vez llevada a cabo la elección de los representantes, se evidenciaron dos tendencias: una minoritaria, conformada por los unionistas que promovían la unión con Suecia; y la corriente mayoritaria, defendida por los independentistas.

El capítulo II —la Asamblea del Reino— cuenta cómo se congregaron los 112 representantes del pueblo en Eidsvoll. La mencionada Asamblea del Reino tuvo lugar del 10 de abril al 20 de mayo, durante la cual no sólo llevó a cabo una Constitución, sino que igualmente culminó con la elección de Christian Frederik como rey de Noruega.

El capítulo III —el Comité Constitucional— nos habla de la elección del comité constitucional y la posterior elaboración del borrador constitucional. El autor nos apunta que se eligieron quince representantes. Es inequívoco que la elección fue clave para el rumbo constitucional. Para comenzar, se elaboraron una serie de principios fundamentales (en total once) que serían presentados para su posterior aprobación. Estos han sido desglosados por el autor, comentando brevemente cada uno de ellos, aunque los que conllevaron mayor problemática una vez presentados ante la Asamblea del Reino fueron el primero, en el que se declaraba a Noruega como una monarquía de carácter limitada y hereditaria, independiente e indivisible; el cuarto, en el que se establecía la capacidad del regente de declarar la guerra y paz; el octavo, en el que se adoptaba la confesionalidad evangélico-luterana de la nación, permitiéndose el libre ejercicio de cualquier otra religión, aunque se mantenía la prohibición del acceso al Reino de los judíos; el décimo, que discutía lo referente a los privilegios económicos y sociales de los grupos más favorecidos prohibiendo las transmisiones hereditarias de privilegios; y por último, el undécimo, referido al servicio militar obligatorio.

Sentadas las bases, se procedió a elaborar el borrador constitucional. Cabría preguntarse si la Constitución gaditana, que como sabemos, fue aprobada dos años antes en 1812, tuvo influencia alguna sobre la noruega. Partiendo de las obvias dificultades para poder determinar si existió una influencia directa entre

ambos textos, el Profesor Guillermo Vicente incide particularmente en los paralelismos históricos que identifican ambos contextos. En concreto subraya el singular proceso político compartido por ambos países: una revolución interna contra el Antiguo Régimen y una guerra contra un enemigo exterior (p. 132). La interna, se corresponde con el pretendido fin de la monarquía absoluta, y la segunda, con el impedimento de que un enemigo exterior se hiciera con el mando del territorio. En mi opinión no le falta razón efectuando tales paralelismos. Como sabemos, España fue invadida por las tropas napoleónicas en mayo de 1808, en un ambiente de cambio social y político impulsado por la influencia de las ideas ilustradas y la Revolución Francesa. No obstante, la firma del Tratado de Valençay en 1813 restituyó a Fernando VII como monarca una vez finalizado el conflicto bélico, y todas aquellas aspiraciones de abolición del Antiguo Régimen se desvanecieron una vez Fernando VII derogó la Constitución de Cádiz a su vuelta, derribando de un plumazo el primer régimen liberal. En cambio, en Noruega el desenlace fue muy distinto, ya que a pesar de que Noruega quedó unida a Suecia, aunque en un singular régimen de unión personal, la Constitución aprobada en 1814 es la que perdura hasta nuestros días, no pudiendo presumir *la Pepa* de igual manera, puesto que posteriormente en España han sido aprobadas seis más (1837, 1845, 1869, 1876, 1931 y 1978), y al contrario que el caso español, Noruega sí consiguió romper definitivamente con el sistema político absolutista anterior.

El capítulo IV —la Constitución— es el que cuenta con mayor extensión, pues trata exhaustivamente el texto constitucional. Se trata de un texto corto, en concreto 112 artículos que se dividen en cinco capítulos bien diferenciados. Asimismo, como apunta Guillermo Vicente, el texto noruego carece de parte dogmática, tal y como ocurría en el gaditano. Gran interés suscita la soberanía popular, que ejerció como principio rector de la Constitución noruega, hecho que llama la atención atendiendo a las circunstancias de la época. No obstante, el Profesor Guillermo Vicente va más allá, y argumenta una posición diferente a la que mantienen la mayoría de los autores, en sus palabras (pp. 169-170) «a mi juicio una cosa es defender, y estoy plenamente de acuerdo con ello, que fue el principio de soberanía popular el que realmente sirvió de fundamento de legitimación tanto del proceso revolucionario en sí mismo como de la propia Constitución resultante, y otra distinta es afirmar que dicha Constitución se conformó alrededor de tal principio de soberanía del pueblo». Además de todo ello, resulta interesante como en este apartado el autor desmonta la errónea concepción y confusión entre la democracia y el liberalismo. Tal y como indica, no se puede hablar de democracia cuando tan sólo el derecho al voto le corresponde al 15% de la población, como así ocurría en Noruega (p. 173). Tampoco la Constitución española de 1812 era en absoluto democrática, pues como señala el autor «que una Constitución sea más liberal que otra no implica por ello que sea democrática» (p. 174).

A mi modo de ver merece especial atención el vacío que presenta el texto constitucional en lo que se refiere a los derechos y libertades individuales. Como se ha señalado, el texto constitucional noruego carece de parte dogmática. A

pesar de que las doctrinas del Derecho natural, entendido este como un Derecho eterno, inalienable y anterior, estaban presentes entre los protagonistas del proceso constituyente noruego, no existe referencia explícita acerca de este Derecho. Recordemos que el contexto no revestía de sencillez y el tiempo era ajustado, en tanto que recientemente se había firmado el Tratado de Kiel y urgía aprobar el deseado texto constitucional, procediendo así a la autodeterminación noruega y todo lo que ello conllevaba. Guillermo Vicente, en su libro, apunta las posibles causas que conllevarían esa falta de referencia explícita de derechos y libertades individuales: en primer lugar, algo evidente como la presión del tiempo; en segundo lugar, la falta de una auténtica necesidad que hiciera inevitable proceder a una declaración de derechos, por lo que se incluyeron directamente como normas materiales en el último capítulo —disposiciones generales—.

De la gran parte de los derechos y libertades, que como indica el autor, se encuentran dispuestos a lo largo del entramado constitucional sin justificación filosófica o universal, me gustaría destacar la libertad de prensa. La libertad de prensa, entendida esta como la facultad de propagar opiniones e información a través de los distintos medios existentes, ha sido altamente discutida a lo largo de la historia. Quizás la Antigua Roma sea el antecedente de lo que podría considerarse como libertad de prensa: los ciudadanos romanos, en foros públicos, compartían libremente sus opiniones, aunque sujetos a ciertas restricciones. Posteriormente la invención de la imprenta por Johannes Gutenberg abrió el camino a la rápida transmisión de ideas (como las de la Ilustración) e información sustituyendo así a la producción lenta y costosa de los libros escritos a mano. En fin, la imprenta fue un hito que marcó el rumbo de la humanidad, pero tendrían que ser aquellos en cuyas manos se encontraba el poder los que dieran cabida a la difusión de ideas sin censura. Tanto en la Constitución norteamericana como en la francesa se garantizaba la libertad de prensa. En lo que respecta a Noruega, la libertad de prensa ya se establecía en uno de los once principios que se adoptaron por el Comité Constitucional, pero, sin embargo, lo sorprendente es cómo finalmente quedó notablemente limitada, o incluso, como recalca el autor del libro, invalidada a través de una serie de supuestos en contrario que recogía el artículo 100 del texto constitucional: «Habrà libertad de prensa. Nadie podrá ser castigado por ningún escrito, sea cual sea su contenido, que haya publicado o impreso, a menos que voluntaria y manifiestamente proceda o incite a otros a desobedecer las leyes, a menospreciar la religión, la moralidad o los poderes constitucionales, a oponerse a sus órdenes, o a proferir falsas e injuriosas acusaciones contra otros. Se permite a todos expresar libremente sus opiniones con respecto a la administración del Estado o sobre cualquier otro asunto».

Otro asunto que provocó disputa fue el de la libertad religiosa. De hecho, el autor nos da una pista con el propio título del apartado —la (no) libertad religiosa—. A pesar de que en los propios principios fundamentales elaborados por el Comité Constitucional se dejó cabida a una muy amplia tolerancia religiosa permitiendo la práctica del resto de confesiones (no sólo la Religión del Estado, que era la evangélico-luterana), no debe olvidarse la significativa excepción de

los judíos («los judíos serán excluidos del acceso al Reino»), distinción que a título personal no causa sorpresa alguna. Aunque lo sorprendente es el giro de acontecimientos, pues poco a poco esa tolerancia religiosa fue desvaneciéndose: en primer lugar, pasando por la redacción del borrador constitucional, y, en segundo lugar, pasando por el Comité de Redacción, que, a pesar de no ser competente para ello, suprimió del propio artículo la cláusula que permitía a las confesiones religiosas cristianas la práctica libre de su Religión.

Finalmente, el capítulo V —elección real y disolución de la asamblea— relata cómo una vez aprobado y discutido el texto constitucional, se procedió a la elección del rey para posteriormente disolver la asamblea una vez finalizada la labor de los representantes.

En definitiva, el autor no solo contribuye a acercar al mundo hispanoparlante la historia política de Escandinavia en uno de sus episodios más apasionantes y decisivos de toda la Edad Contemporánea, sino que es capaz de atrapar al lector de principio a fin a través de una narrativa fluida y cautivadora, abriendo nuevas vías de información y sentando las bases para futuras investigaciones sobre la historia política de los países nórdicos.

ANDREA GARCÍA RUIZ
Universidad de Zaragoza

B) REPERTORIO DE BIBLIOGRAFÍA

B) BIBLIOGRAPHY REPertoire

JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Zaragoza

IV. OBRAS GENERALES, DE JURISPRUDENCIA, MANUALES, PANORÁMICAS Y REVISTAS

3. MANUALES Y OBRAS GENERALES DE DERECHO ARAGONÉS

SERRANO GARCÍA, José Antonio y BAYOD LÓPEZ, Carmen: *Lecciones de Derecho civil: Familia*, 3ª ed., Ed. Kronos, Zaragoza, septiembre 2022, 546 pp., ISBN: 978-84-125406-5-9.

Tercera edición puesta al día en septiembre de 2022. Junto a las materias con regulación uniforme en toda España, se exponen las instituciones reguladas por el Derecho civil aragonés, se da cuenta de la existencia de otras legislaciones civiles españolas y se indica la forma de determinar la ley aplicable al caso.

SERRANO GARCÍA, José Antonio y BAYOD LÓPEZ, Carmen: *Lecciones de Derecho civil: Sucesiones por causa de muerte*, 3ª edición, Ed. Kronos, Zaragoza, septiembre de 2022, 408 págs., ISBN: 978-84-125406-6-6.

Tercera edición puesta al día en septiembre de 2022. Exposición integrada del Derecho de sucesiones aragonés y el estatal de aplicación supletoria, con referencias al de otras Comunidades Autónomas con Derecho civil foral o especial.

4. MANUALES Y OBRAS GENERALES DE DERECHO FORAL

ARNAU RAVENTOS, LÍDIA, GINEBRA MOLINS, M. Esperanza y TARABAL BOSCH, Jaume: *Dret de família. Teoria i casos*. 3ª edición, Atelier, Barcelona, 2023, 345 págs.

Manual para el estudio del Derecho de familia vigente y aplicable en Cataluña, el Título III del Libro 2º del Cc. de Cataluña, así como la legislación estatal sobre las materias de Derecho de familia sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva o sobre las que Cataluña no ha desarrollado su competencia legislativa.

Este Manual combina teoría y práctica. La exposición teórica de la materia va precedida del planteamiento de casos que son comentados al final.

Los autores son discípulos del Dr. Ferran Badosa Coll.

ARNAU RAVENTOS, Lúdia, GINEBRA MOLINS, M. Esperanza y TARABAL BOSCH, Jaume: *Dret de successions. Teoria i casos*. 3ª edición, Atelier, Barcelona, 2023, 326 págs.

Los mismos autores y con el mismo método que en la obra anterior, se ocupan en esta del estudio del Derecho civil de sucesiones vigente y aplicable en Cataluña, el Libro IV del Cc. de Cataluña, con referencias a las leyes estatales con incidencia en el Derecho catalán de sucesiones.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y GALICIA AIZPURUA, Gorka (directores): *Manual de Derecho Civil Vasco*, 2ª edición, Atelier, Barcelona, 2023, 478 págs.

VV.AA.: *L'Aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya* (Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona: coordinador); edita: Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona: Documenta Universitaria, Girona, 2023, 1070 págs.

Contiene las ponencias y comunicaciones de las XXII Jornadas de Derecho Civil Catalán, organizadas por l' Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona, en colaboración con el Ayuntamiento de Tossa de Mar y el soporte de todos los patrocinadores del ámbito jurídico catalán. Las Jornadas han estado dedicadas a «L'a aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya», divididas en dos Ponencias: la Primera sobre «El paper de la jurisprudencia en el dret civil català actual» y la Segunda para exponer, respecto de cada uno de los VI libros del CCCat., la aplicación judicial de que ha sido objeto. En la parte final se incluyen 6 Comunicaciones.

Destaco aquí, por su carácter más general, los escritos de Jesús Delgado Echeverría («El papel de la jurisprudencia: tradición y derecho catalán contemporáneo»), Francisco de P. Blasco Gascó (La creación de la norma jurisprudencial y los tribunales superiores de justicia. El diálogo entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia) y José-Ramón García Vicente («La reforma de la casación civil: efectos sobre la casación civil autonómica»).

5. PANORÁMICAS

SERRANO GARCÍA, José Antonio y BAYOD López, Carmen: *Cuadernillo de Prácticas de Derecho civil: Familia y Sucesiones*, 3ª ed., Ed. Kronos, Zaragoza, septiembre de 2022, 46 págs., ISBN: 978-84-125406-7-3.

6. REVISTAS

REVISTA *de Derecho Aragonés*, 2022-XXVIII, Institución Fernando el Católico, Excma. Diputación de Zaragoza, 2022, 357 págs.

En la Presentación, titulada «Nuevos vientos», su director, el Prof. Jesús Delgado Echeverría, da cuenta de los cambios que en este número se producen en los contenidos, que afectan sobre todo a la Jurisprudencia (deja de publicarse el texto de las sentencias —incluso de las del TSJA—) y a los Estudios, que para intentar conseguir un «sello de calidad» se abren de forma más explícita a las aportaciones, no sólo desde la historia, sino también de la filosofía y la sociología del Derecho, o el Derecho comparado. La Revista pasa a llamarse «de Derecho aragonés», sin aludir al civil.

Lo cambios afectan igualmente a los órganos de Dirección, Consejo Asesor y Consejo de Redacción. Quienes han sido secretarios desde el nacimiento de la Revista en 1995, Carmen Bayod y José Antonio Serrano, ceden el testigo a Guillermo Vicente y Guerrero, que es quien ha propuesto y ejecutado las principales decisiones operativas de la nueva etapa. María Ángeles Ruiz Blasco (Decana del Colegio de Registradores de Aragón), sustituye a José Luis Batalla como coordinadora. Se pone al día la composición del Consejo Asesor y sea crea un Consejo de Redacción, cuya incumbencia principal es gestionar la evaluación de trabajos para la sección de Estudios, así como recabar artículos más allá del área de Derecho civil.

ACTAS de los XXXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Zaragoza y Teruel, 8, 15 y 22 de noviembre de 2022, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2023, 171 págs.

En la primera Ponencia, «Vecindad civil: presente y perspectivas de futuro», es ponente el Prof. Jesús Delgado Echeverría; son coponentes, el Notario Adolfo Calatayud Sierra y el Abogado Luis Montes Bel, que aportan una «Visión desde la práctica».

La otra ponencia dedicada al Derecho privado trata de la «Aplicación del Derecho civil aragonés a extranjeros», es ponente la Profesora de Derecho internacional privado Pilar Diago Diago y, son coponentes la Abogada Isabel Guillén Broto («Régimen jurídico de las parejas no casadas en Aragón y su aplicación a los extranjeros») y el Registrador Miguel Ángel Lorient Rojo («Las sucesiones transfronterizas y el Reglamento UE 650/2012»).

V. MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS (SIGLOS XIX-XXI)

1. TEMAS COMUNES A TODOS LOS DERECHOS FORALES

CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «Visión de la vecindad civil desde la práctica notarial», *Actas de los XXXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza y Teruel, 8, 15 y 22 de noviembre de 2022, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2023, págs. 19-34.

- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Los Derechos civiles forales (siglos XIX y XX): un tercio de España», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 50, N° 1, 2021, págs. 651-704.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Vecindad civil: presente y perspectivas de futuro», *Actas de los XXXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza y Teruel, 8, 15 y 22 de noviembre de 2022, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2023, págs. 7 a 18.
- DIAGO DIAGO, Pilar: «Aplicación del Derecho civil aragonés a extranjeros», *Actas de los XXXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza y Teruel, 8, 15 y 22 de noviembre de 2022, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2023, págs. 43-62.
- GUILLÉN BROTO, Isabel: «Régimen jurídico de las parejas no casadas en Aragón y su aplicación a los extranjeros», *Actas de los XXXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza y Teruel, 8, 15 y 22 de noviembre de 2022, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2023, págs. 63 a 84.
- LORIENTE ROJO, Miguel Ángel: «Las sucesiones transfronterizas y el Reglamento UE 650/2012», *Actas de los XXXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza y Teruel, 8, 15 y 22 de noviembre de 2022, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2023, págs. 85 a 109.
- MONTES BEL, Luis: «Visión de la vecindad civil desde la práctica de la abogacía», *Actas de los XXXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza y Teruel, 8, 15 y 22 de noviembre de 2022, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2023, págs. 35 a 40.

2. ESTUDIOS DE FUENTES E INSTITUCIONES DEL REINO DE ARAGÓN

- GÓMEZ DE VALENZUELA, Manuel: *El Merino de Zaragoza (siglos XIII a XVI)*, Núm. 62 de la Colección «El Justicia de Aragón», El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2023, 270 págs. Obra póstuma.

Manuel Gómez de Valenzuela, fallecido el 10 de diciembre de 2022, es, como dice el Lugarteniente del Justicia en el Prólogo, «uno de los mayores expertos, y con mayor obra escrita, sobre el Viejo Aragón, y en especial sobre la tradición jurídica de su valle, el Valle de Tena». En el verano de 2022 recibió el encargo del Justiciazgo de terminar de preparar una obra sobre el Merino de Zaragoza en los siglos XIII a XVI con la transcripción de los documentos que había localizado en el Archivo Histórico de Protocolos del Colegio Notarial de Zaragoza, un total de 128 documentos. Esta colección diplomática va precedida de un breve resumen del autor sobre el oficio de merino, a modo de presentación de los materiales que publica.

Además, este libro es un homenaje a la persona y obra de Manuel Gómez de Valenzuela, y a tal efecto incorpora, tras el prólogo del Lugarteniente, tres escritos de tres personas unidas a él por la amistad: Fernando García Vicente («Don Manuel Gómez de Valenzuela»), Guillermo Fatás Cabeza («Manuel Gómez de Valenzuela

visto de cerca») y Jesús Delgado Echeverría («La aportación del investigador Manuel Gómez de Valenzuela a la historia del Derecho aragonés»). Así conocemos mejor a quien, además de Embajador de España en diversos países, fue, como dice el Lugarteniente, «embajador principal de la vida de las montañas y valles del Pirineo aragonés».

4. LA COMPILACIÓN. OTRAS LEYES CIVILES ARAGONESAS

4.3. AUTONOMÍA: CONSERVACIÓN, MODIFICACIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO CIVIL

BAYOD LÓPEZ, Carmen: «Evolución y futuro del Derecho Foral», en *El Estatuto de Autonomía de Aragón: una mirada de futuro*, Javier Olivan del Cacho y José Tutela Aranda, Coordinadores, El Justicia de Aragón, Zaragoza 2023, págs. 211 a 244. Publicación impulsada, junto a la Función Giménez Abad, en el marco del 40 aniversario del Estatuto de Autonomía de 1982.

Tras algunas cuestiones previas, la autora resume la evolución del Derecho foral de Aragón desde la época de la codificación hasta la Constitución española de 1978. Ya en el Estado de las Autonomías, en el que Aragón vuelve a poder decidir su destino, da cuenta de la evolución legislativa habida en materia de legislación civil hasta, con la refundición de 2011, llegar al vigente Código del Derecho Foral de Aragón, y señala cómo son ahora las relaciones del Derecho foral aragonés con el Derecho civil estatal. La colaboración termina con una referencia al Derecho foral de Aragón como un Derecho europeo más.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Cambios en la composición, organización y funcionamiento de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. Otras noticias (2016-2022)», *RDCA* (IFC), XXVIII, 2022, págs. 286 a 294.

5. PARTE GENERAL DEL DERECHO

5.2. LA JURISPRUDENCIA. LA CASACIÓN FORAL

BLASCO GASCÓ, Francisco de P.: «La creación de la norma jurisprudencial y los tribunales superiores de justicia. El diálogo entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia», en VV.AA.: *L'Aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya* (Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona: coordinador); edita: Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona: Documenta Universitaria, Girona, 2023, págs. 53 a 117.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «El papel de la jurisprudencia: tradición y derecho catalán contemporáneo», en VV.AA.: *L'Aplicació judicial del Codi Civil de*

Catalunya (Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona: coordinador); edita: Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona: Documenta Universitaria, Girona, 2023, págs. 19 a 52.

GARCÍA VICENTE, José-Ramón: («La reforma de la casación civil: efectos sobre la casación civil autonómica»), en VV.AA.: *L'Aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya* (Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona: coordinador); edita: Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona: Documenta Universitaria, Girona, 2023, págs. 875 a 892.

6. PERSONA Y FAMILIA

6.2. EDAD. INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN (SIC)

6.2.2. *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad (selección)*

BERNAD MAINAR, Rafael: «Incidencia de la Ley 8/2021 en el derecho de obligaciones», en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 792, págs. 2095 a 2132. Año 2022.

Resumen del autor: La nueva Ley 8/2021 sobre las personas con discapacidad implica una reforma de gran calado en el Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre otras leyes, a los fines de adaptar nuestra legislación a la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas discapacitadas. Sin embargo, nuestro estudio se centra concretamente en el ámbito del Derecho de Obligaciones, puesto que algunos aspectos de su contenido, considerado desde una perspectiva amplia, han sido modificados, tales como la capacidad de uno de los sujetos del pago (accipiens); la responsabilidad civil extracontractual; la capacidad contractual; así como también, en sede de eficacia e ineficacia de los contratos, materias tales como la rescisión y, sobre todo, la nulidad de los contratos, respecto de la cual se presenta un tratamiento *ex novo* y de conjunto. Se trata, en suma, de analizar las novedades introducidas por la Ley 8/2021 y compararlas con la legislación anterior en lo que al Derecho de las obligaciones respecta.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Régimen jurídico del defensor judicial tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n.º 98, N.º 794, 2022, págs. 3219-3286.

Resumen de la autora: La reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, procede a la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 que, dispone que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados parte a adoptar las medidas pertinentes

para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. La nueva regulación está inspirada en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima intervención de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Se impone así un cambio de sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, quien tomará sus propias decisiones, y en la adopción de medidas de apoyo cuya función consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias. A la hora de concretar los apoyos, la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela. Fuera de ellas conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho y también de la figura del defensor judicial, especialmente prevista para cierto tipo de situaciones, como aquella en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza o, como medida formal de apoyo cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente; o, en fin, como complemento de la capacidad del menor de edad emancipado. En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis del defensor judicial, atendiendo a la doble regulación que constituye una novedad. Así, por un lado, trataremos el régimen jurídico del defensor judicial del menor de edad no emancipado; y, por otro, el de la persona con discapacidad. También, su actuación respecto al menor de edad emancipado.

BUCHHALTER-MONTERO, Brian: «Naturaleza jurídica de los actos de jurisdicción voluntaria respecto de las personas con discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n° 98, N° 794, 2022, págs. 3079-3111.

Resumen del autor: La discusión sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria ni es nueva ni puede darse por cerrada. Este trabajo tiene por objeto estudiar la naturaleza jurídica —y las implicaciones constitucionales que ello comporta— de la jurisdicción voluntaria que se ejercita respecto de las personas con discapacidad. Se aborda la cuestión desde algunas de las categorías más clásicas del Derecho procesal para llegar a la conclusión de que, constitucionalmente, el legislador no está legitimado para atribuir las competencias relativas a personas con discapacidad a operadores jurídicos distintos de los jueces.

CARRIÓN VIDAL, Almudena: «La supresión de la prodigalidad como institución autónoma tras la Ley 8/2021, de 2 de junio. El encaje de las situaciones de prodigalidad en el nuevo modelo de apoyos», en *Revista de Derecho Privado*, Núm. 4, julio-agosto 2023. Págs. 55-80.

La figura de la prodigalidad se ha visto, sin duda alguna, afectada por la Ley 8/2021 que, pese a la afirmación contenida en el punto III del Preámbulo, prácticamente la hace desaparecer. El encaje en las llamadas medidas de apoyo de los supuestos reconducibles tras la reforma a la desaparecida figura de la prodigalidad resulta altamente problemático. De un lado, porque la prodigalidad en sí misma (prodigalidad *a se*) se encuadra en el ámbito de la autonomía privada y no es, en puridad, una situación de discapacidad. De otro, porque el principio fundamental del establecimiento de medidas de apoyo, salvo supuestos excepcionales, presupone la voluntariedad y aceptación del sujeto afectado por ellas. Difícilmente cabe apreciar hilo conductor alguno entre la figura de la prodigalidad anterior a la reforma y la situación posterior a ella» (resumen de la autora).

DÍAZ ALABART, Silvia: «Personas con discapacidad y domicilio», en *El Derecho privado ante los retos de la Agenda 2020* (Javier Martínez Calvo y M^a Jesús Sánchez Cano, directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, págs. 47 a 61.

GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier: «Panorama de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Cuestiones sustantivas y procesales», en *Actualidad Civil*, N^o 2, febrero de 2023.

Resumen del autor: El presente trabajo aborda de una forma sintética, ordenada y sistemática el panorama de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, que tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, de nuestra legislación sustantiva y procesal, ha pretendido adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Dicha reforma ha supuesto cambios profundos y avances indiscutibles, pero también ha puesto de manifiesto deficiencias y contradicciones, en las que la jurisprudencia está llamada a jugar un papel central.

GOMÁ LANZÓN, Fernando: «Una visión práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad», en *El Notario del Siglo XXI*, n^o 106, noviembre-diciembre 2022.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, es compleja en fondo y forma, y por ello es imprescindible tener claros ciertos conceptos básicos

GOMÁ LANZÓN, Fernando: «Nueve cuestiones prácticas notariales sobre la Ley 8/2021 de personas con discapacidad», en la pág. web *Notarios y Registradores*, Adm. 6/9/2023: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/nueve-cuestiones-practicas-notariales-sobre-la-ley-8-2021-de-personas-con-discapacidad/#>

1. ¿Quiénes son las personas con discapacidad según la ley 8/2021? 2. ¿Qué son las medidas de apoyo? 3. El sentido del artículo 25.4 de la Ley del Notariado. 4. La muchas veces recomendable acta notarial previa al otorgamiento. 5. Cómo y en qué documento reflejar la labor notarial sobre el juicio de capacidad en caso

de persona con discapacidad. 6. El acta de notoriedad de la existencia de guardador de hecho: sí, pero no siempre y no de cualquier manera. 7. El poder preventivo como medida de apoyo estrella. 8. La novedosa escritura de autodeterminación de medidas de apoyo. 9. Atención al tema de las nulidades aplicables a los contratos celebrados por parte de persona con discapacidad.

LÓPEZ AZCONA, Aurora: «Los Derechos civiles territoriales ante la Ley 8/2021 de reforma de la discapacidad», en *ADC*, tomo LXXV, 2022, fasc. IV (octubre-diciembre), pp. 1583-1674.

Resumen de la autora: El presente trabajo pretende poner de manifiesto el complejo panorama generado en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio en materia de discapacidad por la aprobación de la Ley estatal 8/2021. El problema se plantea fundamentalmente en Aragón y Cataluña, por cuanto disponen en sus respectivos Códigos (Código de Derecho Foral de Aragón y Código civil de Cataluña) de un régimen completo sobre medidas de apoyo a las personas con discapacidad, cumplimentado por un régimen específico sobre capacidad por razón de discapacidad. Pero también en Navarra, desde el momento en que en 2019 su legislador dio entrada en su Fuero Nuevo a ciertas previsiones en materia de discapacidad, a la par que manifestó su voluntad de abordar *ad futurum* un tratamiento integral de la materia. En particular, dos son los interrogantes planteados: primero, qué Derecho civil y procesal civil es aplicable a estas Comunidades en el momento presente; y segundo, si sus Derechos son acordes a la Convención NU 2006 o, por el contrario, se impone su revisión. A dar respuesta a los mismos se dedican las siguientes líneas, centrando especialmente nuestra atención en el Derecho civil aragonés.

LÓPEZ AZCONA, Aurora: «El sistema de apoyos a las personas con discapacidad en Derecho aragonés», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 17, marzo 2023, pp. 48-79.

Resumen de la autora: Desde 2006 (Ley de Derecho de la Persona), la Comunidad Autónoma de Aragón cuenta con un régimen jurídico completo en materia de apoyos a las personas con discapacidad, al amparo de su competencia en materia de Derecho civil propio ex art. 149.1.8ª CE y en línea con su tradición jurídica. Al examen de este sistema todavía no revisado se dedican las siguientes líneas, no sin detectar sus aciertos y déficits a la luz de la Convención UN sobre los derechos de las personas con discapacidad.

QUESADA SARMIENTO, María Jesús: «La discapacidad una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio», en *Diario La Ley*, N° 10213, enero de 2023, 11 págs.

Resumen de la autora: En este trabajo, trataremos de dar una visión a los grandes cambios que ha sufrido a lo largo de la historia la figura del concepto de discapacidad. Hemos ido experimentando en los últimos años, el abandono de una perspectiva paternalista y asistencial de la discapacidad, que miraba a la

persona como un ser «dependiente y necesitado», hacia un nuevo enfoque, que contempla a la persona con discapacidad como un individuo con habilidades, recursos y potencialidades.

SALAS MURILLO, Sofía de: «El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 17, junio 2022, pp. 16-47.

La implementación en España de la Convención de Naciones Unidas de Derechos de las Personas con Discapacidad en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica, se ha llevado a cabo a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Esta reforma ha afectado a las bases tradicionales del ordenamiento jurídico, no solo por el hecho de eliminar la modificación de la capacidad de obrar y la tutela de adultos, y dar clara preferencia a las medidas voluntarias respecto a las judiciales, sino por todas las consecuencias que implica poner como centro del sistema el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad. El trabajo aporta una panorámica general del nuevo sistema, con especial referencia al impacto en materia de obligaciones y al reflejo de las medidas de apoyo en los Registros civil y de la Propiedad. Una reforma de este calado ha provocado, como es lógico, numerosos interrogantes respecto a su aplicación y desde luego plantea importantes retos para los operadores jurídicos concernidos y la sociedad en su conjunto (resumen de la autora).

SANCHO GARGALLO, Ignacio y ALÍA ROBLES, Avelina: «Guía para la entrevista judicial a una persona con discapacidad», en *Actualidad Civil*, N° 2, febrero de 2023

Resumen de los autores: Ley 8/2021, sobre apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica, ha contribuido a una incorporación más efectiva de los principios de la Convención a nuestro ordenamiento jurídico, mediante una profunda reforma de la legislación civil sustantiva y procesal. El nuevo sistema legal se basa en el reconocimiento de la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en los apoyos precisos para ejercitarla y en el respeto a su voluntad, deseos y preferencias. La concreción del apoyo más adecuado y respetuoso posible con la autonomía individual supone que el juez ha de llegar a representarse la vida pasada, presente y también futura de la persona con discapacidad, para conocer sus necesidades de apoyo en el momento de determinarlas y, en la medida en que pueda preverse, hasta la fecha en que hayan de ser revisadas. En ese proceso de determinación de la media justa e idónea para la persona, la entrevista judicial tiene una notable importancia. Sugeriremos algunas pautas de actuación para orientarla con aportaciones de otras ciencias auxiliares que pueden complementar la propia experiencia profesional del juez. Conviene que al juez no le pase inadvertida la incidencia de ciertas manifestaciones frecuentes en las personas con discapacidad, por lo que esta guía ha pretendido llamar la atención sobre ellas, sin perjuicio de la necesaria apreciación de las que pueden darse en cada persona.

TORAL LARA, Estrella: «Aplicación jurisprudencial de la Ley 8/2021 en materia de capacidad: principios generales y medidas de apoyo», en *Actualidad Civil*, N° 9, septiembre de 2023, 24 págs.

El presente dossier expone las cuestiones clave sobre las que se pronuncia la jurisprudencia en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Se aborda el problema de si procede la constitución de una curatela cuando existe una guarda de hecho que funciona, o la rehabilitación efectiva del guardador de hecho y sus limitaciones. También la efectiva aplicación de principios básicos que inspiran la reforma. Es el caso de los principios de necesidad y proporcionalidad y, sobre todo, el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyos. Ello implica abordar el problema de determinar si cabe establecer medidas de apoyo en contra de la voluntad del interesado, y si es así, conforme a qué criterios.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia», en *Diario LA LEY*, n° 10168, de 11 de noviembre de 2022, 27 págs.

Resumen del autor: El presente trabajo pretende realizar un estudio crítico de la figura del guardador de hecho, regulada en el CC tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, en donde se consagra como la medida prioritaria de apoyo, en defecto de las voluntarias, con el consiguiente carácter subsidiario de las judiciales. Para ello se analizan exhaustivamente las resoluciones judiciales recaídas sobre la materia.

6.4. RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Atención y asistencia psicológica a los hijos menores víctimas de violencia de género o doméstica (art. 72.2 CDFA)», en *Revista de Derecho Aragonés (RDA)*, XXVIII- 2022, IFC., págs. 15 a 37.

6.5. RELACIONES TUTELARES Y PARENTALES. ADOPCIÓN

SERRANO GARCÍA, José Antonio y BAYOD López, Carmen: «Eficacia del pago a menores y discapacitados (art. 1163 CC)», Cap. 39 de *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*. Francisco Lledó Yagüe, María Pilar Ferrer Vanrrell, María Ángeles Egusquiza Balmaseda y Francisco López Simó (directores); Editorial DYKINSON, S.L., Madrid, 2022, págs. 1089 a 1116.

BAYOD López, Carmen y SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Rescisión por lesión de los contratos celebrados por tutores y curadores (arts. 1291.1 y 1299 CC)», Cap. 41 de *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*.

Francisco Lledó Yagüe, María Pilar Ferrer Vanrrell, María Ángeles Egusquiza Balmaseda y Francisco López Simó (directores); Editorial DYKINSON, S.L., Madrid, 2022, págs. 1133 a 1150.

6.6. RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL

GALDEANO BONILLA, Sabina: «Aspectos prácticos de la liquidación de gananciales», en *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 98, 2023, págs. 15-35.

En el presente artículo se analiza la liquidación de gananciales desde un punto de vista práctico para el abogado de familia. Su objetivo es ser de utilidad para conformar un completo inventario, identificar y dar respuesta a aquellas cuestiones que generan mayores dudas, tales como el momento de disolución de la sociedad de gananciales, acceso a las diligencias preliminares, aspectos procesales de las diferentes fases del procedimiento, acceso a la inscripción registral, acciones posteriores a la liquidación y ausencia de cosa juzgada (resumen de la autora).

7. SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

7.1. EN GENERAL Y NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS

CARRAU CARBONELL, José M^a.: «Propuesta de solución al conflicto entre la tesis clásica y la tesis moderna sobre el derecho de transmisión», en *El Notario del siglo XXI*, n.º. 110, julio-agosto 2023, Opinión.

El derecho de transmisión es una institución sucesoria única que a pesar de lo escueto de su regulación positiva ha generado una longeva controversia entre dos corrientes doctrinales totalmente opuestas sobre la forma en que debe ser aplicado. Se propone un mecanismo diferente para la sucesión testamentaria y para la sucesión intestada, considerando que una y otra no pueden tratar de igual manera el problema del llamado que fallece sin aceptar ni repudiar y que la solución debe ser diferente según si el llamado que post-muere es un llamado voluntario o legal (resumen del autor).

RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «Los animales de compañía y su destino en el ámbito sucesorio», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N.º 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2432-2459.

Se analiza el régimen aplicable tras la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, en la que son considerados como seres

dotados de sensibilidad, se añade un artículo 914 bis sobre la disposición *mortis causa* de los animales de compañía (resumen de la autora).

7.2. SUCESIÓN TESTAMENTARIA

ZURITA MARTÍN, Isabel: «Requisitos y límites del ejercicio de la facultad de testar por las personas con discapacidad», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 16 bis, junio 2022, pp. 3098-3125.

Resumen de la autora: El objetivo de este trabajo se centra en el análisis de las modificaciones introducidas en el Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en materia de ejercicio de la facultad de testamentifacción. En este estudio se analizan particularmente las condiciones para otorgar testamento por la persona con discapacidad, así como los límites a su libertad de testar en favor de curadores y cuidadores.

CAROL ROSÉS, Fernando: «Libertad para testar y testamentifacción activa de las personas con discapacidad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n° 99, N° 795, 2023, págs. 562-583.

El cambio de modelo que supone la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad se plasma en nuestro ordenamiento mediante la Ley 8/2021. Se reconoce capacidad jurídica a todas las personas, en su doble aspecto, estático (capacidad para ser titular de derechos) y dinámico (capacidad para ejercitarlos). Se pasa de un sistema de sustitución a uno de apoyos, primando la voluntad, deseos y preferencias de la persona. Desaparece la incapacitación, recayendo, por tanto, previo juicio de discernimiento, exclusivamente sobre el notario la decisión y la responsabilidad acerca de si una persona goza de la aptitud necesaria para testar. El notario es la pieza clave de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica a la hora de testar, posibilitando no solo la expresión de la voluntad del testador sino también la conformación de la misma, apoyándolo en el proceso de toma de decisiones, apoyos, por otra parte, que siempre ha llevado a cabo, si bien ahora con más énfasis. La autonomía, la libertad para testar, queda reforzada (resumen del autor).

7.5. LEGÍTIMA

RIBERA BLANES, Begoña: «Maltrato psicológico y abandono afectivo como causa de desheredación», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2460-2509.

En este trabajo se analiza con especial atención la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2022, dado que con ella el TS ha venido a perfilar su doctrina sobre la falta de relación y de afecto familiar como causa de desheredación de hijos

y descendientes. Desde hace ya años, se trata de una causa que está siendo invocada por padres y abuelos para privar a sus hijos y nietos de la legítima, y que ha encontrado apoyo en la doctrina emanada de algunos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal, entre los que destaca la sentencia de 27 de junio de 2018. El propio TS reconoce que, aunque sigue siendo necesario expresar una justa causa de desheredación para privar de la legítima a los legitimarios, la sala ha admitido una interpretación flexible de las causas de desheredación para adaptarlas a la realidad social del momento en que vivimos. No obstante, nuestro derecho vigente no permite configurar una nueva causa autónoma de desheredación por vía interpretativa. Ahora bien, el TS reconoce que la falta de relación familiar continuada e imputable al legitimario desheredado, en la medida que haya provocado daños en la salud física o psicológica del causante, puede reconducirse a la causa legal del «maltrato de obra» prevista en el art. 853.2ª CC. (resumen de la autora).

VI. OBRAS AUXILIARES

1. BIBLIOGRAFÍA, RECENSIONES Y RESEÑAS

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Repertorio de Bibliografía», *RDA* (IFC), XXVIII, 2022, págs. 306-347.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: Recensión a «VV.AA.: *Mediación y Derecho aragoneses*. Coordinador: José Luis Argudo Pérez; Prólogo: Mª Ángeles Júlvez León; Editorial Reus S. A., Madrid, 2022, 369 págs.», en *RDA* (IFC), XXVIII, 2022, págs. 303-305.

NORMAS DE EDICIÓN

PUBLISHING STANDARDS

I. POLÍTICA EDITORIAL

1. CONTENIDOS

La *Revista de Derecho Aragonés* es un espacio para el conocimiento, la aplicación y el debate del Derecho aragonés y sus relaciones con el resto de los Derechos territoriales españoles, tanto en aspectos cuya novedad, actualidad y dificultad exijan reflexiones jurídicas desde un punto de vista teórico, como en aspectos de naturaleza histórica jurídica. Por ello la Revista acepta artículos de Derecho civil aragonés, Derecho comparado, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho.

La *Revista de Derecho Aragonés* publica artículos y trabajos en castellano y ocasionalmente en catalán, gallego, valenciano, vasco, francés, inglés e italiano. La revista se compone de siete secciones, de las que tres de ellas, *Estudios*, *Notas y cuestiones prácticas* y *Comentarios de jurisprudencia*, están destinadas a la comunicación de resultados de investigación y al debate científico de cuestiones prácticas.

Las secciones *Materiales* y *Noticias* dan testimonio de todas las actividades y evolución del Derecho aragonés.

La sección destinada a la *Bibliografía*, comprende dos subsecciones: *Recensiones*, para comentar las obras científicas de nueva aparición que versen sobre cualquier materia jurídica que afecte o sea relevante para el Derecho aragonés y para la historia del Derecho aragonés; y *Repertorio de bibliografía*, que está a cargo del profesor Serrano García y da noticia de cualesquiera obras científicas relevantes para el estudio, conocimiento y aplicación del Derecho civil de Aragón.

Para más información sobre el contenido y forma de cada sección, debe consultarse, en el apartado Envíos, la hoja de estilo y las directrices para los autores.

2. REVISIÓN POR PARES

La *Revista de Derecho Aragonés* somete los artículos recibidos a un trámite riguroso de evaluación y selección.

El proceso de examen se llevará a cabo, al mismo tiempo y de forma anónima, por un mínimo de dos especialistas independientes.

El resultado del proceso de examen podrá ser la aceptación del trabajo para su publicación, la aceptación condicionada a la revisión o corrección por el autor, o la no aceptación. Los autores serán informados de la conclusión del proceso de examen y, en su caso, también de las sugerencias contenidas en los informes de los evaluadores, que les serán remitidos a fin de que procedan a incorporar las correcciones y, en la medida de lo posible, las sugerencias en ellos contenidas.

El método de evaluación empleado es «doble ciego», manteniendo el anonimato tanto del autor como de los evaluadores. La decisión final se le comunica al autor en un plazo máximo de tres meses. En caso de ser aceptado, el tiempo para su publicación dependerá de la programación de la revista.

3. ACCESO ABIERTO

Esta revista proporciona un acceso abierto a su contenido, basado en el principio de que ofrecer al público un acceso libre a las investigaciones ayuda a un mayor intercambio global del conocimiento.

Desde el año 2000 pueden consultarse todos sus números en la página web de la Institución «Fernando Católico»:

<http://ifc.dpz.es/publicaciones/biblioteca2/id/10>

4. BASES DE DATOS

La *Revista de Derecho Aragonés* está incluida en las siguientes bases de datos: Latindex (catálogo); ISOC, REHS, DICE, Dialnet (Clasificaciones CIR=C), IN-RECJ (sección Derecho civil y mercantil, cuarto cuartel) y MIAR (IDCS=3.799).

II. ENVÍOS

1. ENVÍOS

Los trabajos se enviarán por correo electrónico a la dirección de contacto del Secretario Académico de la Revista:

Prof. Guillermo Vicente y Guerrero: gvicente@unizar.es

En el correo se indicará como asunto: «publicar-RDA».

En un plazo máximo de 48 horas se acusará recibo, iniciándose la evaluación por pares ciegos, cuyo resultado se comunicará al interesado en un plazo nunca superior a tres meses.

Se enviarán dos versiones del trabajo, una de ellas anonimizada para facilitar su evaluación por pares ciegos, debiendo seguirse la hoja de estilo y directrices que siguen.

En el correo electrónico el autor/a indicará sus datos personales: teléfono de contacto y un brevísimo curriculum, indicando su filiación académica o profesional.

2. DIRECTRICES PARA AUTORES/AS

- Los escritos han de ser inéditos y originales.
- Indicaciones por secciones:

Estudios. Sección principal. En ella se publican trabajos científicos monográficos, de una extensión aproximada de entre 20 y 40 páginas. Dichos trabajos se acompañarán de una bibliografía final con todas las obras citadas.

Notas y Cuestiones Prácticas. Esta sección está abierta, principalmente, a los distintos profesionales del Derecho (notarios, procuradores, letrados, asesores jurídicos, jueces, magistrados, secretarios judiciales, becarios...) para que formulen, de forma breve y sin notas, los problemas, casos, cuestiones, etc., que se les presenten en el ejercicio profesional y guarden alguna relación con el Derecho aragonés. En lo que atañe a las Cuestiones prácticas, se pretende la resolución de asuntos prácticos de difícil, discutida o inédita respuesta; se apunta a la búsqueda de lo que podría o debería ser decisión de los tribunales o criterio de aplicación de la norma para los operadores jurídicos en una materia o situación muy concreta. La Cuestión debería ceñirse a un máximo de diez páginas. Las Notas pueden tener como finalidad la presentación de una nueva norma o de una norma en ciernes, el análisis de un precepto ambiguo o de una jurisprudencia mal fijada o contradictoria; la nota no debe superar las 20 páginas.

Comentarios de Jurisprudencia. Consiste en el análisis de alguna o varias sentencias relacionadas entre sí, principalmente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, poniendo de relieve su doctrina y aplicación práctica. Se recomienda que el comentario se desarrolle entre diez y veinte páginas.

Recensiones. Consiste en dar a conocer una monografía de reciente aparición comentada por un especialista en la materia. La recensión no debe superar las cinco páginas.

- El autor cede los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción de su trabajo para su publicación en la *Revista de Derecho Aragonés* en

cualquier tipo de soporte, así como para su inclusión en las bases de datos en las que la revista esté indexada.

- Se pueden copiar, usar, difundir y transmitir para uso privado, siempre que se cite la autoría y la fuente original de su publicación (revista y editorial). Los autores tienen permiso para realizar el autoarchivo de sus originales de la manera que estimen oportuna, pero la Institución «Fernando el Católico» se reserva la exclusividad en la difusión de las obras publicadas con su sello editorial una vez maquetadas y revisadas para imprenta.
- Los trabajos publicados en la revista carecerán de remuneración. Los autores recibirán posteriormente a su edición un ejemplar del número de la Revista en el que publiquen.
- Las opiniones, referencias y datos consignados en cada artículo son de la exclusiva responsabilidad de sus autores. La *Revista de Derecho Aragonés* y su entidad editora, la Institución «Fernando el Católico», no se hacen responsables en ningún caso de la autenticidad de los trabajos ni de las opiniones y valoraciones personales que pudieran aparecer en los mismos.

HOJA DE ESTILO

1. El texto se presentará en formato word (doc, docx).
2. Debe ir precedido de los siguientes elementos:

TÍTULO DE LA APORTACIÓN

Nombre del autor/a/es

Profesión, cargo o grado

Referencia institucional

RESUMEN: En redonda

PALABRAS CLAVE: En redonda

ABSTRACT: Resumen en lengua inglesa (incluido el título del trabajo).

KEY WORDS: Palabras clave en lengua inglesa

SUMARIO: I. TÍTULO. 1. Apartado. A. Subapartado 2. 2. BIBLIOGRAFÍA. 3. A continuación se incorpora el texto íntegro, que debe sujetarse a las siguientes reglas formales de edición:

3.1. Formato:

Tipos de letra:

- Letra del texto general: Times New Roman 12 puntos.
- Letra de las notas al pie: Times New Roman 10 puntos.

Alineación de párrafos: Justificado a derecha e izquierda.

Interlineado: Sencillo.

3.2. Citas, interpolaciones y referencias:

- Las citas de longitud inferior a dos líneas se integrarán en el texto, entre comillas; las de más de dos líneas dan lugar a un nuevo párrafo sangrado y en tipo Times New Roman 10 puntos.
- En cuanto al uso de comillas, se recomienda utilizar en primer lugar las comillas españolas o angulares (« »), reservando las inglesas o altas (« ») y las sencillas (‘ ’), para cuando deban entrecomillarse partes de un texto ya entrecomillado.
- Las interpolaciones (supresiones, añadidos, modificaciones) que se hagan a un texto que se transcribe se insertan entre corchetes.
- Las referencias bibliográficas podrán realizarse de acuerdo al sistema tradicional de notas a pie de página (notas de referencia),

numeradas correlativamente, pero también por el sistema de referencias incluidas en el texto. El sistema elegido debe mantenerse uniforme en todo el texto.

3.3. Cita de normas:

- La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo: Art. 3 del Código del Derecho Foral de Aragón.
- Para las citas posteriores será suficiente con la abreviatura. Por ejemplo: Art. 3 CDFA.

3.4. Citas de jurisprudencia:

- Se debe procurar escribir las palabras «sentencia» y «resolución» de modo completo, salvo que se haga referencia a alguna o algunas concretas entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se emplearán las abreviaturas. Se trata también de una recomendación.
- En cuanto a la referencia, será concisa. Por ejemplo:
STSJA 34/2012, de 19 de octubre
SAPZ (secc. 4.^a), de 30 de diciembre de 2010

3.5. Referencias bibliográficas:

Para las referencias bibliográficas, se puede escoger entre el sistema tradicional y el de «autor-fecha».

3.5.1 Sistema tradicional.

- En el sistema tradicional de cita y referencia bibliográfica, toda cita textual debe ir acompañada de su correspondiente referencia bibliográfica a pie de página (se descarta la nota final), con una llamada numérica consecutiva escrita como superíndice.
- La referencia de la obra ha de ser completa la primera vez y abreviada en las siguientes. Igualmente será completa en la bibliografía final.
- En las referencias virtuales, además de la dirección completa y demás datos, se debe incluir al final la fecha de consulta.

EJEMPLOS:

Monografías:

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963.

Artículos de revista:

LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Contribución a la metodología del Derecho Privado», *Anuario de Derecho Aragonés*, 1945, p. 118.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Contribución a la metodología del Derecho Privado», *ADA*, 1945, p. 118.

Capítulos de obras colectivas:

SERRANO GARCÍA, José Antonio, «La reforma aragonesa del Derecho civil patrimonial» en *Derecho civil patrimonial aragonés*. Actas del seminario celebrado en Zaragoza los días 26 y 27 de mayo de 2011, IFC, Zaragoza, 2013, pp. 11-62.

Revistas electrónicas:

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «El «Vidal Mayor», Don Vidal de Canellas y Los Fueros de Aragón», *Cuadernos «Lacruz Berdejo»*, núm. 6, 2009. Disponible en <http://derecho-aragones.net/cuadernos/> [Consulta: 19 febrero 2014]

Páginas web:

GOMA LANZÓN, Fernando y MERINO ESCARTÍN, José Félix, «Sugerencias conjuntas de un notario y un registrador ante ciertas dudas que suscita la aplicación inmediata de la ley 1/2013 de protección de los deudores hipotecarios». Disponible en: http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013ley1-2013-fernan_do-goma-felix-merino.htm [Consulta: 10 junio 2013].

3.5.2. Sistema «autor-fecha»:

- En el estilo Harvard de citas o el Harvard-APA (estilos «autor-fecha» o «autor-año»), las citas y referencias bibliográficas se realizan de modo abreviado dentro del texto, colocando entre paréntesis el apellido o apellidos del autor o autores (en versalitas), el año de publicación de la obra y seguido de dos puntos el número de página citado. Este sistema permite no utilizar las citas a pie de página.

EJEMPLO:

«En los textos refundidos, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA (2011: p. 268) la labor que se encarga al Gobierno es técnica y no creadora: sistematizar y armonizar una pluralidad de leyes».

- Cuando se cite más de un trabajo de un mismo autor y año, el año de publicación irá seguido de una indicación numérica: (BAYOD LÓPEZ, 2012-1: 56).
- Para citar una publicación con varios autores, si son dos, se deben consignar los apellidos de los dos: (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, vol. 3, 2003: 99). Si son de tres a cinco autores, la primera vez deben citarse todos los autores (DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ, ROGEL, CABANILLAS y CAFFARENA, 1977: 35). Las veces siguientes, se utilizará el primer nombre y «et al.» (DÍEZ-PICAZO et al., 1977: 89). Si son seis o más autores, en todos los casos, consignar el nombre del primer autor seguido de «et al.».
- La referencia bibliográfica será completa en la bibliografía final.

EJEMPLO:

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2005), «El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado (Notas de teoría y dogmática)», *ADC*, t. LVIII, Madrid, pp. 9-74.

- En caso de que haya varias obras de un mismo autor y año, deberá consignarse entre paréntesis el año/número, siguiendo cualquiera de las dos formas anteriores. Como ejemplo, consignamos solo una:

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2012-1), «La sucesión legal en el Código del Derecho Foral de Aragón», *RDCA*, XVIII, pp. 55 a 120.

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2012-2), «Accesión, sucesión y régimen económico matrimonial (Reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 3 de diciembre de 2010)», *RDCA*, XVIII, pp. 257 a 277.

3.6. Recomendaciones para la presentación del texto:

- No utilizar negritas, haciendo uso de las cursivas solo en las citas que las contengan, en palabras que se quiera resaltar o en las que estén escritas en otro idioma.
- Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (notario, abogado...), órganos (tribunal, juzgado...), preceptos (artículo, decreto...), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de las personas e instituciones y los títulos de las normas.

- Los nombres de personas (autores, generalmente) se escriben en el texto en versal/versalita.
- Los incisos entre guiones deben —como en este ejemplo— marcarse con guión largo.



INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO»

Excma. Diputación de Zaragoza
Plaza España, 2
50071 Zaragoza (España)

REVISTA DE DERECHO ARAGONÉS
Acuerdo de intercambio

Área: Derecho civil, Filosofía del Derecho, Historia del
Derecho, Derecho comparado

Director: Jesús Delgado Echeverría

Secretario: Guillermo Vicente y Guerrero

Año de fundación: 1995

Periodicidad: Anual

Formato: 17 x 24 cm

Editor: Institución «Fernando el Católico»
Zaragoza (Spain)
ISSN 1135-9714
347(460.22)

Intercambio de Publicaciones: Tff. (34) 976 288 878 - 288 879

E-mail: interch@ifc.dpz.es * <https://ifc.dpz.es>

Correspondencia: Institución «Fernando el Católico», Excma. Diputación de Zaragoza, Intercambio de Revistas. Plaza de España, n.º 2 - 50071 Zaragoza (España).

Rogamos remitan este impreso cumplimentado

Revista o colección:

ISSN o ISBN: Periodicidad:

Materia: Formato:

Entidad:

Dirección:

.....

CP: Ciudad: País:

Teléfono: Fax:

Referencia: E-mail:

Fecha

Firma

Fdo.:

Institución Fernando el Católico

Excma. Diputación de Zaragoza

Plaza de España, 2

50071 Zaragoza (España)



Tels. [34] 976 28 88 78/79

E-mail: ventas@ifc.dpz.es<https://ifc.dpz.es>**BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN A PUBLICACIONES PERIÓDICAS DE LA IFC**☐ Anuario Aragonés de Gobierno Local☐ Archivo de Filología Aragonesa☐ Caesaraugusta☐ Ciencia Forense☐ Emblemata☐ Ius Fugit☐ Jerónimo Zurita, Revista de Historia☐ Nassarre☐ Palaeohispánica☐ Revista de Derecho Aragonés**DATOS PERSONALES DE ENVÍO**

D./Dña./Entidad:

NIF/CIF:

Domicilio:

Código Postal: Ciudad:

Provincia/País: Teléfono:

E-mail:

Forma de pago: Domiciliación bancaria

Titular de la cuenta:

Banco/Caja:

Agencia:

Domicilio:

Población:

CP: Provincia/País:

IBAN	Internacional	Entidad	Oficina	DC	Número de cuenta o libreta

Ruego se sirvan aceptar con cargo a nuestra cuenta corriente las facturas presentadas por Institución Fernando el Católico (CIF: P5090001H) a cambio de la entrega domiciliaria de los próximos números que reciba y hasta nueva orden, todo ello con un descuento del 25% sobre precio de venta al público.

Firma:



