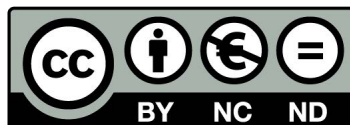


REVISTA DE
DERECHO
ARAGONÈS

XXVIII ♦ 2022

La versión original y completa de esta obra debe consultarse en:
<https://ifc.dpz.es/publicaciones/ebooks/id/3953>



Esta obra está sujeta a la licencia CC BY-NC-ND 4.0 Internacional de Creative Commons que determina lo siguiente:

- **BY (Reconocimiento):** Debe reconocer adecuadamente la autoría, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo de cualquier manera razonable, pero no de una manera que sugiera que tiene el apoyo del licenciador o lo recibe por el uso que hace.
- **NC (No comercial):** La explotación de la obra queda limitada a usos no comerciales.
- **ND (Sin obras derivadas):** La autorización para explotar la obra no incluye la transformación para crear una obra derivada.

Para ver una copia de esta licencia, visite <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

REVISTA DE
DERECHO ARAGONÉS
XXVIII
AÑO 2022

REVISTA DE DERECHO ARAGONÉS (RDA)

Órganos de Dirección, Consejo Asesor y Consejo de Redacción

1. CONSEJO DE DIRECCIÓN

Director:

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

ALESSANDRO SERPE
Catedrático Filosofía Derecho Univ. Pescara

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

FRANCISCO BALTAR RODRÍGUEZ
Catedrático Historia del Dcho Unizar

ZOILA COMBALÍA SOLÍS
Catedrática Derecho eclesiástico Unizar

JOSÉ LUIS ARGUDO PÉRIZ
Profesor de Derecho civil Unizar

JOSÉ JAVIER PÉREZ MILLA
Profesor Dcho Internacional Privado Unizar

ANDRÉS GARCÍA INDA
Profesor Filosofía del Derecho Unizar

REGINA GARCIMARTÍN MONTERO
Profesora de Derecho procesal Unizar

MIGUEL LACRUZ MANTECÓN
Profesor de Derecho civil Unizar

ROBERTO CEAMANOS LLORENS
Profesor de Historia Contemporánea Unizar

BELÉN MAYO CALDERÓN
Profesora de Derecho penal Unizar

REVISTA DE DERECHO ARAGONÉS

XXVIII

AÑO 2022



INSTITUCIÓN FERNANDO EL CATÓLICO
Excma. Diputación Provincial
Zaragoza, 2022

Publicación número 3886
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

Dépósito 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, 2022, XXVIII

Presentación / <i>Presentation</i>	9
ESTUDIOS / <i>STUDIES</i>	13
DERECHO CIVIL ARAGONÉS / <i>ARAGONESE CIVIL LAW</i>	13
SERRANO GARCÍA, José Antonio, «Atención y asistencia psicológica a los hijos menores víctimas de violencia de género o doméstica (art. 72.2 CDFA)» / <i>Attention and psychological assistance to minor children victims of gender or domestic violence (art. 72.2 CDFA)</i>	15
RUIZ MOROLLÓN, Fernando, «Testamento vital y voluntades anticipadas» / <i>Living will and advance directives</i>	39
AGUAS VALERO, Gerardo, «El testamento digital» / <i>The digital will</i>	65
FILOSOFÍA DEL DERECHO, HISTORIA DEL DERECHO Y DERECHO COMPARADO / <i>PHILOSOPHY OF LAW, HISTORY AND COMPARATIVE LAW</i>	91
BARTOL HERNÁNDEZ, Francisco, «El fuero <i>De his que dominus rex et... in sententia et litteris executorialibus sententiae latae in faborem civitatis oscae contra civitatem Caesaraugustae super universitate seu studio generali</i> (28-04-1586)»	93
VERGARA LACALLE, Óscar, «Profesionalismo o academicismo en la formación jurídica» / <i>Professionalism or academicism in legal training</i>	111

GIL LAMUELA, Diana, «La sociedad oculta. El Realismo jurídico pragmático de Vilhelm Aubert» / <i>The hidden society. Vilhelm Aubert's Pragmatic Legal Realism</i>	167
NOTAS Y CUESTIONES PRÁCTICAS / NOTES AND PRACTICAL ISSUES	191
MURILLO GARCÍA-ATANCE, Mauricio, «La casa en Aragón. Apuntes» / <i>The house in Aragon. Notes</i>	193
HIDALGO, José Luis, «Comentarios al artículo 267.2-D) del CDFA» / <i>Comments of the article 267.2-D of the CDFA</i>	203
COMENTARIOS DE SENTENCIAS / COMMENTS OF JUDGEMENTS	207
ARGUDO PÉRIZ, José Luis, «Sobre la exorbitante aplicación del artículo 541 del Código civil (servidumbre por signo aparente o por destino de padre de familia) en Aragón: un análisis jurisprudencial» / <i>On the exorbitant application of article 541 of the Civil Code (easement by apparent sign or by destiny of father of a family) in Aragon: a jurisprudential analysis</i>	209
MATERIALES / MATERIALS	247
A) <i>Reglamento de organización y funcionamiento de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil</i> (Decreto 86/2022, de 15 de junio, del Gobierno de Aragón, BOA de 24 de junio de 2022).....	249
NOTICIAS / NEWS	253
A) Noticias del Justicia de Aragón / <i>News from the Ombudsman of Aragon</i> ..	255
B) Noticias de la Comisión Aragonesa de Derecho civil. Por José Antonio Serrano García / <i>News from the Aragonese civil law commission by José Antonio Serrano García</i>	286
C) Cursos, charlas, seminarios y libros sobre Derecho civil aragonés. Por Carmen Bayod López / <i>Courses, talks and seminars regarding Aragonese Civil Law by Carmen Bayod López</i>	295

Índice

BIBLIOGRAFÍA / BIBLIOGRAPHY	301
A) Recensiones / <i>Reviews</i>	303
<i>Mediación y Derecho aragonés</i> . Coordinador: José Luis Argudo Périz; Prólogo: M. ^a Ángeles Júlvez León; Editorial Reus, Madrid, 2022, 369 págs. Por José Antonio Serrano García / <i>Mediation and</i> <i>Aragonese Law, by José Antonio Serrano García</i>	303
B) Repertorio de bibliografía. Por José Antonio Serrano García / <i>Bibliography repertoire, by José Antonio Serrano García</i>	306
 NORMAS DE EDICIÓN / <i>PUBLISHING STANDARDS</i>	 349

PRESENTACIÓN / *PRESENTATION*

NUEVOS VIENTOS

Esta Revista nació al servicio del conocimiento, la aplicación, el debate, la crítica y el progreso del Derecho civil aragonés. Decíamos en la “Presentación” de su primer número, en 1995, que pretendía no solo el estudio teórico del Derecho vigente o pasado, sino también contribuir a la aplicación del Derecho de hoy y la formulación del futuro, apuntando ya a “las necesidades del desarrollo del Derecho aragonés en el siglo XXI”.

El puerto de destino sigue siendo el mismo, pero al cambiar los vientos hemos de manejar las velas, ajustar el aparejo y corregir el rumbo.

Los cambios en los contenidos afectan a dos ámbitos, la Jurisprudencia y los Estudios.

Cuando la Revista comenzó su andadura, era especialmente importante para todos los interesados en el Derecho civil aragonés el conocimiento de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, muchas de ellas no publicadas oficial ni oficiosamente, y el de las entonces escasas resoluciones de las Audiencias y Juzgados. El esfuerzo para recopilarlas, analizarlas, publicarlas y formar índices fue grande, y el trabajo invertido en ello, muy en particular por los anteriores secretarios, los hoy catedráticos Carmen Bayod y José Antonio Serrano, ingente. Merecen el agradecimiento de todos. Es también ocasión de agradecer al Justicia de Aragón que nos proporcionara el texto de las Sentencias, pues la regulación al respecto emanada del Consejo General del Poder Judicial no hace fácil el acceso para su publicación.

En el anterior número, de 2021-2022, explicaba su coordinadora que la sección estaba en un momento de transformación, que ahora se consolida. No se publica pues el texto de las sentencias del TSJA (esfuerzo hoy innecesario, pues pueden consultarse fácilmente en el CENDOJ).

Otro gran cambio en el ambiente, que apunta riesgos de tormenta y peligros en la fortuna de mar de revistas como esta (muy especializada y, por tanto, con escasos destinatarios, pero también pocos cultivadores de los saberes que en ella se exponen), lo representan la exacerbación de los llamados criterios de calidad

con que las revistas de investigación son evaluadas, lo que afecta directamente a la carrera académica de los profesores que escriben en ellas. La tendencia impareable —aunque discutible y sin duda susceptible de mejora— es evaluar la calidad de los trabajos publicados —evaluar a sus autores, en definitiva— atendiendo principalmente a la calidad evaluada de la revista que los publica. La consecuencia, aunque quizás resulte difícil de entender desde fuera del mundo académico oficial, es que un profesor universitario ha de tratar de publicar en las revistas mejor situadas en los rankings. Se juega en ello su carrera.

Por tanto, la RDA tiene que tratar de conseguir un “sello de calidad” que garantice a los investigadores que en ella publiquen el reconocimiento de su trabajo en la comunidad científica. Es una política que la Institución Fernando el Católico propicia y apoya acertadamente en todas sus revistas.

Esto nos lleva a distinguir nítidamente la sección de Estudios, que, según los criterios con que nos evalúan, ha de tener mayor extensión en cada número que todas las demás y sujetarse a unas exigencias formales y de procedimiento muy estrictas. En este contexto, nos ha parecido buen momento para abrirnos a otros temas, más allá de nuestro Derecho civil. Desde el principio quisimos prestar atención a la historia del Derecho aragonés. Ahora hacemos un llamamiento más explícito a las aportaciones, no solo desde la historia, sino también la filosofía y la sociología del Derecho, o el Derecho comparado.

Decíamos en 1995 que “el Consejo Asesor de la Revista se compone básicamente de las personas que han contribuido a la coordinación y éxito de los Encuentros de Derecho Aragonés creados y mantenidos desde 1991 por todas las Corporaciones e instituciones del mundo del Derecho Aragonés”; pues sin la experiencia del Foro del Derecho Aragonés no hubiera sido posible reunir los puntos de vista y los intereses de todas las profesiones jurídicas y de la Universidad. Convencidos de que esta interacción ha sido decisiva en la vida de la RDA y de que debe mantenerse y prolongarse, ha sido fácil poner al día la composición de este Consejo Asesor, cuyos nombres pueden ver los lectores en las páginas precedentes. En el Consejo de Dirección, la Coordinadora María Ángeles Ruiz Blasco (Decana del Colegio de Registradores de Aragón) sustituye a José Luis Batalla Carilla, que durante tantos años supo ganarse el afecto de todos.

Atendiendo a los criterios de calidad, ha de establecerse también un Consejo de Redacción, cuya incumbencia principal es gestionar la evaluación de los trabajos para la sección de Estudios. Sus miembros son prestigiosos colegas universitarios y su presencia servirá, sin duda, de acicate para recabar artículos más allá del área de Derecho civil.

También hay renovación en la Secretaría. Muchas gracias a Carmen Bayod y José Antonio Serrano, que han llevado casi todo el peso de la Revista desde 1995. No la dejan del todo, como se prueba en las páginas de este número.

Presentación

El actual Secretario, el Profesor de Filosofía del Derecho Guillermo Vicente y Guerrero, que ya en números anteriores había publicado artículos de su especialidad, es quien ha propuesto y ejecutado las principales decisiones operativas para la nueva etapa.

Ha sido un gran honor para mí dirigir esta Revista, que constituye la iniciativa más importante y duradera que impulsé hace veintisiete años desde la cátedra “Miguel del Molino” de Derecho aragonés (IFC). En el próximo número, el de 2023, deberá completarse su renovación con la sustitución del director, y persona más joven tendrá ocasión de dirigirse a los lectores y suscriptores para comunicarles nuevos cambios y presumibles mejoras. No se lo pierdan.

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA
Catedrático de Derecho civil jubilado.
Profesor honorario de la Universidad de Zaragoza

**ESTUDIOS
DERECHO CIVIL ARAGONÉS**

***STUDIES
ARAGONESE CIVIL LAW***

**ATENCIÓN Y ASISTENCIA PSICOLÓGICA A LOS HIJOS
MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO
O DOMÉSTICA (art. 72.2 CDFA)¹**

***ATTENTION AND PSYCHOLOGICAL ASSISTANCE TO MINOR
CHILDREN VICTIMS OF GENDER OR DOMESTIC VIOLENCE
(art. 72.2 CDFA)***

JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA
*Catedrático de Derecho civil
Universidad de Zaragoza*

RESUMEN

Comentario al art. 72.2 CDFA, introducido en 2021, para que no sea necesaria la intervención de los dos progenitores cuando la asistencia psicológica se deba a casos de violencia de género o doméstica; en tales casos *bastará el consentimiento del otro progenitor si los hijos son menores de catorce años, debiendo ser previamente informado el progenitor causante de la violencia. Para el hijo mayor de catorce años se estará a lo dispuesto en los artículos 23 y 24 del CDFA*. Se da cuenta de la tramitación parlamentaria de la reforma, en la que intervino la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, y se la relaciona con las reformas de otros Derechos civiles españoles que tienen el mismo fundamento.

Palabras claves: Relaciones entre ascendientes y descendientes, ejercicio de la autoridad familiar, intromisión en los derechos de la personalidad.

¹ Este trabajo, que he confeccionado básicamente con los escritos y documentos propios y ajenos presentados y generados en el seno de la Comisión Aragonesa de Derecho civil con motivo de su intervención en la tramitación de esta reforma, se incluye en el proyecto “Derecho foral de Aragón: nuevas perspectivas” del Grupo IDDA (Investigación y Desarrollo del Derecho civil de Aragón), reconocido por el Gobierno de Aragón (S.15-R.20), IP: Carmen BAYOD LÓPEZ.

ABSTRACT

Commentary to art. 72.2 CDFA, introduced in 2021, so that the intervention of both parents is not necessary when psychological assistance is due to cases of gender or domestic violence; In such cases, the consent of the other parent will suffice if the children are under fourteen years of age, and the parent who caused the violence must be previously informed. For children over fourteen years of age, the provisions of articles 23 and 24 of the CDFA will be followed. It gives an account of the parliamentary processing of the reform, in which the Aragonese Civil Law Commission intervened, and it is related to the reforms of other Spanish civil rights that have the same foundation.

Key words: Relations between ancestors and descendants, exercise of family authority, interference in personality rights.

SUMARIO

I. LA LEY APROBADA EN ARAGÓN Y OTRAS REFORMAS ESPAÑOLAS SIMILARES. II. EL FUNDAMENTO DE ESTAS REFORMAS. III. LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA REFORMA ARAGONESA. 1. LA PROPOSICIÓN DE LEY DE CIUDADANOS. 2. LA PETICIÓN DE INFORME A LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL Y EL CONTEXTO EN QUE SE PRODUCE. 3. LA PROPUESTA NORMATIVA DEL INFORME DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL. 4. LAS AUDIENCIAS LEGISLATIVAS. 5. LAS ENMIENDAS PRESENTADAS. 6. INFORME DE LA PONENCIA, DICTAMEN DE LA COMISIÓN Y APROBACIÓN POR EL PLENO DE LAS CORTES DE ARAGÓN. IV. COMENTARIO AL ARTÍCULO 72.2 CDFA. 1. DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO. 2. DELIMITACIÓN DE LA EFICACIA TEMPORAL DE LA NORMA. 3. LA CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA NORMA. 4. UNA NORMA ASÍ SOLO ERA NECESARIA PARA LAS PERSONAS QUE NO HAN CUMPLIDO LOS CATORCE AÑOS. A. *Ejercicio de la autoridad familiar por ambos padres*. a) En caso de ruptura de la convivencia de los padres. Divergencias. b) Sin ruptura de la convivencia de los padres. Divergencias. B. *Intromisión en los derechos de la personalidad de la persona menor de catorce años*. 5. NO HACE FALTA NORMA ESPECIAL PARA LOS MENORES MAYORES DE CATORCE AÑOS.

I. LA LEY APROBADA EN ARAGÓN Y OTRAS REFORMAS ESPAÑOLAS SIMILARES

La Ley recientemente aprobada en Aragón es la 2/2021, de 25 de marzo, por la que se modifica el “Código del Derecho Foral de Aragón”, Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno

de Aragón, publicada en el BOA núm. 73, de 13 de abril (y en el BOE núm. 102, de 29 de abril de 2021); entró en vigor por indicación de su DF única el día siguiente al de su publicación en el BOA, por tanto, el 14 de abril de 2021.

Su artículo único indica que “El apartado único del artículo 72 del Código del Derecho Foral de Aragón, ..., se numera como apartado 1 y se añade un nuevo apartado 2 con el siguiente tenor literal:

«2. En los supuestos y delitos contemplados en el artículo 80.6, desde que se inicie proceso penal por alguno de esos delitos contra uno de los progenitores, hasta la extinción de la responsabilidad penal, bastará el consentimiento del otro progenitor para la atención y asistencia psicológica a los hijos e hijas menores de catorce años, debiendo ser previamente informado el primero. Para el mayor de catorce años se estará a lo dispuesto en los artículos 23 y 24.»

Cuatro meses antes, en Cataluña, por el artículo único de la Ley catalana 14/2020, de 25 de noviembre, se añade una letra, la d, al apartado 2 del artículo 236-8 del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, con el siguiente texto:

«d). Para la atención y la asistencia psicológicas de los hijos menores de edad, no es necesario el consentimiento del progenitor contra el que se sigue un procedimiento penal por haber atentado contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexuales del otro progenitor o de los hijos comunes menores de edad, o contra el que se ha dictado una sentencia condenatoria, mientras no se extinga la responsabilidad penal. La asistencia psicológica a los hijos mayores de dieciséis años requiere su consentimiento.»

Tiempo antes, en el Código civil español, la disposición final 2 del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, había añadido un nuevo párrafo segundo al art. 156 del siguiente tenor literal:

«Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. [Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación²]. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos.»

² El párrafo entre corchetes ha sido añadido por el art. 2.19 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, con entrada en vigor el 3 de septiembre de 2021.

II. EL FUNDAMENTO DE ESTAS REFORMAS

a) La reforma del art. 156 Cc. procede del *Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género*.

De lo dicho en el Preámbulo de este RDL destaco lo que aquí parece más importante:

«El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, en su artículo 5.2, exige a las partes del convenio que tomen las medidas legislativas y demás necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del mismo». Este convenio fue ratificado por España en 2014 y entró en vigor el 1 de agosto de ese año.

El Congreso de los Diputados, en su sesión plenaria del 28 de septiembre de 2017, aprobó, sin ningún voto en contra, el Informe de la Subcomisión (creada en el seno de la Comisión de Igualdad del Congreso) para un Pacto de Estado en materia de violencia de género. Por su parte, el 13 de septiembre de 2017, el Pleno del Senado había aprobado, también por unanimidad, el Informe de la Ponencia de Estudio (creada en el seno de la Comisión de Igualdad del Senado) para la elaboración de estrategias contra la violencia de género. «Ambos informes contienen un conjunto de propuestas para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, y para mejorar en la respuesta que, desde las Instituciones, se proporciona a las mujeres víctimas y a sus hijas e hijos menores o a los menores bajo su guarda, tutela o acogimiento».

«La protección de los menores, hijas e hijos de las mujeres víctimas de violencia de género constituye uno de los ejes del Pacto de Estado que exige una respuesta más urgente. Según la Macro-encuesta de violencia contra la mujer realizada en 2015, del total de mujeres que sufren o han sufrido violencia física, sexual o miedo de sus parejas o exparejas y que tenían hijos/as en el momento en el que se produjeron los episodios de violencia, el 63,6 % afirmó que los hijos e hijas presenciaron o escucharon alguna de las situaciones de violencia. De las mujeres que contestaron que sus hijos o hijas presenciaron o escucharon los episodios de violencia, el 92,5 % afirmaron que los mismos eran menores de 18 años cuando sucedieron los hechos. Por ello el presente real decreto-ley incluye una modificación en el artículo 156 del Código Civil para dar cumplimiento a la medida 148, del Informe de la Subcomisión del Congreso que propone, desvincular la intervención psicológica con menores expuestos a violencia de género del ejercicio de la patria potestad. En concreto la reforma que afecta al artículo 156 del Código Civil tiene como objetivo que la atención y asistencia psicológica quede fuera del catálogo de actos que requieren una decisión común en el ejercicio de la patria potestad, cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la

integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos e hijas de ambos»³.

Para el párrafo añadido en la reforma de 2021, hay que recordar que el art. 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, fue modificado por el citado *Real Decreto-ley 9/2018*, para, entre otras finalidades, según dice su Preámbulo, «establecer otros títulos no judiciales habilitantes para los casos en los que no hay denuncia y, en consecuencia, tampoco existe procedimiento judicial abierto. Como se ha señalado, un porcentaje elevado de las víctimas de violencia de género asesinadas no había denunciado previamente la situación de maltrato que estaban sufriendo. En 2017, el 76.5 % de las mujeres asesinadas no había denunciado previamente a su agresor, de ahí la urgencia y la necesidad de proceder a ampliar los mecanismos de acreditación de las situaciones de violencia de género. Cabe recordar que el artículo 18.3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, exige no supeditar la protección de las víctimas de violencia de género al ejercicio por parte de aquéllas de acciones legales ni a la declaración contra el autor».

b) El Preámbulo de la *Ley catalana 14/2020, de 25 de noviembre, de modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia*, que añade una letra, la d, al apartado 2 del artículo 236-8 Cc. Cat., señala, de manera coincidente con lo ya visto para el ámbito estatal, que «La protección de los menores hijos de las mujeres víctimas de violencia de género ha constituido uno de los ejes del pacto de estado sobre esta materia» y que, desde la reforma de 2015, el art. 1.2 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, incluye como víctimas de esta violencia a los hijos menores de edad de las mujeres que la sufren⁴.

³ Críticas a la utilización del RD Ley, y a alguna otra cuestión, pueden verse en: <https://www.notariosregistradores.com/web/normas/informes-mensuales/informe-287-boe-agosto-2018/#violencia-de-genero-reforma-art-156-codigo-civil>

LÓPEZ AZCONA A. y Díez GIMÉNEZ, A., «La intervención psicológica con menores en situaciones de crisis o violencia familiar: ¿quién decide?», en *Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. 33, 2017, pp. 22 y 23 (http://estatuto.aragon.es/sites/default/files/REVISTA%20ADA_33%281%29.pdf).

LÓPEZ AZCONA, Aurora: «El tratamiento psicológico de los menores en situaciones de violencia intrafamiliar: A propósito del nuevo art. 156.2 Cc.», en IDIBE, septiembre 2018, tribuna 8 (<https://idibe.org/tribuna/tratamiento-psicologico-los-menores-situaciones-violencia-intrafamiliar-proposito-del-nuevo-art-156-2-cc/>); en el punto 12 dice así: «No puedo, sin embargo, dejar de discrepar, por razones de seguridad jurídica, de la extensión de esta solución al caso en que el proceso haya sido meramente "iniciado", dada la total y absoluta falta de precisión de tal término que permite entender que un progenitor podrá ser excluido de la decisión que nos ocupa y, por ende, ver limitado el ámbito de ejercicio de su patria potestad por la mera incoación del proceso penal, sin tener ni siquiera la condición de investigado y aunque ulteriormente haya archivo de actuaciones».

⁴ El citado art. 1.2 dice así: *Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.*

En el ámbito catalán el Preámbulo tiene en cuenta también lo dicho en este mismo sentido por los arts. 30 y 53 de la Ley catalana 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.

El párrafo que sintetiza la finalidad de la modificación dice así: «El artículo 236-8 del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, establece el ejercicio conjunto de la potestad parental, salvo que se acuerde otra modalidad de ejercicio o que las leyes o la autoridad judicial dispongan otra cosa. Por este motivo, se modifica dicho artículo 236-8 del libro segundo del Código civil de Cataluña, de modo que —mientras no se dicte una decisión judicial que dirima la potestad parental— la asistencia y la atención psicológicas queden fuera del catálogo de actos que requieren una decisión conjunta en el ejercicio de la potestad parental.»

c) Por su parte, el Preámbulo de la *Ley aragonesa 2/2021, de 25 de marzo*, por la que se modifica el art. 72 CDFA, cita de entrada la reforma del art. 156 Cc. por el Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, pero enseguida indica que «tal modificación legislativa derivada del Pacto de Estado contra la violencia de género se circunscribe única y exclusivamente al régimen del Código Civil español y no se dirige a las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, como es el caso de Aragón. Además, la regulación del vigente artículo 156 del Código Civil no es traspasable sin más a nuestro Derecho teniendo en cuenta la hipótesis de partida muy diferente en el sistema civil aragonés, tanto en lo que atañe al ejercicio de la autoridad familiar como en lo referido a la resolución de conflictos cuando hay desacuerdos sobre su ejercicio y también en relación con el diferente sistema de capacidad de las personas por razón de la edad, regulado extensamente en los artículos 4 a 33 del Código del Derecho Foral de Aragón».

Por tanto, la introducción de una norma que respete los postulados del Pacto de estado contra la violencia de género debe hacerse respetando también los principios del Derecho civil aragonés, en particular la distinción entre los menores de edad no emancipados según sean mayores o menores de catorce años.

III. LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA REFORMA ARAGONESA

1. LA PROPOSICIÓN DE LEY DE CIUDADANOS

Ley aragonesa 2/2021, de 25 de marzo, tiene su origen en la Proposición de Ley, presentada el 16 de enero de 2020 por el G.P. de Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía (Cs), de modificación del «Código del Derecho Foral de Aragón» (CDFA), calificada por la Mesa de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada el 20 de enero de 2020 (B.O.C.A. núm. 37, de 22/01/2020), y tomada en consideración por el Pleno de las Cortes de Aragón el día 12 de marzo de 2020 (D.S.C.A. núm. 15 y B.O.C.A. núm. 45 del 01/04/2020). Esta iniciativa parlamentaria propone añadir un nuevo párrafo tercero en el artículo 71 del Código del Derecho Foral de Aragón, con el siguiente tenor literal:

«Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los padres por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad no emancipados, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad no emancipados, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos».

Como dice su Exposición de Motivos, lo que se propone es la mera trasposición al derecho foral aragonés de la reforma introducida en 2018 en el art. 156 Cc., con el añadido de la indicación de que se trata en todo caso de menores no emancipados, pero sin caer en la cuenta, entre otras cosas, de que en el Derecho aragonés la edad relevante para distinguir entre los menores de edad es los 14 años, y no los 16.

2. LA PETICIÓN DE INFORME A LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL Y EL CONTEXTO EN QUE SE PRODUCE

En atención a que la Proposición de Ley, que se encuentra en ese momento en plazo de audiencias legislativas, *tiene por objeto introducir modificaciones en materia de Derecho Foral Aragonés*, la Dirección General de Desarrollo Estatutario y Programas Europeos, adscrita a la Vicepresidencia del Gobierno de Aragón, con fecha 10 de marzo de 2020, emitió informe en el que *propone solicitar el oportuno dictamen a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, como supremo órgano consultivo experto en la materia*.

En la actualidad la Comisión Aragonesa de Derecho Civil (CADC) se encuentra adscrita a la Vicepresidencia del Gobierno de Aragón en virtud del artículo 1 del Decreto 17/2020, de 26 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba su estructura orgánica. El artículo 4 apartado 1.º letra a) señala que le corresponde a esta última a través de la Dirección General de Desarrollo Estatutario y Programas Europeos: *«Impulsar, analizar y coordinar la política de desarrollo estatutario, así como coordinar y seguir los proyectos normativos que deban aprobarse para la efectividad de las previsiones del Estatuto de Autonomía, con especial atención al derecho civil aragonés»*.

A la vista de lo anterior, el 22 de septiembre de 2020, el Vicepresidente y Consejero de Industria Competitividad y Desarrollo Empresarial solicita informe a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, *al efecto de dilucidar, desde un punto de vista técnico-jurídico su adecuación [la de la Proposición de Ley] al derecho civil aragonés y proponer, si resulta posible, en caso contrario, las posibles alternativas a la misma*.

Los puntos 2 a 7 del Informe, que proceden, con alguna pequeña modificación, de las *Notas* de Jesús Delgado, delimitan el contexto en el que el informe se elabora:

«2. No estamos, por tanto, como en otras ocasiones, ante una iniciativa del Gobierno de Aragón que daría lugar, en definitiva, a un proyecto de ley, cuyo anteproyecto corresponde elaborar a la Comisión, sino de un informe sobre iniciativa

parlamentaria en marcha, tramitada en las Cortes con el acuerdo unánime de todos los Grupos Parlamentarios.

3. Nuestro informe se dirige, en consecuencia, a dilucidar los medios para dar entrada en nuestro Derecho civil a una norma con el contenido esencial de la propuesta, buscando su mejor encaje técnico en el Ordenamiento aragonés.

4. Una norma como la propuesta corresponde a la competencia legislativa exclusiva de las Cortes de Aragón, de acuerdo con el art. 149.1.8.^a CE y el EAA.

5. El mero hecho de que el Código civil haya sido modificado, en este caso su art. 156.2 en virtud del R. D. L. 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado en materia de violencia de género, no obliga ni hace necesario introducir ninguna modificación en el Derecho civil de Aragón.

6. La modificación del Derecho aragonés con la finalidad perseguida con la Proposición de Ley no es consecuencia obligada del Pacto de Estado en materia de violencia de género, pues el mismo se refiere concretamente al Código civil.

148. Desvincular la intervención psicológica con menores expuestos a violencia de género del ejercicio de la patria potestad; en consecuencia, modificar el artículo 156 del Código Civil para que la atención y asistencia psicológica quede fuera del catálogo de actos que requieren una decisión común en el ejercicio de la patria potestad, cuando exista sentencia firme o hubiera una causa penal en curso por malos tratos o abusos sexuales.

7. Entendemos que el espíritu de la Proposición de Ley es trasladar al Derecho aragonés los criterios del Pacto de Estado en este punto, mediante la formulación de las normas precisas y adecuadas en nuestro Ordenamiento.»

3. LA PROPUESTA NORMATIVA DEL INFORME DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL

El punto central del orden del día de la sesión de la CADC del día 1 de octubre de 2020 (Acta 273) es el debate sobre el informe solicitado.

Con la finalidad de facilitar la confección del informe, han formulado propuestas por escrito José-Antonio Serrano García, Adolfo Calatayud Sierra, Jesús Delgado Echeverría, Joaquín-José Oria Almudi y José-Manuel Enciso Sánchez, escritos que se unen como anexo al Acta 273.

Para elaborar la propuesta de texto legal que se considera más adecuada a nuestro Ordenamiento e introducir en él los criterios del Pacto de Estado en materia de violencia de género, se parte de la fórmula presentada por José-Antonio Serrano García⁵ y entre todos se busca la manera de mejorar en

⁵ Decía así: «En los casos y delitos contemplados en el artículo 80.6, mientras dure el proceso, así como cuando uno de los padres haya sido condenado por alguno de tales delitos, y entonces mientras no se extinga la responsabilidad penal, bastará, conforme a los usos sociales, la actuación del progenitor no violento para proveer a los hijos menores de catorce años de atención y asistencia psicológica, así como para, en los casos del artículo 20, hacer posible el tratamiento que se les prescriba, debiendo informar de ello previamente al otro.»

lo posible su redacción⁶. El texto finalmente aprobado por la *Comisión* es el siguiente:

En los casos y delitos contemplados en el artículo 80.6, mientras dure el proceso, así como cuando uno de los padres haya sido condenado por alguno de tales delitos y mientras no se extinga la responsabilidad penal, bastará la actuación del otro progenitor para proveer a los hijos menores⁷ de catorce años de atención y asistencia psicológica y para prestar el consentimiento paterno que regula el artículo 20, si bien el primer progenitor deberá ser previamente informado. Para el menor mayor de catorce años se estará a lo dispuesto en los artículos 23 y 24.

Además, la *Comisión* propone que esta norma se añada, no al artículo 71 CDFA, sino al art. 72, como un nuevo apartado 2, lo que obliga a numerar como 1 el párrafo actual.

También hay acuerdo en cerrar el Informe con un punto final del siguiente tenor literal (Acta 273):

«Al estudiar el encaje de la norma propuesta en el Ordenamiento aragonés, hemos observado que la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, en su art. 14, contiene a primera vista una regulación aplicable a los supuestos considerados en la Proposición de Ley sobre la que informamos, con criterios que no se corresponden totalmente con los de los artículos del CDFA ni con el contenido de la misma Proposición de Ley, lo que hacemos notar por si se considera oportuno reformar también el art. 14 de la Ley de Salud para ponerlo de acuerdo con el CDFA»⁸.

El Informe, que se encarga de redactar el Secretario, figura como anexo al Acta 273⁹; volveremos sobre él mas adelante.

⁶ La propuesta alternativa presentada por Adolfo Calatayud Sierra decía así: «*Dictada una sentencia condenatoria por los delitos contemplados en el artículo 80.6 y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal por dichos delitos contra uno de los padres, bastará el consentimiento del otro progenitor para proveer de atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de catorce años, así como para prestar el consentimiento paterno que regula el artículo 20, si bien el primer progenitor deberá ser previamente informado.*»

⁷ Para evitar hablar de «hijos e hijas» en el Informe de la CADC se dice que «En la redacción sugerida hemos tenido en cuenta la Disposición adicional primera, sobre “términos genéricos”, según la cual *Las menciones genéricas en masculino que aparecen en el presente Código se entenderán referidas también a su correspondiente femenino.*» Pero de poco sirvió la advertencia.

⁸ Este es el acuerdo al que la Comisión llega tras el debate, por razones pragmáticas y de prudencia. En la propuesta de José Antonio Serrano García se decía: «Es muy necesario proceder a concordar la regulación civil aragonesa con la de la Ley de salud de Aragón». Para ello entiendo que podría bastar con sustituir en el art. 14.1.c, primer párrafo, de la Ley 6/2002, de 15 de abril, «dieciséis años» por «catorce años» y añadir, al final «de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil». La frase final del indicado párrafo quedaría así: *En el caso de menores emancipados y adolescentes mayores de catorce años, el menor dará personalmente su consentimiento, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil.*

Jesús Delgado Echeverría, que en sus Notas entendió también que había que aprovechar la ocasión para modificar el art. 14 de la Ley 6/2002, finalmente cambió de opinión y propició el acuerdo final ya transcrito en el texto.

⁹ Lo publica la RDCA-2020-XVI.

4. LAS AUDIENCIAS LEGISLATIVAS

En la tramitación ordinaria de la Proposición de Ley en la Comisión Institucional y de Desarrollo Estatutario, en la fase de audiencias legislativas, además del Informe de la *Comisión* aportado por el Gobierno de Aragón a las Cortes de Aragón, comparecieron el 5/10/2020 Aurora López Azcona (Profesora titular de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza), Altamira Gonzalo (Vicepresidenta de la Asociación de mujeres juristas Themis) y Carmen Bayod López (Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza)¹⁰.

a) La profesora Aurora López Azcona comparte la finalidad de la Proposición de Ley, derivada de lo dicho para el Código civil en una de las medidas del Pacto de Estado contra la violencia de género y dirigida a desvincular del ejercicio conjunto de la autoridad familiar la intervención psicológica con menores víctimas directas o indirectas de violencia de género o, más ampliamente, de violencia intrafamiliar. Pero cree que el Derecho civil aragonés ya cuenta con respuestas al supuesto de hecho planteado a partir de las previsiones específicas sobre intromisiones de terceros en los derechos de la personalidad de los menores (arts. 20 y 24 CDFA), en las que pueden entenderse incluidos los tratamientos psicológicos, por constituir una clara injerencia, entre otros, en sus derechos a la intimidad y la integridad psíquica o moral.

No obstante, para el caso de que la Proposición siga adelante, sugiere algunas matizaciones para adecuar la reforma al Derecho civil aragonés: discrepa de la extensión de la solución propuesta al supuesto de que el proceso penal haya sido meramente «iniciado»; señala la falta de correspondencia entre las conductas descritas en el precepto propuesto como identificativas de la violencia intrafamiliar y las tipificadas penalmente a tal efecto; la decisión debe corresponder a los propios menores desde los catorce años; para los que no han cumplido aún los catorce años, hay que excluir de la decisión al progenitor condenado (o, incluso, encausado) y articular la decisión de forma coherente con el art. 20 CDFA. Como cuestión adicional plantea la posibilidad de introducir la privación o suspensión de la autoridad familiar al progenitor que incurre en violencia de género o doméstica.

b) La posición de la abogada Altamira Gonzalo Valgañón es conforme con el contenido de la Proposición de Ley indicada, si bien con la sugerencia de que la referencia que se hace a los menores mayores, ha de hacerse en Aragón a los mayores de 14 años de edad, y no a los de 16 como hace el art. 156.2 del Código Civil. En Aragón llevamos dos años de retraso respecto al Código civil, por lo que entiende que debe procederse con urgencia a la modificación legal propuesta, sobre todo porque en Aragón se viene exigiendo en los tribunales el consentimiento de ambos progenitores y el Colegio de Psicólogos/as de Aragón y también el Consejo General de Colegios de Psicología, considera falta grave no obtener

¹⁰ El texto de las intervenciones de las tres comparecientes lo publica la RDCA-2020-XVI.

el consentimiento de ambos progenitores para atender a menores. Y así como las mujeres lógicamente no dependen del maltratador para recibir asistencia psicológica que las alivie del daño recibido, es de justicia que los niños y niñas afectados por la misma violencia tampoco dependen de él.

c) La catedrática de Derecho civil Carmen Bayod López considera también que la finalidad de esta proposición de ley es loable, pero que desconoce las notables diferencias existentes entre la patria potestad del Código civil y la autoridad familiar aragonesa, el distinto sistema de resolución de divergencias, así como el muy superior sistema aragonés de capacidad de obrar por razón de la edad que, para los menores no emancipados, diferencia entre los mayores y los menores de catorce años.

Considera que la norma debe hacer referencia a los artículos 20 y 24 CDFA y en el supuesto de hecho prefiere transcribir lo dispuesto en el art. 80.6 CDFA. También considera preferible colocar la norma, mejor que en el art. 71 CDFA, en el art. 72, que es el que trata del ejercicio exclusivo de la autoridad familiar por uno de los padres.

La norma que propone añadir al art. 72 dice así:

En el supuesto de hallarse uno de los titulares de la autoridad familiar incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad o haya sido condenado, y mientras no se extinga su responsabilidad penal, por los anteriores hechos, solo será necesario el consentimiento del otro progenitor para la atención y asistencia psicológica en los casos que sea necesario conforme a los arts. 20 y 24 del CDFA, debiendo el primero ser informado previamente.

5. LAS ENMIENDAS PRESENTADAS

Se presentaron 5 enmiendas parciales, admitidas a trámite por la Mesa de la Comisión Institucional y de Desarrollo Estatutario en sesión celebrada el día 29 de octubre de 2020; 3 son del G.P. Popular; 1 de los GG.PP. Socialista, Podemos Equo-Aragón, Chunta Aragonesista y Aragonés; y 1 de la A.P. Izquierda Unida Aragón (G.P. Mixto); todas publicadas en el B.O.C.A. núm. 84 del 05/11/2020, con el siguiente tener literal:

ENMIENDA NÚM. 1, de adición, formulada por la A.P. Izquierda Unida de Aragón-Grupo Mixto.

Se propone la Incorporación de un nuevo punto 3 en el artículo 71 con el siguiente texto:

«Cuando uno de los titulares de la autoridad familiar esté:

a) Incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del

otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad su ejercicio a la autoridad familiar será suspendido cautelarmente.

b) Si ha sido condenado en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y mientras no se extinga su responsabilidad penal, por alguno de los supuestos señalados, será privado de la autoridad familiar.»

MOTIVACIÓN: Por considerarlo más oportuno

ENMIENDA NÚM. 2, de modificación, formulada por el G.P. Popular.

Se propone sustituir el texto de la Proposición de Ley por el siguiente:

«PROPOSICIÓN DEL LEY

Artículo único.— Modificación del artículo 72 del Código de Derecho Foral de Aragón ..., con la incorporación de un nuevo párrafo al mismo.

Se añade un segundo párrafo al artículo 72 del Código del Derecho Foral de Aragón, con el siguiente tenor literal:

“En el supuesto de hallarse uno de los titulares de la autoridad familiar incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad o haya sido condenado, y mientras no se extinga su responsabilidad penal, por los anteriores hechos, solo será necesario el consentimiento del otro progenitor para la atención y asistencia psicológica en los casos que sea necesario conforme a los artículos 20 y 24, debiendo el primero ser informado previamente.”

Disposición final única.— Entrada en vigor.

La presente ley entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de Aragón.»

MOTIVACIÓN: Por considerarse más adecuado.

ENMIENDA NÚM. 3, de adición, formulada por los GG.PP. Socialista, Podemos Aragón, Chunta Aragonesista, y Aragonés.

Añadir, tras el artículo único de la Proposición de Ley, que modifica el artículo 71 del Código del Derecho Foral de Aragón aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, el siguiente (de modo que el artículo único pasa a denominarse «artículo 1»):

«Artículo 2.— Modificación del artículo 72 del Código del Derecho Foral de Aragón aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, con la incorporación de un nuevo apartado al mismo.

Se añade un nuevo apartado 2 en el artículo 72 del Código del Derecho Foral de Aragón, con el siguiente texto:

“2. En los casos y delitos contemplados en el artículo 80.6, mientras dure el proceso, así como cuando uno de los padres haya sido condenado por alguno de tales delitos y mientras no se extinga la responsabilidad penal, bastará la actuación del otro progenitor para proveer a los hijos menores de catorce años de atención y asistencia psicológica y para prestar el consentimiento paterno que regula el artículo 20, si bien el primer progenitor deberá ser previamente informado. Para el menor mayor de catorce años se estará a lo dispuesto en los artículos 23 y 24.”»

MOTIVACIÓN: Se considera más adecuado, dado que, con la redacción propuesta, se trata de conceder por ley al otro progenitor el ejercicio exclusivo de facultades relacionadas con la atención y asistencia psicológica, por lo que se considera que el lugar adecuado para su inclusión es el artículo 72, como un nuevo apartado 2.

A la hora de proponer la presente enmienda, han sido tenidas en cuenta las recomendaciones y consideraciones que, al efecto, realiza la Comisión Aragonesa de Derecho Civil en el Informe de fecha 2 de octubre de 2020 que el Gobierno de Aragón aportó a las Cortes de Aragón en la fase de audiencias legislativas de la presente Proposición de Ley¹¹.

ENMIENDA NÚM. 4, de modificación, formulada por el G.P. Popular.

Se propone modificar el texto de la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley ..., en los siguientes términos:

Sustituir el texto del cuarto párrafo de la Exposición de motivos por el siguiente:

«No obstante, tal modificación legislativa derivada del Pacto de Estado contra la violencia de género se circunscribe única y exclusivamente al régimen común del Derecho Civil español y no se dirige a las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, como es el caso de Aragón. Además la regulación del vigente artículo 156 del Código Civil no es trasposable sin más a nuestro Derecho teniendo en cuenta la hipótesis de partida muy diferente en el sistema civil aragonés, tanto en lo que atañe al ejercicio de la autoridad familiar como en lo que hace a la resolución de conflictos cuando hay desacuerdos sobre su ejercicio y también en relación al diferente sistema de capacidad de las personas por razón de la edad regulado extensamente en los artículos 4 a 33 del Código de Derecho Foral de Aragón.

En consecuencia para incorporar al Derecho civil de Aragón la norma contenida en el artículo 156.2 del Código Civil sin perturbar los principios que informan nuestro Ordenamiento es necesario articular una redacción diferente.»

¹¹ Obsérvese que lo propuesto en el Informe de la CADC no era añadir un nuevo texto sino sustituir el de la Proposición de Ley por el aprobado por ella. El error fue advertido y corregido oportunamente en el Informe de la Ponencia.

MOTIVACIÓN: Por considerarse más adecuado.

ENMIENDA NÚM. 5, de modificación, formulada por el G.P. Popular.

Se propone modificar el texto de la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley ..., en los siguientes términos:

Sustituir el texto desde el quinto párrafo hasta el término de la Exposición de motivos por el siguiente:

«Nuestro Código de Derecho Foral de Aragón, en relación con el supuesto de hecho del artículo 156.2 del Código Civil recoge la figura específica de la “Autoridad Familiar” (artículos 71 y siguientes), frente a la “patria potestad” del Derecho civil común y es en el seno del ejercicio de la autoridad familiar cuando se realiza esta previsión. También nuestro Código Foral establece la distinción entre menor de edad y menor emancipado. Ambas acepciones deberán de tenerse en cuenta en la incorporación de la norma de la legislación común al derecho foral aragonés

En nuestro sistema civil aragonés la finalidad de la reforma pasa por permitir que, en los casos de violencia familiar de uno de los titulares de la autoridad familiar frente a los hijos o frente al otro progenitor titular de la misma, pueda prestar su autorización, cuando esta sea necesaria, el progenitor no violento para que los hijos menores de edad no emancipados reciban atención y asistencia psicológica; tomando como premisa que el juez ha mantenido el ejercicio conjunto de la autoridad familiar al conocer en vía penal de esta situación».

MOTIVACIÓN: Por considerarse más adecuado.

6. Informe de la Ponencia, Dictamen de la Comisión y aprobación por el Pleno de las Cortes de Aragón.

Del Informe de la Ponencia resulta lo siguiente:

«La enmienda núm. 1, de la A.P. Izquierda Unida Aragón (G.P. Mixto), que propone la introducción de un nuevo apartado 3 en el artículo 71 del Código del Derecho Foral de Aragón, es rechazada al contar con el voto favorable del G.P. Podemos Equo Aragón y la A.P. enmendante, en contra de los GG.PP. Socialista, Popular, Vox en Aragón y Aragonés, y la abstención de los GG.PP. Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía y Chunta Aragonesista.»

«Con las enmiendas núms. 2, 4 y 5, del G.P. Popular, y núm. 3, presentada conjuntamente por los GG.PP. Socialista, Podemos Equo Aragón, Chunta Aragonesista y Aragonés, se elabora un texto transaccional, que comprende íntegra la nueva redacción de la Proposición de Ley, que se adjunta al presente informe, texto transaccional que es aprobado por todos los Grupos Parlamentarios, excepto el G.P. Vox en Aragón, que vota en contra. En el texto transaccional se incluyen las propuestas de correcciones técnicas formuladas por el Letrado que asiste a la Ponencia, aceptadas por todos los Grupos Parlamentarios».

Este texto transaccional coincide ya con el de la Ley finalmente aprobada.

La A.P. Izquierda Unida Aragón (G.P. Mixto) mantiene para su defensa ante la Comisión Institucional y de Desarrollo Estatutario, y luego ante el Pleno de las Cortes de Aragón, la enmienda núm. 1, y el G.P. Vox en Aragón formula voto particular frente al texto transaccional aprobado por la Ponencia y también lo mantiene para su defensa ante la Comisión y el Pleno.

El Dictamen de la Comisión Institucional y de Desarrollo Estatutario coincide en todo con el texto del Informe emitido por la Ponencia que ha examinado la Proposición de Ley aludida, ambos se publican en el B.O.C.A. núm. 118 del 23/03/2021.

La Proposición de Ley fue aprobada por el Pleno de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada los días 25 y 26 de marzo de 2021 (D.S.C.A. núm. 37, B.O.C.A. núm. 119 del 29/03/2021): de los 66 votos emitidos, 63 son a favor y 3, en contra. En votación previa, la enmienda núm. 1 resultó rechazada: de los 66 votos emitidos, 6 son a favor; en contra, 45; y quince abstenciones.

IV. COMENTARIO AL ARTÍCULO 72.2 CDFA

1. DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO

El nuevo art. 72.2 CDFA comienza con una remisión a *los supuestos y delitos contemplados en el artículo 80.6*. Con esta remisión, de entrada, se reduce notablemente la extensión de la norma.

Además, como señala el punto 8 del Informe de la Comisión, con la remisión a los supuestos contemplados en el art. 80.6 aumenta la seguridad jurídica porque los casos allí previstos están dotados de unas mayores garantías para la acreditación de la violencia de género o doméstica, pues no basta con el inicio del proceso penal por tales delitos, sino que se requiere la constatación por el Juez de la existencia de indicios fundados de violencia intrafamiliar¹². En concreto los supuestos son dos:

- a) Cuando uno de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por delitos contemplados en el art. 80.6 y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.
- b) En el mismo supuesto, aunque no exista esa resolución judicial motivada, cuando existan indicios fundados de violencia doméstica o de género advertidos por el Juez a partir de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas.

Por otra parte, los delitos a que se refiere el art. 80.6 son los mismos que en el texto inicial de la Proposición de Ley: atentar contra la vida, la integridad

¹² Joaquín-José Oria Almudi fundamenta extensamente en el escrito presentado a la Comisión las ventajas de la remisión al art. 80.6 CDFA.

física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos (menores).

2. DELIMITACIÓN DE LA EFICACIA TEMPORAL DE LA NORMA

Añade el art. 72.2 que *desde que se inicie proceso penal por alguno de esos delitos [y supuestos] contra uno de los progenitores, hasta la extinción de la responsabilidad penal*, se producirá la consecuencia jurídica de la norma.

Ciertamente la fórmula legal necesita una interpretación para clarificarla: los efectos de la norma se producen desde que se inicie el proceso penal, pero si éste termina sin sentencia condenatoria, solo pueden mantenerse mientras el proceso dura; en cambio, si el proceso termina con sentencia condenatoria la eficacia de la norma durante el proceso se prolonga para el progenitor condenado *hasta la extinción de la responsabilidad penal*. Así que la norma produce efectos en los supuestos y delitos contemplados en el artículo 80.6 CDFA *mientras dura el proceso penal* y, solo si termina con sentencia condenatoria, *hasta la extinción de la responsabilidad penal*.

En realidad, la eficacia de la norma aragonesa durante el proceso penal tiene como presupuesto que el Juez no haya adoptado la suspensión cautelar en el ejercicio de la autoridad familiar y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, etc., como de forma genérica le permite hacer el art. 10 CDFA y, de forma expresa, así lo indica el art. 158.6.º Cc.¹³, o el 544 ter, apartado 7, Lecrim. (medidas cautelares de naturaleza civil).

Y para que la norma tenga eficacia una vez terminado el proceso penal es preciso que haya sentencia condenatoria y que ésta no conlleve la pena de privación de la autoridad familiar o la de inhabilitación especial para el ejercicio de la autoridad familiar, tutela, curatela, guarda o acogimiento como permiten hacer desde 2015 los arts. 65 (suspensión de la autoridad familiar o custodia de menores)¹⁴ y 66

¹³ Artículo 158 Cc.

«El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: [...]

6.º La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas».

¹⁴ Artículo 65. De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores.

El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él.

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

(suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores)¹⁵ de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y también el art. 46 Cpen. (privación de la patria potestad, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento)¹⁶.

3. LA CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA NORMA

La consecuencia jurídica de la concurrencia de alguno de los supuestos y delitos del art. 80.6 CDFA, si el juez no ha adoptado medidas cautelares o impuesto penas que afecten al ejercicio de la autoridad familiar por el progenitor condenado por violencia intrafamiliar o «investigado» por existir indicios fundados de ello, es que *bastará el consentimiento del otro progenitor para la atención y asistencia psicológica a los hijos e hijas menores de catorce años, debiendo ser previamente informado el primero*.

No hace falta acuerdo entre los progenitores, pero tampoco se excluye que pueda existir. Cabe, por tanto, la actuación conjunta. Si no existe acuerdo entre los padres, que es lo que en la práctica sucede con mucha frecuencia, la norma priva o suspende temporalmente al progenitor condenado o “investigado” de su

¹⁵ Artículo 66. De la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores.

El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él.

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

¹⁶ «Artículo 46.

La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva a la persona condenada de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo aquellos derechos de los que sea titular el hijo o la hija respecto de la persona condenada que se determinen judicialmente. La autoridad judicial podrá acordar estas penas respecto de todas o algunas de las personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo de la persona condenada.

Para concretar qué derechos de las personas menores de edad o personas con discapacidad han de subsistir en caso de privación de la patria potestad y para determinar respecto de qué personas se acuerda la pena, la autoridad judicial valorará el interés superior de la persona menor de edad o con discapacidad, en relación a las circunstancias del caso concreto.

A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada y la rehabilitada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las comunidades autónomas.»

Sobre estas penas vid. arts. 55, 56, 140 bis, 149, 153, 171, 172, 173, 189, 192, 220, 221, 225 bis, 226, 233 y DA 2.ª Cpen.

facultad de proveer separadamente a los hijos menores de catorce años de la necesaria asistencia psicológica (art. 71), así como de su intervención en el otorgamiento del consentimiento informado que regula el art. 20, y concede estas facultades, a falta de acuerdo, en exclusiva al otro progenitor. Esta privación es algo que parece acorde a los actuales usos sociales.

Al privar o suspender al padre condenado o investigado por violencia de género o doméstica del ejercicio de estas facultades propias de la autoridad familiar, siempre que no esté de acuerdo con el otro progenitor, se está introduciendo una excepción a lo dispuesto en los arts. 71 (ejercicio de la autoridad familiar por ambos padres) y 20 CDFA (autorización o apreciación conjunta del interés del menor por los titulares de la autoridad familiar), de manera que, a falta de acuerdo, nos encontramos en un supuesto de ejercicio exclusivo de esta facultad propia de la autoridad familiar por el otro progenitor. De ahí que se optara finalmente por colocar la nueva norma en el art. 72 CDFA¹⁷.

Pero el progenitor afectado por esta medida conserva la titularidad y ejercicio de la autoridad familiar y, en su caso, de la guarda y custodia, para el resto de incumbencias propias de esta función. Su oposición o falta de acuerdo a la *atención y asistencia psicológica a los hijos e hijas menores de catorce años* que propugna el otro progenitor, no le priva del derecho a ser informado previamente de esta decisión que afecta a la situación personal del hijo. Ese derecho y obligación de los padres de informarse recíprocamente de la situación personal del hijo existe, aunque no ostenten la autoridad familiar o no vivan con el hijo menor, y se extiende a todo el tiempo que dure la necesidad de tratamiento psicológico (art. 59.c CDFA).

4. UNA NORMA ASÍ SOLO ERA NECESARIA PARA LAS PERSONAS QUE NO HAN CUMPLIDO LOS CATORCE AÑOS

Inicialmente podía pensarse que lo mejor era no introducir ninguna modificación en el CDFA para hacerle decir lo mismo que proponía la Proposición de Ciudadanos, porque no era descabellado creer que tal conclusión podía obtenerse de la interpretación de la regulación aragonesa, sin que hubiera necesidad de decirlo expresamente. En definitiva, podía creerse que en Derecho aragonés ya bastaba con el consentimiento del padre no violento para proveer de asistencia psicológica a los hijos menores no emancipados y para hacer posible el consentimiento informado al tratamiento que se les prescribiera. Pero no era así.

Al reflexionar y discurrir las soluciones que daba nuestro sistema para este asunto, llegué a la conclusión de que respecto de los hijos menores de catorce

¹⁷ En el Informe de la Comisión se dice que «Tratándose, en definitiva, de conceder por ley al otro progenitor el ejercicio exclusivo de estas facultades relacionadas con la atención y asistencia psicológica, ha parecido a la Comisión que el lugar adecuado para colocar la norma es el artículo 72, como un nuevo apartado 2».

años convenía introducir una ligera modificación en nuestro Código de Derecho foral para hacer posible que la decisión o intervención del padre no violento fuera bastante para llevarlos al psicólogo y para hacer posible el tratamiento que éste prescribiera aunque supusiera una intromisión en la integridad psíquica o moral del hijo.

A. Ejercicio de la autoridad familiar por ambos padres.

Proveer a la asistencia médica, incluida la psicológica, de los hijos menores de edad no emancipados es, sin duda, parte del contenido de la crianza y educación de los hijos, así como un derecho y un deber de quienes ejercen la autoridad familiar (art. 65.1.b CDFA). Este derecho-deber paterno dura hasta la mayoría de edad o emancipación del hijo (art. 93.1), de manera que el menor no emancipado debe obedecer a sus padres y cumplir lo que al respecto hayan acordado (art. 5.5). Si bien, este planteamiento inicial hay que concordarlo por un lado, con la capacidad ampliada del propio hijo desde los catorce años (art. 23) y con su capacidad desde que tenga suficiente madurez para dar el consentimiento informado a las intromisiones en su integridad psicológica (arts. 20 y 24)

La titularidad del deber de crianza de los hijos y de la autoridad familiar necesaria para cumplirlo corresponde a ambos padres (art. 63.1); pero el ejercicio de la autoridad familiar puede corresponder a uno solo de ellos en los casos de exclusión (art. 61), privación (art. 90), suspensión (art. 91) y extinción (art. 93) de la autoridad familiar del otro, y también cuando así se haya resuelto judicialmente (como dice el art. 72) en los casos que prevé el art. 74.2. Además, la legitimación para solicitar la intervención del Juez para que adopte las medidas convenientes para proveer a las futuras necesidades del menor en caso de incumplimiento de este deber por sus guardadores es muy amplia (art. 10). Si el ejercicio correspondiera total o parcialmente (incluida la asistencia psicológica) en exclusiva al padre no violento, no habría cuestión.

La Proposición de Ley parte de que *no estamos en ninguno de los casos de ejercicio exclusivo de la autoridad familiar por uno solo de los padres (el no violento); por tanto, hemos de suponer que el ejercicio corresponde a ambos (art. 63.1), y de que actuarán según lo lícitamente pactado en documento público y, en defecto de previsión legal o pacto, actuarán, conjunta o separadamente, según los usos sociales o familiares (art. 71.1); además, se presume respecto de terceros de buena fe que cada padre actúa en correcto ejercicio de sus facultades (art. 71.2).*

a) En caso de ruptura de la convivencia de los padres. Divergencias.

En los casos de violencia de género o doméstica (violencia intrafamiliar) lo más normal será que se produzca la *ruptura de la convivencia de los padres* con hijos a cargo. En tal supuesto serán de aplicación las normas reguladoras

de los efectos de dicha ruptura, en particular las relativas a la guarda y custodia de los hijos (art. 80). A falta de pacto de relaciones familiares entre los padres, la guarda y custodia corresponderá en todo caso de forma individual al progenitor no violento (art. 80.6). Pero la guarda y custodia individual de uno de los padres no priva al otro de la titularidad y ejercicio de la autoridad familiar, si bien para las actuaciones ordinarias, en defecto de pacto, el que decide es el padre que tiene a los hijos consigo.

Considero razonable entender que si el Juez ha atribuido la guarda y custodia al progenitor no violento, éste puede decidir llevar a los hijos al psicólogo sin necesidad del consentimiento del otro. A mi entender no se trata de una actuación que exceda de lo que es propio del ejercicio de la guarda y custodia de los hijos. Si bien, es frecuente en la práctica pactar lo contrario en el pacto de relaciones familiares (convenio regulador).

En cualquier caso, no hay que excluir la posible oposición del otro y el planteamiento de la divergencia a la Junta o al Juez para que decidan si llevar a los hijos al psicólogo es lo mejor para ellos (art. 74). Evitar esta posible oposición del progenitor violento exige la intervención del legislador para indicar con claridad que basta con el consentimiento del otro padre, al menos mientras el hijo no haya cumplido los catorce años; luego, ya decidirá él.

b) Sin ruptura de la convivencia de los padres. Divergencias

Aunque no sea lo más frecuente, si no ha habido ruptura de la convivencia de los padres, se les aplica el régimen general del art. 71.1. Parece normal y sensato entender que llevar a los hijos al médico o al psicólogo es algo que puede hacer cada uno de los padres por separado, según los usos sociales o familiares; no hay razones para entender que deban actuar conjuntamente. Luego es claro que el padre no violento puede decidir llevar a los hijos menores no emancipados al psicólogo, pero el otro, que tiene también esta facultad, puede no estar de acuerdo y oponerse. En tal caso, cuando el hijo es menor de catorce años, no basta con el consentimiento del padre no violento para conseguir el objetivo deseado.

Si la facultad corresponde a ambos padres por separado pero el progenitor violento no está de acuerdo con el ejercicio que pretende hacer el otro, se producirá una divergencia a resolver conforme al art. 74: recurso a la Junta de Parientes o al Juez para decidir lo más favorable al interés del menor. La oposición del padre violento podría paralizar la decisión del otro de llevar a los hijos al psicólogo, a la espera de la decisión final de la Junta o del Juez. Para evitar esta consecuencia era necesario corregir o excepcionar para este caso el sistema general, al menos respecto de los hijos menores de catorce años, y decir que basta con la decisión del padre no violento para llevar a los hijos al psicólogo. Esto exigía una intervención del legislador.

B. Intromisión en los derechos de la personalidad de la persona menor de catorce años

Junto a lo dicho sobre el Ejercicio de la autoridad familiar por ambos padres y las posibles divergencias entre ellos, hay que tener en cuenta también otro aspecto de gran trascendencia. Cuando el tratamiento psicológico que prescribía el profesional (a petición del padre no violento y sin oposición del menor que tenga suficiente juicio o a petición del propio menor mayor de catorce años con la asistencia de aquél) pueda representar una intromisión en el derecho a la integridad psíquica del menor (derecho de la personalidad), resultan de aplicación los arts. 20 y 24, que requieren el consentimiento informado del menor afectado cuando tenga suficiente madurez, y en su defecto o para complementarlo, según edad y circunstancias, se requiere la intervención paterna, en unas ocasiones de forma conjunta y en otras de uno cualquiera de los padres; subsidiariamente se da entrada al Juez.

Pues bien, cuando el menor no ha cumplido aún los catorce años, la aceptación de la intromisión requiere el *consentimiento del menor que tenga suficiente juicio o madurez* (art. 7.1.a y 20.1.a) y la autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar; *si no tiene suficiente juicio, también deciden* lo que es mejor para el bien del hijo *los titulares de la autoridad familiar, conjuntamente* (20.1.c). Con la consecuencia de que, si el padre violento no está privado o suspendido del ejercicio de la autoridad familiar, la ley aragonesa pedía su intervención, lo que seguramente o era correcto aplicado a los casos de violencia intrafamiliar.

Era conveniente, por tanto, reformar, solo respecto del hijo que no ha cumplido los catorce años, tanto la cuestión del ejercicio separado de la autoridad familiar por el padre no violento en casos de divergencia, como la cuestión de la intervención paterna necesaria para prestar el consentimiento informado al tratamiento psicológico que se acuerde.

La fórmula aprobada por la CADC atendía por separado a estas dos cuestiones: *«basta la actuación del otro progenitor para proveer a los hijos menores de catorce años de atención y asistencia psicológica y para prestar el consentimiento paterno que regula el artículo 20»*. En la norma finalmente aprobada por las Cortes de Aragón la fórmula es mucho más escueta: *basta el consentimiento del otro progenitor para la atención y asistencia psicológica a los hijos e hijas menores de catorce años*; pero sin duda sirve tanto para dar solución a las divergencias de los padres sobre la atención y asistencia psicológica, como para hacer posible la intromisión en los derechos de la personalidad del menor que tal atención y asistencia psicológica pueda representar, siempre respecto de menores que no han cumplido aún los catorce años.

5. NO HACE FALTA NORMA ESPECIAL PARA LOS MENORES MAYORES DE CATORCE AÑOS.

El art. 72.2 acaba diciendo: *Para el [menor] mayor de catorce años se estará a lo dispuesto en los artículos 23 y 24*. Con esta frase final queda patente que la necesidad

de intervención legislativa para trasladar al Derecho aragonés los criterios del Pacto de Estado solo es requerida respecto de los menores que no han cumplido los catorce años. Los arts. 23 y 24 CDFA permiten que, en caso de divergencia entre los progenitores, el consentimiento del progenitor no condenado ni incurso en supuesto de violencia intrafamiliar baste para avalar la decisión del hijo mayor de catorce años de acudir al psicólogo, así como para hacer posible, cuando así lo requiere el art. 24, la intromisión del psicólogo en los derechos de la personalidad del menor mayor de catorce años. Por ello, ha bastado con hacer una mera remisión para recordar que en estos artículos está la solución¹⁸.

En efecto, desde los catorce años el problema de las divergencias entre los progenitores es menor porque el hijo puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, tanto patrimoniales como personales, con la asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres en ejercicio de la autoridad familiar (art. 23). *El propio menor puede decidir*, con la debida asistencia, ir al psicólogo. Para ello le basta *con la asistencia del padre no violento*; que el padre violento no considere acertada esa decisión carece de relevancia. Basta la asistencia de uno cualquiera de los dos.

Parece, por tanto, que desde los 14 años del hijo la decisión puede ser tomada tanto por el propio menor con asistencia de uno de los padres, el no violento será lo normal, como por éste, bien porque lo exigen así los usos sociales (cuando, pese a todo, no se ha roto la convivencia) o bien porque tiene la custodia individual (tras la ruptura de la convivencia). La segunda vía puede ser entorpecida por el padre violento si plantea su divergencia al Juez o a la Junta de Parientes, pero la primera no. Basta con que haya una vía factible. Por ello *respecto de los menores mayores de catorce años no era necesario añadir nada*: la capacidad ampliada del hijo, y la asistencia del padre no violento, hacen innecesario tener que contar con el otro progenitor.

Por otra parte, si el menor ha cumplido los catorce años, él decide sobre la intromisión en su integridad psicológica, si bien, *en los casos de grave riesgo [para ella]* se requiere *la asistencia de uno de los titulares de la autoridad familiar*, el no violento, lógicamente. Y *si el menor mayor de catorce años no está en condiciones de decidir* sobre esta intromisión, *lo puede decidir uno cualquiera de los titulares de la*

¹⁸ Esta referencia final tiene su origen en la propuesta incluida en el escrito de Joaquín-José Oria Almudi: “La referencia en el texto propuesto por Ciudadanos a los 16 años, demuestra que el texto es una mera transcripción del artículo del Código civil, desconociendo la regulación en el CDFA del mayor de 14 años. O se explica bien la regulación existente para el mayor de 14 años, o sería posible que el texto fuera aprobado con una referencia a los 16 años, introduciéndose así un elemento muy distorsionador de la regulación general de la situación del menor mayor de 14 años.”

“Por eso, propongo añadir un texto final que dijera algo así como: “Si el menor tuviera más de 14 años, se estará a lo regulado en el artículo 24 del presente Código”, o “... Se estará a lo dispuesto en el presente Código”, o “... en el presente Código y especialmente en el artículo 24”.

autoridad familiar, el no violento, por tanto (art. 24). El criterio contrario del otro padre no parece relevante, no neutraliza la asistencia o la apreciación llevada a cabo por el otro *ex art. 24*. Por consiguiente, desde los catorce años las intromisiones en la integridad psíquica del hijo menor tampoco plantean problemas aunque haya violencia doméstica o de género. De ser necesario, con el consentimiento del padre no violento basta.

TESTAMENTO VITAL Y VOLUNTADES ANTICIPADAS

LIVING WILL AND ADVANCE DIRECTIVES

FERNANDO RUIZ MOROLLÓN

Notario

Fuentes de Ebro (Zaragoza)

RESUMEN

Con esta modesta publicación persigo tres finalidades: (I) Plantear posibles reformas del Derecho Foral de Aragón e incluso de algunas normas administrativas. (II) Mostrar preferencia por el documento de voluntades anticipadas ante notario, destacando sus ventajas en atención a la seguridad jurídica por encima del documento administrativo ante testigos. (III) Criticar aquellos aspectos que, desde el punto de vista práctico, dificultan la elaboración de estos documentos. Intentaré cumplir con las tres finalidades relacionando Derecho Notarial, Derecho Foral de Aragón y Derecho Administrativo.

Palabras clave: Notario. Aragón. Voluntades anticipadas. Derecho Sanitario. Testamento vital. Escritura. Eutanasia.

ABSTRACT

I have three purposes through this small publication: (I) Possible reforms of the Regional Law of Aragón and Administrative Law. (II) Showing preference for notary document, highlighting its advantages in terms of legal security over the administrative document. (III) Criticizing those aspects that, from a practical point of view, make it difficult to prepare these documents. I will try to fulfill the three purposes by relating Notarial Law, Regional Law of Aragón and Administrative Law.

Key words: Notary public. Regional Law of Aragón. Advance directive. Health Law. Living will. Notary document. Notary Law. Euthanasia.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. II. PROPUESTAS *DE LEGE FERENDA*. A. ¿DOCUMENTO NOTARIAL O ADMINISTRATIVO? B. NOMENCLATURA. C. CAPACIDAD DE LA PERSONA. D. ESTRUCTURA DEL DOCUMENTO. E. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS DEL GOBIERNO DE ARAGÓN. III. CONCLUSIÓN. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

La estadística del Registro Nacional de Instrucciones Previas recoge en enero de 2021 un total de 331.732 instrucciones previas. El mismo número en diciembre de 2012 es de tan solo 143.775. De dicha estadística se deduce que el incremento de estos documentos en España es del 127 % en ocho años¹. El envejecimiento de la población y la demografía actual están sin duda detrás de este incremento, pues la esperanza de vida y los avances médicos también han ido creciendo en España en las últimas décadas.

Además, como las personas viven más años están más expuestas a padecer enfermedades durante su vejez que les pueden llegar a impedir el tomar decisiones válidamente.

La normativa administrativa aplicable en Aragón está constituida principalmente por la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón (reformada por la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, por la que se modifica la Ley 6/2002 en lo relativo a voluntades anticipadas), el Decreto 100/2003, de 6 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y el funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas y la Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte. En coexistencia con estas disposiciones se encuentra la norma estatal: Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

En la práctica notarial se observa una clara falta de regulación en el Derecho Civil y en el Derecho Notarial sobre esta figura, que no puede partir sin más del

¹ https://www.msbs.gob.es/ciudadanos/rnip/doc/Documentos_2021/2021_Numero_de_Inscripciones_en_el_Registro_Nacional_de_Instrucciones_Previas_desde_la_sincronizacion_completa_de_los_Registros_Autonomicos-Enero_2021.pdf. Fecha de consulta 31 de agosto 2022.

legislador autonómico sino que exige un análisis de la actual distribución de competencias entre el Estado y las diferentes comunidades autónomas (todas han asumido las competencias en materia de sanidad dentro del marco constitucional y estatutario). La falta de homogeneidad entre los documentos autorizados por los diferentes notarios pone de relieve estas carencias, que deberán solucionarse atendiendo a la realidad social y a la futura aplicación de nuevas normas como la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. El Derecho comparado cuenta con leyes de naturaleza similar aprobadas en otros países como Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Canadá o Colombia². La regulación deberá tener en cuenta además que el testamento vital y voluntades anticipadas participan directamente de la naturaleza jurídica del mandato.

Parto de la premisa de si deben o no regularse los aspectos civiles de esta clase de documentos sobre voluntades anticipadas, dejando aparte las normas de naturaleza administrativa que todas las comunidades autónomas tienen ya aprobadas desde hace años. En relación con las seis comunidades autónomas con Derecho Civil foral o especial, ninguna de ellas ha optado por regular estas materias más allá de preceptos aislados en el Código Civil de Cataluña como el artículo 421.21, que permite adoptar previsiones sobre la donación de los propios órganos o del cuerpo en memoria testamentaria válida, o el artículo 429.12, que impone al albacea particular el deber de encargarse del entierro o de la incineración. Sin embargo, opino que en esta materia el CDFA podría adelantarse a las restantes comunidades autónomas y ser el primero en regular los aspectos civiles de los documentos sobre voluntades anticipadas.

No soy desconocedor de que actualmente existe un debate doctrinal³ sobre competencias y legislación en la relación entre el Estado y las comunidades autónomas, con dos posibilidades: argumentar que las normas sobre capacidad para prestar consentimiento y otorgar voluntades anticipadas son de Derecho Civil (artículo 149.1.8.^a CE) y, por otro lado, pensar que ninguna comunidad autónoma puede introducir reglas propias por tratarse de una materia que es competencia exclusiva del Estado (bases y coordinación general de la sanidad, artículos 149.1.1.^a y 149.1.16.^a). Por todos cito a Parra Lucán, que sistematiza que las comunidades autónomas con un Derecho Civil propio (Aragón) podrían solo adaptar a su

² Datos de Flourish team - Data Visualisation & Storytelling. URL https://public.flourish.studio/visualisation/1374887/?utm_source=showcase&utm_campaign=visualisation/1374887. Fecha de consulta 1 de junio 2022.

³ Bayod López, Carmen, ponencia «Derechos de la personalidad de los menores en Aragón: referencia al aborto de las menores de edad aragonesas y algunas cuestiones de competencia en materia de capacidad para consentir actos médicos», en los *XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Sesión II, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008. Pág. 168. La autora sostiene que la capacidad para consentir actos médicos es competencia de la legislación civil, al menos en el sistema vigente en España. Aragón tiene competencia para regularla al tener un Derecho Civil propio, que desplaza a la competencia ejercida por el Estado a través del de lo previsto en el Derecho Sanitario Estatal.

Derecho el régimen que resulte de la Ley estatal, por ejemplo cuando se dice quién debe otorgar el consentimiento por el interesado que no tenga capacidad⁴.

No es éste el lugar de abordar la cuestión competencial en el ámbito del documento sobre voluntades anticipadas sino solo cuál debe ser el proceder del notario en determinados casos cuando una persona solicita esta clase de documentos en Aragón, sin perjuicio de que sea inevitable tratar de soslayo la cuestión en determinados casos como el otorgamiento del documento por el menor aragonés maduro (que sí voy a defender, con la asistencia de los padres).

II. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

Las propuestas que van a apuntarse a continuación giran en torno a la naturaleza jurídica del documento (notarial o administrativo), su nomenclatura, la capacidad para otorgarlo, la estructura (apartado donde se analizará también el contenido) y la inscripción en el Registro de Voluntades Anticipadas del Gobierno de Aragón.

A. ¿DOCUMENTO NOTARIAL O ADMINISTRATIVO?

El primer lugar analizo la conveniencia de otorgar este documento ante el notario o de hacerlo o simplemente a través de un formulario administrativo debidamente registrado en el registro autonómico. Ambos caminos llevarán a la misma solución, si bien es cierto que optar por el documento notarial evitará otros formalismos, como tener que acreditar la identidad ante el funcionario, presentar los documentos identificativos en vigor o fotocopias compulsadas, hacer un nuevo juicio de capacidad, que el interesado tenga que desplazarse a las dependencias del organismo administrativo, o la necesidad de testigos, ya que la intervención del notario suple todo esto y da fe de que el documento se adecúa a la legalidad vigente. No pretendo dar razones de la exclusión del documento administrativo sino simplemente argumentar la preferencia por el documento notarial.

Parto del propio instrumento formal que debe contener estas voluntades anticipadas, el cual es la escritura pública. Según el artículo 17 LN, las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad mientras que las actas tienen como contenido propio la percepción de hechos por parte del notario. Parece claro que la manifestación de unas instrucciones previas íntimamente ligadas al proyecto vital, valores, objetivos de vida o incluso la moral de

⁴ Parra Lucán, María-Ángeles, Ponencia «Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)», en la Sesión II de los XV *Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, Pág. 91.

una persona, como son las instrucciones relativas a la toma de una decisión u otra en relación con tratamientos médicos y cuidados de salud, debe tener la consideración desde el punto de vista del Derecho de una verdadera declaración de voluntad.

Cabe aquí plantearse cuál debe ser el valor de aquellos documentos autorizados por notarios que consignan estas voluntades en una mera acta de manifestaciones, que en opinión de Cámara es la constancia del «hecho del dicho» de una persona, que será testimonio si se refiere a cosas ajenas y confesión si se trata de cosas propias⁵. En consecuencia, esta clase de documentos, al ser unilaterales, sí servirán como prueba de que la persona realizó dichas manifestaciones, pero entiendo que la regla general debería ser la de consignar las voluntades anticipadas en una escritura pública. Considero relevante esta diferencia puesto que la actividad del notario es diferente si lo que está autorizando es una escritura o bien un acta, como también son diferentes los efectos de una u otra.

Rodríguez Adrados, y con él la mejor doctrina, entiende incluso que las declaraciones de voluntad no pueden ser contenido de las actas notariales por ser «manifestación del principio de respeto a las formas documentales superiores, como es la de la escritura pública, y para evitar confusionismos por la concurrencia de dos documentos que, pese a ser aparentemente muy semejantes, tienen un fondo y efectos muy distintos»⁶. Esta distinción es básica a lo largo del articulado del RN⁷.

Barral Viñals compara el consentimiento informado con el otorgamiento de voluntades anticipadas y critica el «mayor rigor formal» exigido para el segundo, entendiendo que debería bastar con la forma ológrafa⁸. En contra puede citarse a Parra Lucán, que alega la «incertidumbre en que se encontrarían los facultativos» y descarta también una posterior protocolización del documento ológrafa precisamente por las razones de urgencia médica⁹.

En aplicación de la doctrina que antecede, planteo la reforma del Derecho aragonés vigente en el sentido de que el artículo 3 del Decreto 100/2003¹⁰ haga

⁵ Cámara Álvarez, Manuel de la, «El notario latino y su función», en *Revista del Notariado*, abril-junio 1972, p. 128.

⁶ Rodríguez Adrados, Antonio, «Cuestiones de técnica notarial en materia de actas», en *Estudios jurídicos*, IV, Colegios Notariales de España, Madrid, 1988. P. 187.

⁷ Véanse arts. 1, 144, 145, 176, 198 *et al.* del Reglamento Notarial.

⁸ Barral Viñals, Inmaculada, «Testamento vital, disposiciones sobre el propio cuerpo e historia clínica», en *Estudios de Derecho de Sucesiones*, La Ley, Madrid, 2014.

⁹ Parra Lucán, op. cit., 2005. Pág. 81.

¹⁰ Artículo 3. Formalización. «El Documento de Voluntades Anticipadas se formalizará por escrito mediante uno de los siguientes procedimientos: a) Ante notario, mediante acta notarial. b) En documento privado, ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales, dos, como mínimo, no pueden tener relación de parentesco hasta segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante.»

referencia a la escritura pública o, al menos, elimine la referencia al acta notarial. Como argumentos para ello, cabe enumerar que esta norma se contradice con el RN y con la LN, que es una norma administrativa que impone requisitos civiles, que excede el rango reglamentario y que además desnaturaliza tanto la diferencia escritura-acta como la propia declaración de voluntad sobre instrucciones previas realizada por una persona. Entiendo que una redacción coherente con todo lo expuesto sería: «ante notario, mediante escritura pública».

B. NOMENCLATURA

A la hora de plantear una futura regulación sobre el documento de voluntades anticipadas en el Derecho Foral de Aragón, entiendo que deberá abordarse también la propia nomenclatura de dicho documento. A nivel estatal, el artículo 11 de la Ley 41/2002 se refiere a «documento de instrucciones previas». De modo similar, la normativa administrativa aragonesa y la de otras comunidades autónomas hacen referencia al documento de voluntades anticipadas. En consecuencia con lo expuesto *ut supra*, considero que en esta nomenclatura deberá hacerse constar el hecho de que es una escritura y no un acta, de manera que en este sentido debería rechazarse el concepto genérico de «documento» para una legislación civil, que debe ser mucho más concreta y cercana a la labor del notario (profesional específico de esa rama del Derecho).

La inclusión o no de la palabra testamento es controvertida para la doctrina. Serrano Secilla entiende que la razón que justifica esta denominación es el «acto dispositivo *mortis causa* realizado por el interesado que otorga esta clase de documentos sobre los órganos de su cuerpo y el destino que éstos tendrán después de su fallecimiento»¹¹. En contra se ha manifestado Nogales Sánchez, que entiende que «el testamento vital solo tiene de testamento el nombre»¹². Por su parte, la Real Academia Española se centra en los siguientes elementos para definir la palabra: una declaración en forma legal, referida a la última voluntad y relacionada con un momento posterior a la muerte de la persona. La Ley Orgánica 3/2021 habla de documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos. Por su parte, Parra Lucán defiende que «su contenido poco tiene que ver con nuestro concepto de testamento y la expresión no ha sido acogida por el legislador español»¹³.

¹¹ Serrano Secilla, Margarita M.ª, *Diferencia entre testamento y testamento vital*, Blog Mayores Abogacía. 18 de noviembre de 2019. URL <https://mayoresabogacia.com/tag/testamento-vital/>. Fecha de consulta 27 de agosto 2022.

¹² Nogales Sánchez, María, *Quiero hacer testamento y testamento vital*, Blog Notarios en Red. 28 de abril de 2014. URL <https://www.notariosenred.com/2014/04/testamento-vital/>. Fecha de consulta 30 de agosto 2022.

¹³ Parra Lucán, María-Ángeles, 2005, op. cit. Pág. 78.

Utilizando un criterio integrador de lo anterior, y teniendo en cuenta que desde el punto de vista de la legislación notarial un testamento es siempre una escritura pública, considero que la denominación correcta del acto jurídico en Aragón podría ser la de «testamento vital y voluntades anticipadas», si bien es lógico que el notario como redactor de la escritura tenga en cuenta la normativa administrativa de la comunidad autónoma donde radique el domicilio del testador a la hora de calificar el acto, pues el artículo 156.9 RN le exige calificar el acto o contrato con el «nombre conocido que en Derecho tenga». Otro posible punto de conexión a la hora de aplicar una normativa u otra podría ser el criterio competencial dado por el RN, de manera que la residencia del notario sea la que determine qué Derecho corresponde aplicar en cada caso (*autor regit actum*).

C. CAPACIDAD DE LA PERSONA

Otro de los objetivos jurídicos debe ser el análisis del juicio de capacidad que debe realizar el notario en esta clase de documentos. Si se tratase de una simple acta bastaría con la capacidad de manifestar las palabras reflejadas en el documento pero, dado que en mi opinión debe formalizarse siempre en escritura pública, el notario deberá asegurarse una vez más de la capacidad legal o civil¹⁴ y así afirmarlo bajo su responsabilidad (artículo 156.8 RN). En cuanto al concreto juicio de capacidad, me remito al juicio sobre la capacidad para testar en general¹⁵ agregando que, dada la trascendencia de las manifestaciones que realice una persona en esta clase de documentos, el juicio de capacidad deberá estar aún más reforzado. Si del documento objeto de estudio puede derivarse la consecuencia más trascendente que puede haber para una persona como es el acortar su vida, parece indudable que debe exigirse la máxima capacidad. En España el 53,06 % de personas que otorgaron esta clase de documento en el año 2019 eran mayores de 65 años¹⁶. Considero que si la enfermedad padecida por la persona ha llegado hasta el punto de llevarle a no poder expresar claramente su voluntad, el notario debe negar la autorización del documento a esta persona.

De manera acertada, notarios como Cánovas Sánchez defienden que el juicio de capacidad en esta clase de documentos debe venir acompañado también de manifestaciones del compareciente relativas a que otorga el documento hallándose con «plena y absoluta capacidad intelectual, en un estado anímico

¹⁴ Terminología del RN.

¹⁵ Parra Lucán, María-Ángeles, 2005, op. cit. Pág. 86. La autora concluye que, como el testamento está dirigido únicamente a ordenar las relaciones patrimoniales y algunas extrapatrimoniales, la capacidad para expresar las instrucciones previas es la capacidad para otorgar válido consentimiento informado. De este modo, es capaz para otorgar voluntades anticipadas quien sea capaz para entender el alcance del otorgamiento del consentimiento informado (capacidad natural o de hecho).

¹⁶ Estadística del Registro Nacional de Instrucciones Previas. Ministerio de Sanidad. Gobierno de España. URL <https://www.msbs.gob.es/ciudadanos/rnip/home.html>. Fecha de consulta 31 de agosto 2022.

de tranquilidad, no alterado ni afectado por circunstancias ni hechos que impidan una reflexión serena sobre su alcance y consecuencias; así como que las decisiones consignadas en el documento han sido adoptadas de manera completamente autónoma, libre y espontánea, de acuerdo con sus principios morales y su concepción de la vida, decisiones adoptadas tras un proceso de reflexión para el cual ha contado con información suficiente sobre los derechos y facultades que le corresponden en el ámbito de su autonomía personal, y sobre las consecuencias de su ejercicio»¹⁷.

2.3.1. La primera posibilidad que voy a estudiar es la de la otorgar estos documentos referidos a menores de catorce años, que debe partir de los límites del consentimiento informado y, en concreto, del consentimiento otorgado por representación. El artículo 9.3.c) de la Ley estatal 41/2002 se refiere al «menor de edad que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión». En una línea similar, el artículo 14.1.c) de la Ley aragonesa 6/2002 habla de «menores que no se encuentran preparados, ni intelectual ni emocionalmente, para poder comprender el alcance de la intervención sobre su salud». La norma aragonesa sí cita expresamente la edad de los doce años para dar su opinión «en todo caso»¹⁸.

González Carrasco considera que el consentimiento para un acto médico «no puede ser un acto de representación en sentido técnico y que la expresión del consentimiento informado es expresión del deber de cuidado y no es propiamente una sustitución de la voluntad del paciente». Se trata del apoyo y «sustitución en la expresión» de lo que hubiera sido la voluntad del paciente para el caso de haber estado en condiciones de poder declarar dicha voluntad¹⁹. La autora diferencia el caso de la ausencia de medidas formales de apoyo del caso de la existencia de medidas de apoyo formal.

A diferencia del consentimiento informado, el documento de voluntades anticipadas para menores de catorce años no está contemplado por el Derecho Sanitario ni estatal ni aragonés.²⁰ Entiendo que se enmarca dentro de la intromisión de

¹⁷ Cánovas Sánchez, Manuel-Fernando, notario de San Sebastián. *Formulario notarial de testamento vital*, San Sebastián, 2021.

¹⁸ El precepto sigue el criterio dispuesto por el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que garantiza el derecho del menor a ser oído y escuchado en el ámbito familiar y en cualquier procedimiento, teniendo debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. La LO considera, en todo caso, que el menor tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

¹⁹ González Carrasco, María del Carmen, «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 39. Editan Consejo General del Notariado y Colegio de Registradores, Madrid, 2021. PP. 213-247. doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.39.01>. Fecha de consulta 27 de agosto 2022.

²⁰ Artículo 11.1 de la Ley estatal 41/2002 ni artículo 15.1 de la Ley aragonesa 6/2002.

terceros en los derechos de la personalidad (artículo 20 CDFA en relación con el artículo 10 de la Constitución Española). El artículo 20 CDFA establece como criterios el hecho de que el menor tenga o no suficiente juicio por un lado y el hecho de que la intromisión²¹ se haga según su voluntad o contra su voluntad. De ello se coligen dos opciones: aplicación analógica del DFA o bien aplicación supletoria del Derecho Estatal.

a) Aplicación analógica del DFA. Esta opción entiende que en estos casos falta una regulación más específica en Derecho Civil, de modo que lo que procede es aplicar por analogía el artículo 20.2 CDFA (internar al menor en un establecimiento de salud mental), que exige siempre autorización judicial, la cual no puede ser suplida ni por la junta de parientes ni de común acuerdo por ambos titulares de la autoridad familiar. Siguiendo esta pauta, el documento se otorgaría por los representantes legales del menor en su nombre e interés y además con la autorización judicial previa (que habrá contado con el informe favorable del ministerio fiscal).

Sin embargo, esta posibilidad se encuentra con algunos obstáculos de índole competencial y de índole legislativa, ya que solo el Estado puede dictar leyes orgánicas y son éstas necesariamente las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, donde se enmarcan las decisiones que afectan a una persona en el ámbito de la salud. La STC 132/2010²² estableció la reserva de ley orgánica para el caso del internamiento forzoso en establecimiento de salud mental de quienes padezcan trastornos psíquicos, por afectar a al derecho a la libertad personal. Del mismo modo, la STC 141/2012²³ declaró que el internamiento involuntario por trastorno psiquiátrico supone vulneración del derecho a

²¹ Sancho Casajús, Carlos, explica que en Aragón los menores a partir de los catorce años están perfectamente capacitados para ejercitar los derechos de la personalidad, por sí mismos y por sí solos. Solo cuando los derechos de la personalidad de los menores son agredidos es necesaria la asistencia. En los *XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, Ponencia «Los derechos de la personalidad de los menores en Aragón», Sesión II.

²² Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 132/2010, de 2 de diciembre de 2010; en cuestión de inconstitucionalidad 4542-2001 planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de La Coruña en relación con los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil. Dice la STC que: «El internamiento del menor en un establecimiento de salud mental contemplado en el artículo 763 Lec no es sino una concreción del mandato constitucional establecido en el artículo 49 CE en orden al tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos.»

²³ Sentencia 141/2012, de 2 de julio de 2012, de la Sala 2.ª del TC, en recurso de amparo 5070-2009 en relación con los autos de la Audiencia Provincial y de un Juzgado de Primera Instancia de Granada, que recuerda que: «hay inconstitucionalidad, por ausencia del debido rango legal orgánico, de los concretos apartados de la norma en vigor que determinan la decisión del internamiento, instando de nuevo al legislador a que a la mayor brevedad posible proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica, sin que a día de hoy este requerimiento haya sido todavía atendido, por lo que procede reiterarlo.» Finalmente, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cumplió con este mandato del TC.

la libertad personal si no cumple con los presupuestos legales: resolución judicial, haber informado al interesado de sus derechos, motivación y reserva de ley orgánica. Además, el artículo 149.1.16.^a CE otorga la competencia exclusiva al Estado sobre las bases y coordinación general de la sanidad.

b) Aplicación supletoria del Derecho Estatal. Otra opción es considerar que, aunque no haya normas de Derecho Civil, sí que las hay de Derecho Administrativo/Sanitario, de manera que si los artículos 15 de la Ley 6/2002 y 11 de la Ley 10/2011 dicen que la persona debe tener capacidad legal suficiente y ser mayor de edad, menor emancipado o menor aragonés mayor de catorce años, rigen estas normas y deben aplicarse a la luz del CDFA. El hecho de que el contenido sustantivo de estas normas y su imbricación con el Derecho Civil haya sido criticado por algunos autores²⁴ no evita su aplicación puesto que es Derecho aplicable supletoriamente.

A las razones de esta segunda teoría habría que añadir que el testamento vital es un acto personalísimo (del mismo modo que el menor de 14 años no puede otorgar testamento patrimonial, no podrían otorgar testamento vital), aunque ciertamente el número de supuestos de estos menores que requieren un documento de instrucciones previas es reducido en la práctica (pues muchas de las enfermedades que exigen decidir sobre si alargar la vida o recibir cuidados paliativos se manifiestan, o al menos en su grado más severo, superados los 14 años). En consecuencia, del Derecho vigente actual parece deducirse que no hay cobertura legal para que los menores de 14 años puedan otorgar testamento vital en Aragón, ni por sí ni representados ni asistidos.

La doctrina notarial aragonesa (Gracia de Val²⁵, Merino Hernández) ha justificado el artículo 20 CFDA en el cumplimiento del deber de crianza y educación de los hijos que conlleva la autoridad familiar, pero vedan la actuación como representantes del menor porque no es posible la representación del menor en lo que atañe a sus derechos de la personalidad. El precepto parece desarrollar el ejercicio de tales derechos fijándose en su aspecto defensivo, es decir en los casos en que el ejercicio del derecho supone una defensa frente a ataques de otras personas.

2.3.2. Cuestión distinta es la del aragonés menor de edad mayor de catorce años que pretenda otorgar esta clase de documentos por sí solo, algo que tampoco parece zanjar el Derecho Civil vigente y que se enmarca dentro de la materia más amplia de la capacidad del menor maduro en sus relaciones con terceros.

Dice el artículo 9.4 de la Ley estatal 41/2022 que cuando se trata de emancipados o de menores mayores de dieciséis años no cabe prestar el consentimiento por

²⁴ Bayod López, op. cit., 2008.

²⁵ Gracia de Val, Carmen, ponencia «La capacidad del menor aragonés para el ejercicio de sus derechos de la personalidad», en los *XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Sesión II, Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.

representación, es decir que es el propio interesado quien debe tomar la decisión. No obstante, cuando se trata de una actuación de grave riesgo para la vida o salud (según el criterio del facultativo), el consentimiento sí puede prestarlo el representante legal del menor, teniendo en cuenta la opinión del mismo. Por su parte, el artículo 14.1.c) de la Ley aragonesa 6/2002 preceptúa que se da el consentimiento por sustitución en el caso de menores si éstos no se encuentran preparados, ni intelectual ni emocionalmente, para poder comprender el alcance de la intervención sobre su salud. En este caso, el consentimiento debe darlo el representante del menor, después de haber escuchado, en todo caso, su opinión si es mayor de doce años. En el caso de menores emancipados y adolescentes mayores de dieciséis años, el menor dará personalmente su consentimiento.

Paradójicamente, el Derecho Sanitario aragonés parece ignorar que el DFA contempla los catorce años como la edad que determina la condición de menor maduro, a diferencia del Derecho Civil Estatal, el cual establece los dieciséis años (consentir actos, emancipación, etc.). Parece que la Ley aragonesa 6/2002 prioriza el mantenimiento de los mismos requisitos que la Ley estatal por encima de la armonización con otras ramas del mismo Derecho Aragonés (DFA, catorce años). Puede realizarse también una interpretación armonizadora y entender que, cuando el Derecho Sanitario Aragonés habla de «representante del menor», se refiere solo a los menores de catorce años, ya que según el artículo 12.1 CDFA solo tienen representante los menores de catorce años.

Dicho DFA parte de la idea de que el menor no necesita asistencia en los casos que la Ley le permita realizar por sí solo (artículo 23.3 CDFA), pero en este supuesto ninguna norma en el Derecho administrativo aragonés ni tampoco en el CDFA le habilitan para poder otorgar el testamento vital y voluntades anticipadas por sí solo. El artículo 24.1 CDFA regula la intromisión de terceros en los derechos de la personalidad si es mayor de 14 años y vuelve a exigir la asistencia si su decisión entraña un grave riesgo para su vida o integridad física o psíquica, que es precisamente donde se enmarcan las voluntades anticipadas. En la misma línea parecen ir los artículos 15.1 de la Ley aragonesa 6/2002 y 11 Ley aragonesa 10/2011²⁶: el menor aragonés mayor de catorce años, con la asistencia prevista en el artículo 24 del CDFA, libremente puede manifestar las opciones e instrucciones, expresas y previas que, ante circunstancias clínicas que le impidan manifestar su voluntad, deberá respetar el personal sanitario responsable de su asistencia

²⁶ Artículo 11.3 de la Ley aragonesa 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte: «Las personas menores mayores de catorce años podrán prestar por sí mismas consentimiento informado y otorgar documento de voluntades anticipadas, con la asistencia, en los casos previstos en el artículo 21 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor. La imposibilidad de prestar la asistencia permitirá al menor solicitarla a la Junta de Parientes o al Juez. Las mismas normas se aplicarán para la revocación del consentimiento informado y para el rechazo de la intervención que les sea propuesta por profesionales sanitarios, en los términos previstos en el artículo 8 de esta Ley».

sanitaria; e incluso designar un representante. En definitiva, no cabe el documento otorgado por sí solo ni a la luz de las normas del Derecho Civil ni del Derecho Sanitario.

Siguiendo esta línea, López Azcona recuerda que en Aragón serán la junta de parientes o el juez quienes deban prestar la asistencia «cuando ninguno de los padres o el tutor quieran o puedan prestarla, resultando el consentimiento del menor mayor de catorce años en este caso insuficiente para legitimar la intromisión de terceros en sus derechos de la personalidad»²⁷.

Así las cosas, el menor mayor de 14 años deberá otorgar el documento con la asistencia de uno cualquiera de sus padres o del tutor, de acuerdo con las reglas generales en esta materia (artículos 23.1 y 24 CDFA). El notario hará constar que comparece el mayor de catorce años en su propio nombre y derecho (que es quien otorga el documento y que debe tener capacidad y juicio suficientes) y también quienes deben prestarle la asistencia debida en ese acto (si los padres se niegan, puede solicitar la asistencia a la junta de parientes o al juez). Esta es la línea que parece seguir también el actual modelo de documento administrativo de voluntades anticipadas del gobierno de Aragón²⁸.

Cuando realice este juicio, el notario debe atender a criterios como: la capacidad intelectual y emocional de comprender el alcance de la intervención médica (artículo 9 de la Ley estatal 41/2002), encontrarse preparado intelectual y emocionalmente para poder comprender el alcance de la intervención sobre su salud [artículo 14.1.c) de la Ley aragonesa 6/2002], y entender el alcance del documento y de sus consecuencias *ad futurum*.

Parra Lucán rebate la crítica doctrinal que permite el otorgamiento de voluntades anticipadas a quien simplemente puede prestar consentimiento porque parte de un error como es entender que el consentimiento informado del menor maduro no tiene límites. En opinión de la autora, esto no es así porque «un mayor de edad puede negarse a recibir un tratamiento sin el cual morirá, en cambio la voluntad del menor que se niega a recibir determinado tratamiento puede ser contrariada cuando ponga en peligro su vida»,²⁹ apoyándose en las ya citadas normas de Derecho Sanitario.

El notario que admita esta clase de otorgamientos debe velar, no obstante, por el cumplimiento del mandato contenido en los apartados 6 y 7 del artículo 9 de la Ley estatal 41/2002, ya que la decisión debe adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente y las decisiones que sean

²⁷ López Azcona, María-Aurora, «La peculiar situación jurídica del menor aragonés mayor de catorce años», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2; 2015, pp. 457-458.

²⁸ Publicado por: Gobierno de Aragón. URL <https://www.saludinforma.es/portalsi/web/salud/bioetica-salud/autonomia-paciente/voluntades-anticipadas>. Fecha de consulta 5 de junio 2022.

²⁹ Parra Lucán, María-Ángeles, 2005, op. cit. Pág. 85. Este argumento es citado por la autora a la vista de la Ley estatal, algo que considero acomodado al Derecho Aragonés.

contrarias a estos intereses deben ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, para que adopte la resolución correspondiente. Además, la prestación del consentimiento por representación debe ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal.

2.3.3. Debe tenerse en cuenta que la Ley 8/2021 no modificó la regulación existente sobre decisiones en el ámbito de la salud por parte de las personas con discapacidad psíquica, de modo que es necesario llevar a cabo la interpretación de las normas con arreglo al nuevo régimen de la discapacidad.³⁰ Además, abogo por una reforma de la Ley aragonesa 6/2002 a la luz del nuevo sistema.

D. ESTRUCTURA DEL DOCUMENTO

A la hora de redactar la escritura, ésta deberá contar con las partes de todo instrumento público: cabecera, comparecencia, intervención, apartado dispositivo, otorgamiento y autorización.

En la cabecera se incluirán los datos de fecha, lugar de otorgamiento y notario autorizante. A la hora de aplicar las reglas generales, cabe plantear la cuestión de si el notario puede incurrir en alguna de las causas de incompatibilidad del artículo 139 RN (no puede autorizar actos jurídicos que contengan disposiciones a su favor o de su cónyuge o parientes) en lo que se refiere al nombramiento de representante. Podría argumentarse que el mismo artículo exceptúa el caso de testamentos en los que a estas personas se les nombre albacea o contador-partidor o apoderado para pleitos, de modo que si el documento de voluntades anticipadas se incluye dentro de un concepto amplio de testamento, o incluso si el nombramiento de representante se considera una especie de apoderamiento, no habría incompatibilidad si el notario autoriza la escritura. Sin embargo, yo opino que el notario debe abstenerse en estos casos y solicitar la actuación de un sustituto, ya que se trata de documentos sensibles y que en muchas ocasiones se otorgan en momentos de especial dificultad o de enfermedad incipiente, de modo que el notario sí preste el servicio a su pariente (el documento se autoriza para su Protocolo, en su oficina, con sus empleados, bajo sus criterios arancelarios, ...) pero la autorización del documento corresponda al sustituto. Por supuesto, no detecto obstáculo alguno para que el notario autorice su propio testamento vital y voluntades anticipadas.

En cuanto a la comparecencia, además de aplicar las reglas generales, considero especialmente relevante que se haga comparecer también al representante designado (ninguna norma regula esta posibilidad). Esta persona comparece en unidad de acto con el interesado y debe, en mi opinión, aceptar expresamente

³⁰ Parra Lucán, María-Ángeles, «Las personas con discapacidad psíquica», en *Curso de Derecho Civil I (volumen II): Derecho de la Persona*, Madrid, 2021, pág. 158.

en su designación y manifestar no estar incurso en las incompatibilidades previstas por la ley (la Ley 6/2002 establece para Aragón en su artículo 15.2 que el representante debe ser mayor de edad y plenamente capaz). En la mayoría de los casos, en la práctica, el nombramiento del representante recae en un cónyuge por parte del otro, de modo que se plantea el problema de la divergencia de criterio entre ambos cónyuges y de que la persona que va a ser nombrada representante quizá prefiera el alargamiento de la vida de su cónyuge o la utilización de sedaciones y otros tratamientos médicos antes que cumplir su verdadera y declarada voluntad. Es por ello por lo que el artículo 15.2 de la Ley aragonesa 6/2002 dice que el documento de voluntades anticipadas debe «expresar la aceptación para ser el representante». Parra Lucán dice que «se entiende producida la aceptación por parte del representante con su simple comparecencia en el centro hospitalario, ejerciendo el contenido del nombramiento».³¹

Considero que esta norma de índole administrativa no tiene por qué vincular al notario a la hora de redactar el documento, si bien el testamento vital queda indudablemente reforzado desde punto de vista legal cuando cuenta con esta aceptación, que parece necesaria para la inscripción en el registro autonómico aragonés y, además, permite al matrimonio (o conjunto formado por otorgante y representante designado) decidir si se acepta o no el cargo. Desde el punto de vista de dicho otorgante, parece razonable permitirle nombrar a otro representante que sí esté dispuesto a aceptar esta condición y a cumplir las voluntades anticipadas del testador, antes que nombrar a un representante que ni comparece ni ha expresado su aceptación de ninguna manera.

Como regla general no es necesaria la comparecencia e intervención de testigos ni tiene por qué resultar conveniente. Sin embargo, el artículo 180 RN permite al notario autorizante en cualquier momento reclamar la intervención de testigos instrumentales que presencien el acto de la lectura, consentimiento, firma y autorización de la escritura pública. Esto puede resultar útil en ciertos casos concretos apreciados por el notario porque los testigos han presenciado el otorgamiento y podrán testimoniar lo que ha ocurrido en él. Se plantea aquí la antinomia existente entre el artículo 182 RN (inhabilidad para intervenir como testigo en una escritura) y el artículo 15.2.b) de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, que exige la firma del documento administrativo de voluntades anticipadas ante dos testigos mayores de edad y permite que uno de ellos sea pariente del otorgante³². Aunque este apartado no se refiere al documento notarial, en mi opinión hay cierta contradicción que se resuelve en favor del RN,

³¹ Parra Lucán, María-Ángeles, 2005, op. cit. Pág. 83.

³² Este precepto fue reformado por la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, por la que se modifica la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, en lo relativo a voluntades anticipadas; si bien queda pendiente la reforma del artículo 3.b) del Decreto 100/2003, de 6 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y el funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas; que todavía habla, *contra legem*, de tres testigos.

teniendo en cuenta la distinta naturaleza jurídica existente entre el documento notarial y el documento administrativo. Además, considero que a las causas de inhabilidad del artículo 182 RN debería añadirse, en una posible regulación aragonesa de los aspectos civiles del testamento vital y voluntades anticipadas, la causa de inhabilidad consistente en no tener interés directo en la sucesión del otorgante, ya que se trata de un documento cuyo contenido puede llegar a determinar un fallecimiento más temprano o más tardío de la persona.

En cuanto a los sujetos y su comparecencia en la escritura, se contempla también la posibilidad de designar sustitutos del representante para el caso de que éste fallezca antes que el otorgante o renuncie al cargo o no vaya a desempeñarlo. No parece que deba limitarse la posibilidad de nombrar tantos sustitutos como quiera el interesado³³, aunque en este caso resultaría poco eficaz su aceptación en los mismos términos que el representante. No obstante, es razonable entender que, aunque no se nombre representante (ni sustitutos), sean las personas mencionadas en el artículo 9.3 de la Ley aragonesa 6/2002 (familiares o personas allegadas que se responsabilicen del paciente) las que ejecuten las instrucciones previas establecidas por el otorgante, ya que el documento sigue siendo igualmente válido y eficaz.

El contenido del apartado dispositivo depende de la declaración de voluntad hecha por el otorgante y se ajustará a la normativa médica y administrativa.³⁴

Téngase en cuenta que todas las comunidades autónomas han aprobado diferentes modelos de documento de instrucciones previas con un contenido predispuesto en los que el interesado debe seleccionar algunas opciones o completarlas o simplemente adherirse a ellas. Así, en el documento de otorgamiento de voluntades previas de Cantabria ante empleado público³⁵ (a título ejemplificativo y como muchos de los otros modelos) empieza enumerando las diferentes situaciones médicas que pueden llevar a una persona a no poder tomar decisiones sobre su cuidado como consecuencia del deterioro físico o mental, para posteriormente fijar un apartado con la finalidad de que el interesado rellene los valores vitales a tener en cuenta y que apoyan sus decisiones. Incluye también manifestaciones ya prefijadas por el modelo y termina preguntando al interesado

³³ Los modelos de documento de voluntades anticipadas ante funcionario de Aragón y de Andalucía contemplan la posibilidad de designar un representante sustituto. Incluso, en el modelo de Castilla y León se incluye la posibilidad de designación de dos sustitutos.

³⁴ Hay algunos aspectos que inciden directamente en este apartado. El primero de ellos es hacer constar que se está produciendo una declaración de voluntad en escritura pública, con todo lo que ello conlleva. A continuación, se harán constar las instrucciones previas las cuales se pueden estructurarse en tres partes: criterios de vida seguidos por el otorgante que le llevan a firmar el documento, supuestos de aplicación de las instrucciones previas (las diferentes enfermedades) y, finalmente, la declaración de voluntad (básicamente, las medidas de soporte vital que quiere que se le apliquen).

³⁵ <https://rvp.cantabria.es/rvp/documentos>

sobre si desea que se adopten determinadas actuaciones sanitarias ante situaciones terminales o irreversibles (respiración artificial, transfusiones de sangre, sedación, donación de órganos, prestación de ayuda para morir, ...).

Otras comunidades como Cataluña³⁶ o La Rioja³⁷ cuentan con un modelo orientativo de documento de voluntades anticipadas en el que el interesado simplemente rellena alguna de las casillas, que pueden completarse siempre con otras instrucciones adicionales o aspectos que deban tenerse en cuenta. Esta estructura es muy diferente a la de comunidades autónomas como País Vasco³⁸, que cuenta con un modelo prefijado titulado. «Piense, reflexione, ...» Éste consiste en un conjunto de preguntas sobre los valores y preferencias de la persona que se contestan en unas pocas líneas. Es similar al de Asturias³⁹, uno de los modelos más cortos y en el que el interesado simplemente debe marcar las casillas en relación con los cuidados y tratamientos por un lado y en relación con sus instrucciones por otro lado.

Todos los modelos están adaptados ya a la nueva normativa sobre la eutanasia y la mayoría de ellos desarrollan de una manera más o menos completa las instrucciones sobre el destino del cuerpo, como es el caso de Galicia⁴⁰, que diferencia las instrucciones sobre donar tejidos para la investigación, donación de órganos para trasplantar a otras personas que los necesiten, aplicación de técnicas de soporte a los órganos dirigidas a mantener el funcionamiento de los mismos únicamente las horas necesarias para proceder a su extracción, ... El modelo de la Comunidad de Madrid⁴¹ utiliza incluso la controvertida terminología «deseos y preferencias», que posteriormente asumiría como propia de la Ley 8/2021 en relación con las personas con discapacidad.

En el caso de la comunidad autónoma de Aragón, el Departamento de Sanidad del Gobierno de Aragón cuenta con un apartado propio en su página web de Salud Informa, un correo electrónico de atención en el Registro de Voluntades Anticipadas de Aragón y también la posibilidad de solicitar cita previa a través de la aplicación para el teléfono móvil para el otorgamiento del documento ante funcionario. El modelo de documento de voluntades anticipadas ante funcionario

³⁶ <https://web.gencat.cat/es/tramits/tramits-temes/Inscripcio-al-Registre-de-voluntats-anticipades>. Fecha de consulta 27 de agosto 2022.

³⁷ <https://www.larioja.org/oficina-electronica/es?web=&proc=15047#tab2>. Fecha de consulta 27 de agosto 2022.

³⁸ <https://www.euskadi.eus/informacion/voluntades-anticipadas-va/web01-a2inform/es/>. Fecha de consulta 27 de agosto 2022.

³⁹ <https://www.astursalud.es/noticias/-/noticias/instrucciones-previas-testamento-vita-1>. Fecha de consulta 27 de agosto 2022.

⁴⁰ <https://www.sergas.es/Asistencia-sanitaria/Instruci%C3%B3ns-previas-Informaci%C3%B3n-para-o-cidad%C3%A1n?idioma=es>. Fecha de consulta 27 de agosto 2022.

⁴¹ <https://www.comunidad.madrid/servicios/salud/instrucciones-previas>. Fecha de consulta 27 de agosto 2022.

en Aragón⁴² empieza con la identificación del interesado, enumera los criterios que responden al esquema de valores de la persona (ya prefijados y que no pueden modificarse aunque sí añadir otros criterios), continúa con la voluntad sobre la atención sanitaria a recibir (enumerando las situaciones clínicas al igual que otros modelos autonómicos y permitiendo añadir unas nuevas) y termina con la declaración de voluntad de la persona que también tiene un contenido prefijado y que no se puede modificar. Las últimas reformas del modelo han añadido la donación de órganos y tejidos, la prestación de ayuda para morir y el aplazamiento de la aplicación del documento para el caso de que la mujer esté embarazada.

El notario no está vinculado por ninguno de estos modelos aprobados por la administración sanitaria. Esto no obsta para considerarlos especialmente útiles a la hora de redactar la escritura pública de testamento vital y voluntades anticipadas, pues son modelos desarrollados por los comités de bioética de las diferentes comunidades y que utilizan una terminología médica adecuada. Por lo tanto, teniendo en cuenta que el notario es el redactor de la escritura⁴³, entiendo que puede partirse del apartado dispositivo del modelo aprobado por la comunidad autónoma que corresponda a la residencia del notario autorizante del documento, pero siempre con la posibilidad de que el interesado elimine algunas de las cláusulas predispuestas (varios modelos de documentos de voluntades anticipadas de las comunidades autónomas ante funcionario no permiten amputar cláusulas) y que añada cualquier otra consideración que el interesado estime oportuna acerca de sus valores, situaciones clínicas que puedan darse y demás circunstancias en relación con la expresión de sus voluntades anticipadas.

Considero importante destacar también en relación con el apartado dispositivo que se ha generalizado en la práctica notarial⁴⁴ (y no solo en las escrituras de voluntades anticipadas) una cláusula relativa a la exoneración de responsabilidad de los profesionales sanitarios intervinientes o incluso del propio notario. El artículo 11.3 de la Ley estatal 41/2002 impone al médico el deber de no aplicar las instrucciones previas cuando éstas sean contrarias a la *lex artis*. Además, el artículo 6.2 CC dice que la renuncia a los derechos reconocidos en la Ley no es válida cuando es contraria al orden público, del mismo modo que no cabe una renuncia anticipada a exigir responsabilidad civil o penal en caso de dolo⁴⁵. Aunque esta clase de apartados se consignan en el instrumento público, no vinculan

⁴² <https://www.aragon.es/-/documentos-de-voluntades-anticipadas#anchor4>. Fecha de consulta 27 de agosto 2022.

⁴³ Artículos 17 LN y 147 RN.

⁴⁴ Según los formularios que amablemente me han permitido consultar mis compañeros notarios, muchos de ellos inspirados a su vez en los modelos oficiales de Documento de Voluntades Anticipadas circulados por las administraciones sanitarias de las diferentes comunidades autónomas.

⁴⁵ Véase artículo 1.102 CC.

a tribunales ni profesionales, de modo que entiendo que, si la buena *praxis* médica ya supone cumplir con las voluntades anticipadas correctamente expresadas, esta clase de cláusulas nada aportan al documento. No obstante, y como la exoneración de responsabilidad civil si no es dolosa sí es posible, podría plantearse si las cláusulas de exoneración serían válidas cuando, por su especialización en Derecho, no fuese exigible al notario un conocimiento sobre las consecuencias para la vida de la persona, pues el conocimiento de la *lex artis* médica no es igual para un médico que para un notario.

Por otro lado, la declaración de voluntad en estos casos afecta al derecho humano más básico que existe que es la vida y a otros derechos fundamentales como los de integridad física y moral o salud. Ejecutar las medidas previstas en esta clase de documentos acortará necesariamente la expectativa de vida de la persona y ello debe tenerse en cuenta en todo el proceso de elaboración y autorización del documento y de conformidad con la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, que en su artículo 4 califica la solicitud de prestación de ayuda para morir como una «decisión autónoma, entendiéndose por tal aquella que está fundamentada en el conocimiento sobre el proceso médico, después de haber sido informado adecuadamente por el equipo sanitario responsable». Esta ley orgánica fue promulgada ya teniendo en cuenta la existencia en el ordenamiento jurídico español del documento de voluntades anticipadas reconocido legalmente desde hace años.

Domínguez Luelmo analiza las voluntades anticipadas y la prestación de ayuda para morir a la luz de la Ley Orgánica 3/2021 en relación con cuestiones como la incapacidad de hecho, los requisitos de capacidad para otorgar el documento o el nombramiento de representante⁴⁶, ya estudiados con carácter general *ut supra*. Entre otras ideas, el autor se detiene en el valor e interpretación de los documentos de instrucciones previas otorgados antes de la despenalización de la eutanasia⁴⁷ o qué ocurre cuando la situación prevista en el testamento vital no coincide exactamente con la que se produce en la realidad, puesto que permanecen dudas como qué ocurre cuando la imposibilidad de revocación expresa se debe precisamente a la incapacidad posterior del paciente⁴⁸.

La indudable incidencia de la Ley Orgánica 3/2021 en la redacción del documento notarial se observa en sus artículos 5 y 6. Entre los requisitos para recibir la prestación de ayuda para morir se encuentran el haber dispuesto por escrito de la información que exista sobre el proceso médico, el haber formulado dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito y el prestar consentimiento informado

⁴⁶ Domínguez Luelmo, Andrés, «Voluntades anticipadas y prestación de ayuda para morir», en C. Tomás-Valiente Lanuza (coord.), *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

⁴⁷ Domínguez Luelmo, 2021, op. cit. P. 150.

⁴⁸ Domínguez Luelmo, 2021, op. cit. PP. 148-149.

previamente. Sin embargo, estos requisitos no son de aplicación en aquellos casos en los que el paciente haya suscrito con anterioridad un testamento vital, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento. El artículo 6 (requisitos de la solicitud de prestación de ayuda para morir) añade que el documento esté legalmente reconocido, de lo que se deduce que es exigible copia autorizada o certificación original de la inscripción en el Registro, no siendo admisible la copia simple.

Estos preceptos se refieren directamente a «lo dispuesto en el documento», por lo que del contenido y redacción del testamento vital dependerá de si en el mismo está contenida o no la eutanasia. Habrá que interpretar las cláusulas empleadas y analizar si de las mismas se deduce que el paciente autorizó y dispuso expresamente la administración directa al mismo de una sustancia por parte del profesional sanitario competente, o bien la prescripción o suministro al paciente de dicha sustancia, de manera que ésta se la pueda auto-administrar (por sí o por medio del representante designado), en todos los casos con la finalidad de causar su propia muerte.

Hay que tener en cuenta que se ha generado una antinomia entre el artículo 9.3 de la Ley aragonesa 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte y el artículo 5.2 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia; ya que el primero dice que el representante designado «siempre» actúa buscando el respeto a los valores vitales de su representado y «en todo caso» vela para que se cumplan sus instrucciones; mientras que la segunda establece una serie de requisitos adicionales que debe cumplir el representante (nacionalidad española o residencia legal en España del representado, mayoría de edad del representado, capacidad y consciencia del representado en el momento de la solicitud y sufrimiento de una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante) y no basta solo con que haya suscrito con anterioridad un documento de voluntades anticipadas. La antinomia se resuelve, con todos los matices expuestos, a favor del Derecho Estatal (ley orgánica).

En otro orden de cosas, la posibilidad de donación total o parcial de los órganos o tejidos es recogida también como contenido por la normativa administrativa, si bien entiendo que no debe ser contenido mínimo. El notario advertirá al otorgante de si pretende incluir una cláusula acerca de su voluntad de realizar o no esta donación, cláusula que en el momento en el que deba ser aplicada evitará dudas o dilemas a quienes tengan que decidir, que lo tendrán más fácil si esta circunstancia estaba ya prevista en el testamento vital. Parra Lucán advierte de que «la voluntad dispositiva del sujeto respecto al destino de su cadáver vincula a sus familiares y éstos pueden oponerse a cualquier manipulación del cadáver que no fuera permitida por el sujeto en vida»⁴⁹.

⁴⁹ Parra Lucán, María-Ángeles, 2005, op. cit. Pág. 92.

Un problema frecuente detectado en la práctica notarial es que el otorgante pretenda incluir la cláusula de donación del cuerpo a la ciencia basándose en creencias erróneas. Esta donación debe ser aceptada por el instituto científico o facultad de medicina correspondiente, de modo que no basta con la mera declaración unilateral del otorgante, sino que deberá producirse la aceptación en el momento del fallecimiento. Muchas personas en esta situación piensan desafortunadamente que la donación del cuerpo a la ciencia contenida en esta clase de documentos evita el pago de gastos funerarios, permite eludir seguros de decesos o similares y puede ahorrar gastos derivados del fallecimiento. Son creencias erróneas que el notario debe advertir para evitar consecuencias no deseadas (como la pérdida de primas ya pagadas u otros problemas). En el caso de personas que sigan interesadas en dicha donación a la ciencia, también se plantea la posibilidad de hacer constar la facultad de medicina concreta a la que se va a donar, debidamente identificada. Habrá que estar en todo caso a la voluntad válidamente expresada por la persona, teniendo en cuenta el papel del notario como asesor durante la referida declaración de voluntad.

Una de las circunstancias de contenido controvertidas y que no regulan todas las comunidades autónomas cuya legislación he podido estudiar (tampoco la aragonesa) es la de las mujeres en situación de un posible y posterior embarazo. La mujer otorgante puede expresar su voluntad de que se demore la eficacia del testamento vital hasta después de producirse el alumbramiento, si llegado el momento de su aplicación estuviera embarazada⁵⁰. Parece posible incluir una cláusula de este tipo en un documento de voluntades anticipadas autorizado en Aragón si bien entiendo que será la *praxis* médica la que se imponga en estos difíciles casos.

Por último, quiero concluir lo que se refiere al apartado dispositivo con la distinción entre verdaderas voluntades anticipadas y simples deseos. Que una persona quiera ser incinerada o inhumada, o que quiera recibir asistencia religiosa, fallecer en casa o en el hospital, ser enterrado en un determinado lugar, ... son simples ruegos que se pueden recoger tanto en un testamento abierto como en un documento de voluntades anticipadas, pero cuyo cumplimiento (forzoso, en su caso) puede llegar a ser muy complicado en la práctica. También parece difícil de clasificar una cláusula que prohíba la administración de ciertas vacunas.⁵¹

⁵⁰ Artículo 7.3 de la Ley 9/2005 de La Rioja, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad.

⁵¹ En relación con la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, dice el *Dictamen de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2021* que: «En tanto que la Ley no establece la obligación de vacunarse, no cabe invocar razones genéricas de salud pública o específicamente basadas en la especial vulnerabilidad de determinados grupos de personas para justificar la administración forzosa de la vacuna. (...) El legislador somete la administración de la vacuna a un régimen de libre consentimiento. (...) En caso de que el consentimiento tenga que otorgarlo un representante legal, habrá que atender siempre al mayor beneficio para la vida o la salud del paciente.» A la luz de estas reflexiones, una cláusula que pida la no administración de esta vacuna sería conforme a Derecho.

En los testamentos existe un plazo de quince días hasta poder solicitar la certificación del Registro General de Actos de Última Voluntad, a lo que hay que añadir la obtención de copia, de modo que siempre se recibirá el testamento en un momento posterior a la incineración de la persona y demás vicisitudes. La solución puede ser la de dar al interesado una copia simple y que éste la ponga en conocimiento de quienes deban cumplir con sus voluntades, pero considero que esta clase de deseos no deben ser tratados como verdaderas voluntades anticipadas (con la consecuencia de que su carácter obligatorio se limitará al de una mera vinculación moral). Incluso se podría plantear la inclusión en este apartado de las cláusulas relativas a donar el cuerpo a la ciencia explicadas *ut supra*.

El apartado dispositivo incluirá también la aceptación del representante y/o de los sustitutos⁵² y la revocación de todo documento anterior relativo a las voluntades anticipadas.

La escritura concluye con el otorgamiento, que deberá incluir las reservas y advertencias legales hechas por el notario. A tenor del artículo 15.2 de la ley 6/2002, la advertencia consistirá en hacer saber al otorgante que es recomendable la inscripción en el Registro de Voluntades Anticipadas a efectos de garantizar el acceso al documento o por parte en del equipo sanitario que preste la atención de salud en cualquier parte del territorio nacional y la posterior incorporación de la información de la existencia del documento de voluntades anticipadas en la historia clínica del paciente. También se advierte al otorgante de la facultad revocatoria del documento.

En las escrituras, la cláusula de protección de datos se incluye normalmente en el apartado relativo a la autorización del documento. En el caso del testamento vital, esta protección de datos deberá además autorizar la cesión de los datos al personal sanitario específicamente, pues se trata de una materia especialmente personal y conformadora del derecho a la intimidad del ciudadano.

E. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS DEL GOBIERNO DE ARAGÓN

El Registro de Voluntades Anticipadas del Gobierno de Aragón es un registro de naturaleza administrativa que depende de la Dirección General de Transformación Digital, Innovación y Derechos de los Usuarios (o Dirección General de Derechos y Garantías de los Usuarios), adscrita al Departamento de Sanidad. Su llevanza corresponde a funcionarios del Gobierno de Aragón, principalmente administradores superiores de la comunidad autónoma y médicos. Se regula por el ya citado Decreto 100/2003, de 6 de mayo.

⁵² El modelo de documento de voluntades anticipadas ante funcionario de Andalucía contempla expresamente la posibilidad de que el representante sustituto acepte de un modo expreso y escrito su designación.

La eficacia frente a terceros que garantiza la toma en razón en este registro se concreta principalmente en el hecho de que pueda accederse al documento por parte del equipo sanitario en el momento concreto en que sea necesario interpretar y aplicar las voluntades anticipadas correcta y expresamente declaradas.

Actualmente no existe en Aragón un sistema adecuado que permita interconectar las notarías con este registro de voluntades anticipadas, si bien considero que su implementación debería ser relativamente sencilla y tomar como modelo otros sistemas ya existentes.

Planteo la posibilidad de que a través del SIGNO se habilite un trámite que permita enviar la copia autorizada del documento telemáticamente de modo directo desde la notaría al registro de que se trate, que emitirá un justificante el cual el notario podrá incorporar por diligencia a la escritura matriz y posteriormente sacar la copia. De este modo se consigue que quede constancia de la toma en razón en el registro tanto en el Protocolo a cargo del notario como en las copias que posteriormente circularán. Además de resultar beneficioso para el interesado, considero que también lo es para la administración, que podría incorporar al registro directamente el archivo electrónico remitido por la notaría y de este modo notificarlo tanto al interesado (como ya se hace actualmente en Aragón⁵³) como al sistema sanitario aragonés y al Registro Nacional de Instrucciones Previas (incluso podría plantearse la comunicación también directamente de la notaría al Registro Nacional de Instrucciones Previas).

El Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro Nacional de Instrucciones Previas, creó dicho Registro, adscrito al Ministerio de Sanidad. Su fichero automatizado fue regulado mediante la Orden Ministerial SCO/2823/2007, de 14 de septiembre. Como consecuencia de la cesión de competencias en materia de Sanidad a las comunidades autónomas, este Registro garantiza que las instrucciones previas (terminología que prefiere, en lugar de voluntades anticipadas) son conocidas por los diecisiete sistemas sanitarios públicos con los que cuenta España. La inscripción en el registro aragonés ya supone por sí misma la inscripción en dicho registro, y no cabe inscribir en el autonómico pero no en el nacional, ni viceversa.

Del mismo modo que definiendo para el caso de las parejas estables no casadas, el testamento vital deberá ser inscribible por sí mismo, sin necesidad de documentos complementarios. Así, no tendría sentido exigir testigos cuando el notario ya ha dado fe de las declaraciones efectuadas, ni exigir documentos identificativos o sus compulsas cuando ya consta en la escritura que los mismos han sido exhibidos al notario en el momento de la autorización. Tampoco parece necesaria la comparecencia personal del interesado en el Registro, puesto que aquél ya

⁵³ Entrevista con Toledo Pallar, Francisco-Javier, encargado del Registro de Voluntades Anticipadas del Gobierno de Aragón. Zaragoza, 24 de marzo de 2021. Agradezco a Javier su dedicación a este tema y el tiempo que me ofreció.

ha declarado su voluntad en forma legal. En consecuencia, si la escritura cumple con los requisitos observados, deberá ser tomada en razón en el Registro.

Por último, hay que tener en cuenta que la trascendencia que otorga la publicidad registral y sus importantes efectos no deben mitigar el valor sustantivo de la escritura pública. Aunque ésta no haya sido registrada, bien sea por defectos o por desistimiento o falta de conocimiento de la existencia del Registro, el documento tiene un valor y deberá tenerse en cuenta tanto si se registra en un momento muy posterior a su otorgamiento (caso para el que no se aprecian obstáculos) como si nunca se registra pero de otro modo llega al conocimiento del equipo sanitario, que deberá velar por el cumplimiento de dichas voluntades aunque no hayan sido registradas. En definitiva y como dice Oliván del Cacho, «son las personas cercanas al paciente o el propio paciente quienes deben preocuparse de que su voluntad expresada anticipadamente pueda ser conocida por los médicos que en cada caso puedan atenderle»⁵⁴.

III. CONCLUSIÓN

Defiendo que el CDFA podría contemplar algunos de los aspectos civiles del testamento vital y voluntades anticipadas, tales como su nomenclatura, su naturaleza jurídica, las cuestiones de capacidad (juicio de capacidad o caso del menor mayor de 14 años), estructura del documento, circunstancias y aceptación del representante designado o incluso cuestiones de contenido.

Así, he sostenido la coexistencia del documento notarial con la posibilidad del otorgamiento ante funcionario de la DGA, planteando ventajas e inconvenientes en uno y otro caso y considerando que en ambos se cumple con la finalidad última del documento. A la hora de referirse al mismo, la nomenclatura «testamento vital y voluntades anticipadas» es la que a mi juicio parece adaptarse más al «nombre conocido que en Derecho tenga» que exige el RN a la hora de calificar el negocio jurídico concreto.

He abordado también las cuestiones sobre capacidad de la persona, vedando el documento a menores de 14 años, pero admitiéndolo para los aragoneses mayores de 14 años con asistencia de sus padres o de la junta de parientes o del juez, siempre que tengan además capacidad natural (capacidad de hecho apreciada por el notario del mismo modo que para testar o para otorgar consentimiento informado).

La labor notarial a la hora de estructurar el documento me parece esencial, cuidando desde la propia competencia del notario hasta la aceptación por el

⁵⁴ Oliván del Cacho, Javier, coponente en «Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)», en *XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005.

representante o el contenido dispositivo del documento, ya que existen modelos de Derecho Sanitario aprobados por las comunidades autónomas que pueden y deben tenerse en cuenta por el fedatario a la hora de redactar las concretas voluntades anticipadas.

Finalmente, hago un alegato para una mayor coordinación entre los órganos corporativos del notariado aragonés y la DGA, la cual permita por ejemplo el envío telemático de los documentos el mismo día de su autorización desde la notaría hasta el Registro de Voluntades Anticipadas de Aragón, algo que es posible ya desde hace años con otros registros públicos.

Armonizando Derecho Sanitario y Derecho Civil, el legislador aragonés podría adelantarse en este sentido no solo a otras comunidades autónomas sino al mismo Derecho Estatal, que carece de regulación sobre las materias expuestas y parece desconocer el auge que esta clase de documentos tiene hoy en día, auge principalmente auspiciado por la demografía actual y los avances de la ciencia.

IV. BIBLIOGRAFÍA

A. MONOGRAFÍAS

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Voluntades anticipadas y prestación de ayuda para morir», en C. Tomás-Valiente Lanuza (coord.), *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

GONZÁLEZ CARRASCO, María del 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*, n.º 39, 2021.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, «Cuestiones de técnica notarial en materia de actas», en *Estudios jurídicos, IV*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1988.

B. ARTÍCULOS DE REVISTA

BARRAL VIÑALS, Inmaculada, «Testamento vital, disposiciones sobre el propio cuerpo e historia clínica», en *Estudios de Derecho de Sucesiones*, La Ley, Madrid, 2014.

CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la, «El notario latino y su función», *Revista del Notariado*, abril-junio 1972.

LÓPEZ AZCONA, María-Aurora, «La peculiar situación jurídica del menor aragonés mayor de catorce años», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, 2015.

C. CAPÍTULOS DE OBRAS COLECTIVAS

BAYOD LÓPEZ, Carmen, «Derechos de la personalidad de los menores en Aragón: referencia al aborto de las menores de edad aragonesas y algunas cuestiones de competencia en materia de capacidad para consentir actos médicos», en *XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.

GRACIA DE VAL, Carmen, «La capacidad del menor aragonés para el ejercicio de sus derechos de la personalidad», en *XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Sesión II, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.

OLIVÁN DEL CACHO, Javier, «Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)», en *XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005.

PARRA LUCÁN, María-Ángeles, «Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)», en *XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005.

—, «Las personas con discapacidad psíquica», *Curso de Derecho Civil I (volumen II): Derecho de la Persona*, Madrid, 2021.

SANCHO CASAJÚS, Carlos, «Los derechos de la personalidad de los menores en Aragón», en *XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.

D. REVISTAS ELECTRÓNICAS

NOGALES SÁNCHEZ, María, *Quiero hacer testamento y testamento vital*, Blog Notarios en Red. 28 de abril de 2014. URL <https://www.notariosenred.com/2014/04/testamento-vital/>

SERRANO SECILLA, Margarita M.^a, *Diferencia entre testamento y testamento vital*, Blog Mayores Abogacía. 18 de noviembre de 2019. URL <https://mayoresabogacia.com/tag/testamento-vital/>

E. FORMULARIOS NOTARIALES

CÁNOVAS SÁNCHEZ, Manuel-Fernando, *Formulario notarial de testamento vital*, San Sebastián, 2021.

EL TESTAMENTO DIGITAL

THE DIGITAL WILL

GERARDO AGUAS VALERO

*Graduado en Derecho**

Universidad de Zaragoza

RESUMEN

Si Jorge Gracia —oriundo de Calamocha— hubiera fallecido hace treinta años, las tradicionales instituciones —contempladas en el artículo 317 del Código del Derecho Foral de Aragón— hubieran determinado finalmente el destino de sus bienes de forma pacífica. Tres décadas después asistimos a una verdadera metamorfosis en la materia y es que los clásicos bienes —con unos caracteres eminentemente patrimoniales— coexisten en la actualidad con otros relacionados con los entornos digitales y este extremo —sumado a ciertas imprecisiones en el lenguaje utilizado por el legislador nacional y que posteriormente expon-dremos— determina que debemos analizar si están preparadas nuestras institu-ciones para resolver la sucesión de los ciudadanos en estos concretos asuntos. Este breve artículo pretende, por tanto, confirmar la idoneidad y vigencia del régimen normativo que regula el destino de los bienes del causante o si, por el contrario, resulta necesario realizar en el mismo algún ajuste de mayor o menor calado.

Palabras clave: bienes patrimoniales, Código del Derecho Foral de Aragón, entornos digitales, instituciones, sucesión.

* En la actualidad es doctorando en el Programa de Derecho privado y está desarrollando una tesis doctoral bajo la dirección de la doctora Carmen Bayod. Este estudio procede del TFM en Gestión Administrativa y obtuvo la calificación de Sobresaliente.

ABSTRACT

If Jorge Gracia – a native of Calamocha – had died thirty years ago, the traditional institutions – contemplated in article 317 of the *Código del Derecho Foral de Aragón* – would have finally determined the destination of his assets peacefully.

Three decades later we are witnessing a true metamorphosis in the matter and that is that the classic assets – with eminently patrimonial characteristics – currently coexist with others related to the personality of the deceased and this extreme – added to certain inaccuracies in the language used by the national legislator and that we will expose later – determines that we must analyze if our institutions are prepared to resolve the succession of citizens.

This short article aims, therefore, to confirm the suitability and validity of the normative regime that regulates the destination of the assets of the deceased or, on the contrary, it is necessary to make some adjustment of greater or lesser depth in it.

Key words: patrimonial assets, Código del Derecho Foral de Aragón, digital environments, institutions, succession.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONTENIDO DE LAS VOLUNTADES DIGITALES. III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS VOLUNTADES DIGITALES. 3.1 LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE. 3.2 LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES. 3.3 LA LEY CATALANA 10/2017, DE 27 DE JUNIO. IV. LA ORDENACIÓN VOLUNTARIA DE LA SUCESIÓN. 4.1 EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL. 4.2 EL RÉGIMEN ARAGONÉS EN MATERIA DE SUCESIÓN VOLUNTARIA. V. LA PERSONA ENCARGADA DE LA GESTIÓN DE LA HERENCIA DIGITAL. VI. EL TESTAMENTO DIGITAL. 6.1 CONCEPTO. 6.2 EL TESTAMENTO NOTARIAL DIGITAL. 6.3 LA IMPLANTACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN MATERIA DE SUCESIONES. VII. LA PUBLICIDAD DE LAS VOLUNTADES DIGITALES. 7.1 LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LAS VOLUNTADES DIGITALES. 7.2 EL REGISTRO CATALÁN DE VOLUNTADES DIGITALES. VIII. CONCLUSIONES. IX. BIBLIOGRAFÍA.

(...) «*Que esto de heredar algo borra o templea en el heredero la memoria de la pena que es razón que deje el muerto*» Miguel de Cervantes.

I. INTRODUCCIÓN

Quizá la lectura de la noticia del reciente fallecimiento de Mircea Popescu pudo suponer la génesis de este trabajo. El multimillonario rumano se encontraba nadando en una playa de Costa Rica cuando, desgraciadamente, una ola lo arrastró, falleciendo finalmente ahogado¹.

El desafortunado accidente hubiera podido pasar más o menos desapercibido, pero debemos añadir dos datos relevantes: el Sr. Popescu poseía una de las mayores fortunas en bitcoins del mundo —estimada en unos 2.000 millones de dólares— y, con su muerte, se han perdido las claves de acceso a su ingente fortuna.

Este problema no es ni mucho menos un hecho aislado; en el año 2018 tuvo que ser finalmente el Tribunal Federal Supremo alemán el que reconociera a los padres de una adolescente —fallecida seis años antes— el acceso a sus cuentas personales y de ese modo poder esclarecer de algún modo las causas de su deceso².

Tal y como recogía el prefacio, si bien nuestra normativa ha venido regulando de forma satisfactoria el destino de los bienes y derechos de la persona —una vez fallecida— la irrupción de los entornos digitales supone un verdadero reto para el legislador; cada vez son más los ciudadanos que poseen una «personalidad paralela» en las redes —asociada a un conjunto de datos, archivos e incluso bienes de naturaleza económica— y la regulación de su destino no parece encontrarse resuelta.

II. EL CONTENIDO DE LAS VOLUNTADES DIGITALES

No siendo objeto de este trabajo realizar un exhaustivo análisis de las normas que rigen la sucesión y que regulan el destino de los bienes y derechos que podemos denominar «tradicionales», vamos a aludir únicamente a aquellas que inciden en el denominado «patrimonio digital», conformado por un nutrido y heterogéneo grupo de elementos, tales como, las cuentas en las redes sociales, archivos de música, vídeo o publicaciones, e incluso con un carácter más estrictamente patrimonial, como las monedas virtuales.

En palabras de Navas Navarro³, el patrimonio digital estará compuesto, principalmente, por los siguientes elementos:

¹ Fuente: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-57812676>. Consulta realizada el 4 de enero de 2022.

² Fuente: <https://www.reuters.com/article/internet-facebook-idLTAKBN1K21ID-OUSLI>. Consulta realizada el 4 de enero de 2022.

³ NAVAS NAVARRO, S., «Herencia y protección de datos de personas fallecidas: a propósito del mal denominado «testamento digital»», *RDP*, N.º 1, 2020, pp. 64 y ss.

- Datos del usuario contenidos en las redes sociales, cuyo tratamiento legal está sometido a la previa aceptación de unas condiciones generales de uso mediante el preceptivo contrato atípico.
- Cuentas de correo electrónico, que permiten el almacenaje y difusión de mensajes cuyo receptor-emisor es el usuario.
- Cuentas de contenido lúdico, que permiten la utilización de plataformas para la ejecución de juegos en la red.
- Cuentas de contenido literario o musical, cuya contratación faculta al usuario para acceder a un sinfín de archivos de audio, vídeo o e-books.
- Plataformas de chats, blogs o foros de opinión.
- Páginas web que alojan tiendas virtuales para compras online.
- Banca online y sistemas de pagos virtuales que sustituyen o complementan los servicios prestados por la banca «tradicional».

Todo lo anterior supone el grueso de los denominados bienes digitales que —según ha quedado constatado— están integrados por elementos de carácter tanto personal como patrimonial, siendo susceptibles de ser transmitidos a los herederos, salvo que el interesado o la normativa establezcan lo contrario.

No obstante, debemos tener presente, según recuerda Durán Rivacoba⁴, que la transmisibilidad no será, en todo caso pacífica, sino que podría complicarse debido a la utilización de contraseñas que protegen el acceso al contenido de la herencia digital.

Dentro del grueso del patrimonio digital anteriormente citado, es necesario incidir en que existen determinados bienes —según dispone la Ley Orgánica de Protección de Datos— que deben tener un tratamiento distinto: las cuentas personales del causante. La especialidad reside en que, en la práctica, las personas designadas para su acceso o gestión no poseen los mismos derechos sobre los bienes que poseía este puesto que se trata —en ocasiones— de derechos vinculados a la personalidad.

Y es que, además, debemos añadir otro dato; con frecuencia, es difícil discernir qué elementos forman parte de la personalidad y cuáles tienen —en esencia— un contenido patrimonial pues, si bien los perfiles de plataformas como Facebook podemos —en principio— relacionarlos con los primeros, en otras ocasiones determinados perfiles de YouTube o Tik Tok proporcionan pingües beneficios al usuario. En estos casos y, según la Ley Orgánica de Protección de Datos, si bien los familiares, allegados o albaceas pudieran ser los encargados de la gestión de los datos contenidos en las plataformas, serán los herederos —los destinatarios de los eventuales ingresos como sucede con los derechos de autor de las obras artísticas— los que finalmente deberán decidir sobre su gestión. Este dato no es baladí, en la actualidad, existen multitud de grupos como: *youtubers*, *instagramers*, o *tiktokers*, que con sus trabajos de contenido digital —que se encuentran alojados en la redes

⁴ DURÁN RIVACOBÁ, R., «Herencia y testamento digitales», en: González Pacanowska, I. (coord.), *Protección de datos personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 249 y ss.

sociales— generan cifras económicas astronómicas⁵ si bien, como veremos posteriormente, estos beneficios no escapan a las previsiones del artículo 316 del CDFa.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS VOLUNTADES DIGITALES

3.1. LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE

Con la sanción de esta norma, el legislador pretende —según se desprende de su preámbulo— garantizar la protección de los datos personales de las personas y, en particular, el uso informático que se haga de los mismos.

Del análisis de la ley, cabe destacar lo dispuesto en los artículos 3 y 96 que, *grosso modo*, configuran el régimen de acceso y gestión a los datos personales del causante. Según se desprende de los mismos, la existencia o no de instrucciones previas determinará finalmente quiénes están legitimados para ejercer dichas facultades; si el finado hubiera transmitido anticipadamente su deseo, verbigracia, estarán habilitadas las personas o entidades designadas y —según recoge la norma— reglamentariamente se regulará cómo deben acreditar el poder otorgado.

La eventual inexistencia de instrucciones queda solventada permitiendo el acceso y gestión a los familiares y herederos —salvo que expresamente hubiesen sido vetados— pudiendo por tanto solicitar a los prestadores de servicios la modificación, rectificación e incluso supresión de los datos.

Por su parte el artículo 96 incorpora en su apartado 3 la figura del albacea testamentario al elenco de personas autorizadas, contemplándose, además —en el caso de menores de edad— la posibilidad de que sean sus representantes legales o incluso el Ministerio Fiscal los que reclamen la citada gestión.

El eventual fallecimiento de una persona necesitada de apoyo también está previsto en el mismo, adicionando a los anteriores para dicha tarea a la persona que ejerce la asistencia.

Finalmente, y ya en el apartado 4, aparece una especialidad, relacionada con la existencia o no de derechos civiles propios, y que supone en definitiva la prevalencia de estos frente al Derecho civil estatal. Debemos recordar la pluralidad existente en la materia que otorga el art. 149.1. 8.º de nuestra Constitución.

⁵ Fuente: <https://www.businessinsider.es/cobra-elrubius-208295050-euros-antes-impuestos-814645>. Consulta realizada el 6 de mayo de 2022.

3.2. LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES

Es evidente que la implantación de la tecnología digital ha supuesto para el ciudadano el acceso a un universo de servicios considerados quiméricos hace tan solo unas décadas. Ahora bien, todo avance también presenta en ocasiones inconvenientes, y, en este caso, algunos de ellos están relacionados con la falta de regulación normativa en la materia y los inevitables recelos que este extremo suscita.

Es imprescindible, por tanto, que el marco normativo que regula el entorno virtual proporcione al ciudadano seguridad, no debiendo renunciar a los derechos que le asisten y que tanto ha costado consolidar.

En ese sentido, el pasado mes de julio de 2021, el jefe del ejecutivo, Pedro Sánchez, presentó en la Moncloa un documento —confeccionado por un grupo de expertos de diversa índole— que pretende sentar las bases de los derechos del ciudadano en el entorno digital.

El documento en cuestión —denominado Carta de Derechos Digitales— forma parte de la Agenda España Digital 2025 que se postula como la herramienta de transformación digital de nuestro país y que engloba cerca de 50 medidas articuladas en diez ejes estratégicos:

- Mejora de la conectividad ciudadana al mundo digital.
- Despliegue de la tecnología 5G.
- Aumento de las competencias de los trabajadores en materia digital.
- Aumento de la ciberseguridad.
- Impulso a la digitalización de las Administraciones Públicas.
- Fomento de la digitalización empresarial.
- Creación de modelos productivos específicos que impulsen la digitalización en determinados sectores estratégicos tales como el turismo o la sanidad.
- Captación de inversores extranjeros mediante la mejora de nuestra percepción como plataforma audiovisual.
- Apuesta por el uso de herramientas basadas en la utilización de datos relacionados con la inteligencia artificial.
- Aumento en la garantía de los derechos laborales, de consumo, empresariales, etc. relacionados con el mundo digital.

El apartado VII de la citada Carta, contempla el derecho que asiste a todo ciudadano a transmitir —conforme a las leyes que rigen la sucesión— su herencia digital, que consistiría en «todos los bienes y derechos de los que, en el entorno digital, fuera titular la persona fallecida». Queda por tanto patente el interés y preocupación que suscita en los poderes públicos el asunto tratado en este trabajo.

Si bien el objetivo de la Carta de Derechos Digitales es perfectamente legítimo —estando además totalmente justificado— lo cierto es que, en la práctica, no supone ningún avance sobre lo ya regulado en la Ley de Protección de Datos.

Además, al carecer de cualquier vinculación jurídica, solo sirve de guía para un posterior desarrollo normativo en la materia.

3.3. LA LEY CATALANA 10/2017, DE 27 DE JUNIO

Interesa hacer una referencia a la Ley catalana 10/2017 por haber sido la primera en regular expresamente la llamada herencia digital. Según se desprende de su preámbulo, el legislador catalán es consciente de la deriva de la evolución digital de la sociedad y de las consecuencias que la proliferación de las redes sociales tiene para el ciudadano y con esta ley pretende regular las «Voluntades Digitales», modificando para ello los libros segundo y cuarto del Código civil catalán.

Considera que, actualmente, nuestra legislación no ofrece una solución eficaz ante determinadas situaciones relacionadas con los contratos suscritos con los prestadores de servicios digitales.

El uso de internet y de las redes sociales lleva aparejado inevitablemente el crecimiento de nuestra «herencia digital» y mediante esta pionera ley se pretende que queden protegidos los intereses de la persona cuando fallece y también en particular los de los menores de edad o de aquellas personas necesitadas de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica. En relación a estos grupos de personas especialmente vulnerables y aunque el asunto excede del cometido de este trabajo, se regula en la ley la legitimación de los padres, tutores o personas encargadas de prestar apoyos para solicitar del prestador de servicios digitales el acceso y administración de su acervo digital.

No obstante, en opinión de Santos Morón⁶, aunque el legislador catalán aspiraba a que la voluntad digital del fallecido fuera custodiada por la persona previamente designada —o en su caso por el heredero— en la práctica este extremo no queda del todo resuelto. Según dispone el artículo 411-10 de la ley, sus facultades están limitadas dado que, en última instancia, son las condiciones generales del prestador de servicios digitales las que precisarán su alcance.

Aunque posteriormente volveremos sobre este asunto hemos de advertir que diversos artículos de esta ley fueron recurridos por la Abogacía del Estado y, más concretamente aquellos en los que se articulaba el Registro catalán de voluntades digitales, por considerar que dichos preceptos estaban dirigidos a desarrollar una institución para la que el legislador catalán no tenía competencia, entendiendo que se estaba intentando conformar un registro de carácter civil y no administrativo.

⁶ SANTOS MORÓN, M. J., «La denominada “herencia digital”: ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado», *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 10, N.º 1, 2018, pp. 434-435.

IV. LA ORDENACIÓN VOLUNTARIA DE LA SUCESIÓN

4.1. EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL

*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*⁷, con estas palabras, Modestino, definía esta histórica institución del derecho sucesorio y que de facto es la fórmula más utilizada para disponer de nuestros bienes tras la muerte.

Por su parte el Código Civil, en su artículo 667, define el testamento como aquel acto jurídico que permite al otorgante disponer de sus bienes y derechos una vez haya fallecido.

Sin entrar en un análisis exhaustivo de la institución, creo que sí es conveniente esbozar sus principales caracteres, ello nos permitirá vislumbrar los desajustes jurídicos que se producen cuando el objeto de la herencia lo constituyen bienes y derechos que están alojados en «la nube» y para cuyo acceso es necesario, en primer lugar, conocer de su existencia, así como poseer las correspondientes contraseñas de acceso.

Si bien el Código Civil, en el citado artículo, considera que nos encontramos ante un acto jurídico, nuestra doctrina y jurisprudencia califican la institución como un negocio jurídico⁸. Independientemente de la calificación que se le otorgue, sus caracteres fundamentales son:

- Carácter unilateral y que despliega sus efectos mortis causa.
- Individual —no admitiéndose los testamentos mancomunados⁹—.
- Personalísimo —otorgado por el sujeto interesado no permitiendo que lo otorgue un tercero—.
- Libre —otorgado sin violencia o intimidación—.
- Revocable.
- Formal o solemne.

Precisamente este último carácter —recogido en el artículo 687 C.c.— determina la nulidad de un testamento que se hubiera otorgado prescindiendo de la forma y solemnidades que fija la ley. Por todo lo anterior debemos reiterar sus virtudes como institución de derecho sucesorio; según defiende Cámara

⁷ MODESTINO, H., *Digesto*, lib. XXVIII, tít. I, fragmento 1.º.

⁸ El acto jurídico podemos considerarlo como aquella conducta que voluntariamente realiza una persona y de la que, según nuestro ordenamiento, dimanen unas consecuencias y el negocio jurídico es la declaración de voluntad del sujeto con la que se pretende alcanzar unos determinados resultados.

⁹ A diferencia de lo que ocurre con alguno de los ordenamientos forales como el aragonés -vid apartado 3.2.

Lapuente¹⁰ «el testamento es el medio idóneo para consignar, tanto el patrimonio digital transmisible como la gestión de la defensa de la personalidad pretérita del causante».

Una vez definida someramente la institución testamentaria, hemos de referirnos a su contenido; si el testamento recoge la herencia, por aplicación del art. 659, este debe contener «todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte» y, aunque la doctrina no es unánime, según Solé Resina¹¹ no es necesario buscar nuevas soluciones para problemas que ya quedaron resueltos mediante la aludida institución testamentaria y considera que no existe ningún problema para incluir nuestra voluntad sobre cómo proceder con nuestra herencia digital.

En palabras de Cámara Lapuente¹² si se disgrega el legado digital en sus dos facetas: patrimonial —susceptible de transmisión— y defensa de la personalidad virtual, el testamento será, en todo caso, el medio adecuado para canalizar su destino.

Por ello, siguiendo al mencionado autor¹³, parece que el testamento ordinario es el instrumento adecuado para establecer el destino del patrimonio digital. Ello, por varias razones, a saber: capacidad para contener disposiciones tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, garantía de identidad y de capacidad del otorgante y control de la legalidad del documento otorgado ante notario.

Lo anterior no es óbice para que, como reconoce Jiménez Lajara¹⁴, el tratamiento que deba darse a los bienes digitales y a los físicos —por su idiosincrasia— sea distinto. Con relación a los primeros, es necesario contar con una herramienta o plataforma que solucione la eventual dificultad de transmitirlos a los herederos del causante mientras que, para los segundos, ya contamos con las conocidas fórmulas legales. En Cataluña así lo afirma el art. 411-10 del Cc. Cat al dispensar —en su apartado 3— que «las voluntades digitales pueden ordenarse por medio de testamento, codicilo o memorias testamentarias».

De hecho, uno de los principales problemas que se plantean en torno a la herencia digital dimana del eventual desconocimiento por parte de los herederos, de todo o parte del legado digital, en particular lo relacionado con ficheros u otros datos como contraseñas, que permiten el acceso a cuentas corrientes o

¹⁰ CÁMARA LAPUENTE, S., «La sucesión “mortis causa” en el patrimonio digital», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 59, 2019, p. 381.

¹¹ SOLÉ RESINA, J., «Las voluntades digitales: marco normativo actual», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 71, N.º 2, 2018, pp. 421-433.

¹² CÁMARA LAPUENTE, S., «La sucesión “mortis causa” en el patrimonio digital», op cit, nota 10, p. 381.

¹³ CÁMARA LAPUENTE, S., «La sucesión “mortis causa” en el patrimonio digital», op cit nota 10, p. 381.

¹⁴ JIMÉNEZ LAJARA, C., «La herencia digital» en *¿Testamento digital?*, Oliva León, R., y Valero Barceló, S. (coords.), *Juristas con futuro*, E-book, 2016, p. 95.

de otra índole. Esta circunstancia ya ha sido contemplada por diversas empresas de servicios digitales que serán, en su caso, las encargadas de comunicar —a la persona designada por el interesado— el conjunto de bienes digitales, así como las referidas claves de acceso.

4.2. EL RÉGIMEN ARAGONÉS EN MATERIA DE SUCESIÓN VOLUNTARIA

En palabras de Serrano García¹⁵, en España coexisten una pluralidad de sistemas normativos que regulan la sucesión de las personas físicas y, si bien cuentan todos ellos con determinados caracteres comunes es importante reseñar que, en general, los sistemas autonómicos dotan a los ciudadanos de una mayor libertad formal para manifestar sus voluntades.

La Comunidad Autónoma de Aragón, según reconoce el art. 149.1. 8.º de la CE, posee competencias en materia de sucesiones, quedando regulado en los artículos 316 y ss. del CDFA. Resulta por tanto imperativo detenernos y analizar el tratamiento y especialidades, relacionadas con la sucesión voluntaria, por razón del territorio en el que nos encontramos.

En primer lugar, deberíamos subrayar, tal y como dispone la norma aragonesa en sus artículos 318 y 323, la preferencia de la que goza la sucesión voluntaria respecto a la sucesión legal. Queda una vez más de manifiesto el principio *standum est chartae* que, como sabemos, forma parte de las fuentes de Derecho Civil de nuestra Comunidad.

La regulación de la sucesión por causa de muerte ha gozado históricamente de un gran peso específico en el ordenamiento jurídico aragonés, llegando a promulgarse una norma específica para regular esta materia: la Ley 1/1999 de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, actualmente refundida en el Código de Derecho Foral de Aragón.

El testamento, como modo de delación voluntaria, forma parte de su Título III y, si bien sus caracteres principales no distan en gran medida del contenido del Código Civil, en cuanto a las formalidades anteriormente descritas, la norma aragonesa presenta una notable peculiaridad: permite su otorgamiento de forma mancomunada. Esta especialidad normativa permite que sean dos personas las que dispongan de sus bienes en el mismo acto testamentario.

Según aduce Bellod¹⁶, nos encontramos ante un tipo de testamento con gran arraigo en Aragón que posee, como rasgo más característico, la posibilidad de

¹⁵ SERRANO GARCÍA, J.A., «Derecho de sucesiones por causa de muerte» en *Manual de Derecho Foral Aragonés*, Bayod López, C. y Serrano García, J.A (Coords), El Justicia de Aragón, 2020, p. 595.

¹⁶ BELLOD MARTÍNEZ DE PALENCIA, E., Resumen doctrinal del art. 417 en *Código Del Derecho Foral De Aragón, Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Delgado Echeverría, J. (dir.), Bayod López, C., y Serrano García, J. A. (coords), 2015, pp. 614 y ss.

que dos personas otorguen de forma conjunta su postrimera voluntad utilizando un mismo instrumento. Además, como señala Bayod¹⁷, si este se acompañara del pacto de fiducia —el sujeto que sobreviva, podrá elegir libremente a sus herederos y también a los del finado— garantiza al cónyuge supérstite el poder de administración del patrimonio objeto del testamento.

Otra de las especialidades normativas aragonesas es la denominada «institución recíproca de heredero o pacto al más viviente», recogida en los artículos 395 y 396 del CDFA y, según indica Bayod¹⁸, su inclusión en el testamento mancomunado supondría que, en el caso de los bienes y derechos de carácter digital, el sobreviviente —como heredero— podría gestionar la herencia disponible, según dispone el art. 316 del CDFA.

Como colofón a este apartado, debemos indicar que en el Derecho aragonés existen asimismo otras instituciones que son utilizadas tradicionalmente en materia de sucesiones: el pacto sucesorio y la fiducia. En relación con la gestión del patrimonio digital y, aun cuando merezca un estudio más exhaustivo, debemos indicar que, con base al art. 452 y ss. del CDFA, el fiduciario podría, en tanto se nombrara heredero, tomar decisiones sobre la gestión de la herencia digital.

Tal y como hemos constatado, nuestro Derecho aragonés, a diferencia del Código Civil estatal, contempla ya fórmulas que bien pueden resolver el destino de los bienes digitales del causante, no resultando imperativo por tanto plantear nuevas e ignotas «soluciones» legislativas.

V. LA PERSONA ENCARGADA DE LA GESTIÓN DE LA HERENCIA DIGITAL

El Derecho de sucesiones lleva implícito entre sus caracteres un principio según el cual los causahabientes se van a erigir como sucesores universales del finado.

En la sucesión testamentaria, las directrices contenidas en el testamento se convierten en la «hoja de ruta» a seguir por aquellos designados por el causante, por tanto, en este apartado vamos a referirnos a la fórmula mediante la cual el testador pueda manifestar su voluntad acerca del destino de su patrimonio digital: las instrucciones contenidas en el testamento.

Las instrucciones del testador —relacionadas con el destino de sus bienes de carácter patrimonial— están contempladas en nuestra normativa y forman parte

¹⁷ BAYOD LÓPEZ, C., *Algunas cuestiones prácticas en materia de Derecho Civil Aragonés*, DGA, Zaragoza, 2022, pág. 51.

¹⁸ BAYOD LÓPEZ, C., *Algunas cuestiones prácticas en materia de Derecho Civil Aragonés*, op. cit., pág. 42.

de los caracteres de la actual institución testamentaria pero el desajuste jurídico, en opinión de Santos Morón¹⁹, está relacionado con las directrices acerca del destino de los bienes de carácter digital.

Las particularidades de nuestro legado digital suponen, en la práctica, que las personas designadas por el causante no posean los mismos derechos sobre los bienes que este poseía puesto que, como hemos comentado anteriormente se trata, en ocasiones, de derechos relacionados con la personalidad.

Debemos distinguir llegados a este punto dos supuestos que están relacionados con la existencia o no de designación voluntaria del causante.

El problema dimanante de la eventual inexistencia de una persona designada por el causante está contemplado en la ley, vid. artículo 96.1 a) de la Ley Orgánica de Protección de Datos, y serán las personas vinculadas al fallecido los legitimados para llevarlas a cabo, salvo que, como hemos aludido anteriormente, se haya designado lo contrario.

La Ley Orgánica 3/2018, ha generado una mayor incertidumbre jurídica pues ha adicionado a la figura del albacea testamentario, un elenco de personas —e incluso instituciones— susceptibles de realizar sus labores; personas vinculadas al fallecido «por razones de hecho o de derecho», herederos, etc. Esta situación que puede provocar de facto, según Durán²⁰, una disminución en la intimidad y salvaguarda de los datos digitales del causante se podría solventar si solamente se permitiera el acceso a aquellos citados por él expresamente, pero, para evitar ser tan restrictivos, facilitar el acceso a los más allegados.

Existe además otro problema en la práctica y que dimana de haber proporcionado al albacea las claves de acceso al contenido del patrimonio digital del causante. Revelar dichos datos podría significar —de forma ilegítima— el acceso y disposición sobre el contenido de las cuentas corrientes o incluso, en su caso, de las criptomonedas que poseyera el testador. Este desajuste podría corregirse, según Cámara²¹, mediante el depósito del compendio de claves en un documento —no necesariamente testamentario— que podría alojarse en la red y ser consignado por empresas especializadas en la materia.

En relación a los supuestos en los que sí existe una designación voluntaria, debemos aludir a la figura del albacea digital; podemos definirla, según Rosales²², como la persona que va a gestionar «nuestros archivos digitales e identidades virtuales» una vez haya fallecido y aparece mencionada —entre otros— en el artículo 96 LOPD.

¹⁹ SANTOS MORÓN, M. J., op cit., nota 6, pp. 415 y ss.

²⁰ DURÁN RIVACOBIA, R., «Herencia y testamento digitales», op. cit., pp. 260-261.

²¹ CÁMARA LAPUENTE, S., «La sucesión “mortis causa” en el patrimonio digital», op. cit., pp. 375-432.

²² ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F., «Testamento digital», en *¿Testamento digital?*, op. cit., p. 33.

Es interesante —con objeto de facilitar una mejor comprensión de la institución— recordar someramente la definición que nuestro derecho vigente hace de la figura clásica del albacea. Según recoge el Título III del Código Civil, el albacea es aquella persona —designada por el testador— sobre la que recae la responsabilidad de velar por el conjunto de bienes contenidos en el testamento.

Tradicionalmente el albacea —por las particularidades del mandato que debe cumplir— se asocia con personas que cuentan con una estrecha relación y plena confianza del causante. Entre los caracteres de la institución y que recoge la citada norma destacan:

- Voluntario, en ningún caso cabe la imposición del encargo al albacea.
- Potestativo; no se trata de una imposición normativa para el causante.
- Personalísimo; no cabe delegación —excepto que haya sido expresamente contemplada—.
- Habitualmente gratuito; aunque puede preverse algún tipo de remuneración.
- Duración limitada en el tiempo.

Podemos concluir añadiendo que esta responsabilidad —de carácter eminentemente voluntario— podrá ser excusada por el albacea siempre y cuando se haga en tiempo y forma y que sus facultades se extenderán al contenido e instrucciones fijadas, con carácter previo, por el testador.

Volviendo a la figura que da título a este concreto apartado, poco distan sus caracteres de la anteriormente descrita y en ambos casos es aconsejable haber realizado una concienzuda selección de quién va a desempeñar el trascendental encargo; como recuerda Lluch²³, aun cuando ya no pueda perjudicársele al causante, su gestión podría ser contraria a sus intereses o a su memoria.

Concretamente el albacea digital como gestor, según Rosales²⁴, ha de transmitir al legítimo heredero la herencia digital del causante, finalizando en ese momento, su encargo, añadiendo además que su nombramiento tiene que haberse realizado imperativamente de forma testamentaria, de lo contrario no será válido.

Lluch²⁵ también señala que el causante debe además proveer de cierta «intendencia» al albacea digital pues, como es evidente, además de las indispensables instrucciones de carácter tecnológico y legal, deberá dotársele de recursos económicos para cumplir satisfactoriamente el encargo.

En relación a la figura del albacea digital, y con similares funciones, debemos aludir también a la oferta que, determinadas empresas, brindan al ciudadano para la gestión post mortem de sus bienes digitales. No es complejo localizar un

²³ LLUCH CERDÁ, C. «El reto de una muerte digital...digna», en *¿Testamento digital?*, op. cit., p. 19.

²⁴ ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F. «Testamento digital», op. cit., p. 33.

²⁵ LLUCH CERDÁ, C. «El reto de una muerte digital...digna», op. cit., pp. 19-20.

ubérrimo número de compañías que se publicitan en la red y, si bien el contenido de la aludida oferta puede variar, de forma somera podemos resumirla del siguiente modo²⁶:

- Eliminación de cuentas online: el cliente puede indicar qué cuentas o redes digitales pueden eliminarse una vez haya fallecido.
- Elección de los «herederos digitales» encargados de gestionar los bienes digitales —según las indicaciones previas del interesado—.
- Gestión de los últimos posts del causante, para que sean publicados una vez se haya producido su desaparición.

Otras empresas, bajo la denominación «cápsula temporal», ofrecen un servicio que consiste en recopilar en un archivo —certificándolo como válido— los datos que desee el cliente y encomendárselo a la persona que hayamos designado como albacea. Este servicio, en opinión de Rosales²⁷, ofrece un simple poder, no así la estricta figura del albacea pues el contenido de las citadas cápsulas no deberá serle entregado tras la muerte del interesado.

Dicho todo lo anterior y aunque el cliente aparentemente puede realizar su testamento de forma virtual —a través de las citadas páginas web—, en última instancia nos van a remitir a un listado de notarios, con los que concertar una cita para elaborar nuestro testamento, quedando así constatada la necesidad de recurrir finalmente al método contemplado por nuestro ordenamiento: el testamento notarial.

VI. EL TESTAMENTO DIGITAL

6.1. CONCEPTO

Supone un difícil reto conceptualizar una fórmula testamentaria no contemplada en nuestro Derecho Civil, sobre todo si tenemos en cuenta que los artículos 409 y ss del CDEA en ningún caso contemplan un otorgamiento telemático del testamento.

Por tanto y, con objeto de contextualizar la figura debemos comenzar aclarando que, cuando hablamos de un testamento digital, en ningún caso estamos invocando un testamento otorgado *online* que, como señala Llopis²⁸ de forma contundente no existe.

²⁶ Fuente: <https://www.milegadodigital.com/testamento-digital/>. Consulta realizada el 2 de febrero de 2022.

²⁷ ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F, «Testamento digital», op. cit., p. 32.

²⁸ LLOPIS BENLLOCH, J. C, «Con la muerte digital no se juega: el testamento online no existe», en *¿Testamento digital?*, op. cit., p. 49.

En realidad, nos estamos refiriendo a aquel testamento que, contando con los requisitos de forma mencionados, contiene nuestro legado digital. No obstante, la anfibología —en el caso que nos ocupa— dimana de la errónea utilización que, determinadas empresas de servicios digitales hacen de los términos «legado o testamento digital» cuando quieren referirse a los servicios que ofrecen y, del propio legislador, cuando alude a esta polémica e imprecisa figura en el controvertido artículo 96 de la LOPD.

Por su parte, Jiménez Lajara²⁹ define el testamento digital como aquel documento que va a incluir, entre sus disposiciones, la voluntad del causante sobre el destino de todo su patrimonio virtual.

El Código Civil de Cataluña también recoge en su articulado una definición de las voluntades digitales puntualizando, en su art. 411-10 que estamos ante unas «disposiciones establecidas por una persona para que, después de su muerte, el heredero o el albacea universal, en su caso, o la persona designada para ejecutarlas actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas»

Por todo lo anterior y, según Rosales³⁰, determinadas empresas que ofrecen este «servicio» se están aprovechando del desconocimiento del usuario acerca de los caracteres del testamento y de las funciones de los notarios. Hoy en día podemos otorgar un testamento notarial por un módico precio —alrededor de cuarenta euros—, de forma rápida y además contaremos en todo momento con el asesoramiento de un profesional.

6.2. EL TESTAMENTO NOTARIAL DIGITAL

Considero oportuno incorporar en este apartado una mención a un plausible procedimiento mediante el cual el ciudadano pudiera, quizá, canalizar el destino de sus bienes: el testamento notarial digital y es que en un escenario en el que los ciudadanos optimizamos nuestro tiempo, realizando gran parte de nuestras gestiones diarias a través de la red, es previsible que tarde o temprano el uso de las tecnologías condicione el procedimiento empleado, hasta la fecha, para otorgar testamento notarial.

Antes de considerar la eventual implantación de un testamento otorgado a distancia deberíamos, con carácter previo, realizar un somero análisis de los caracteres de la actual institución, de este modo estaremos en mejores condiciones para considerar su eventual armonización con las actuales soluciones telemáticas.

²⁹ JIMÉNEZ LAJARA, C, «La herencia digital», op. cit., p. 95.

³⁰ ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F, «Testamento digital», op. cit., p. 36.

Para Martínez Calvo³¹ los principales escollos a los que esta solución se enfrenta son los siguientes:

- Asesoramiento notarial: según dispone el artículo 1 del Reglamento Notarial, los notarios tienen la misión de asesorar y aconsejar al ciudadano sobre los medios jurídicos idóneos para la consecución de los fines que desee alcanzar el interesado.
Sería por tanto necesario, con carácter previo, articular un procedimiento telemático mediante el cual el notario realizara esta trascendental función y que en la actualidad se desarrolla de forma presencial.
- Jurisdicción: en la actualidad y, según recoge el artículo 3 del Reglamento Notarial, los notarios tienen acotada su jurisdicción al Distrito Notarial en que se encuentra ubicada su Notaría, sería por tanto imperativo una modificación de dicho artículo antes de abordar un eventual otorgamiento, realizado de forma telemática.
- Identificación del interesado: según el artículo 23 de la Ley del Notariado, el notario debe asegurarse de la identidad de las partes. Teniendo en cuenta que en la actualidad —además de que el reconocimiento realizado de forma virtual no está contemplado— no existe medio para garantizar que el interesado actúa en nombre propio. Nos encontramos, por tanto, ante un desajuste jurídico-tecnológico que debería resolverse antes de poder proceder con la implantación de esta fórmula testamentaria.
- Juicio de capacidad: esta es una de las funciones trascendentales de todo notario a la que se alude constantemente, tanto en la Ley como en el Reglamento del Notariado.

Cuando este fedatario público determina que una persona tiene la capacidad suficiente para otorgar testamento, está garantizando —bajo su responsabilidad— que esta posee la aptitud suficiente para conocer las consecuencias dimanantes del acto y asume sus consecuencias, debiendo excusarse si considera que esta premisa no se cumple.

Este juicio de capacidad posee una extraordinaria relevancia pues como sostiene Rodríguez Cativiela³², «*La capacidad del testador en el momento de otorgar, y por tanto el juicio notarial, prevalece incluso frente a declaraciones judiciales de incapacitación o modificación judicial de capacidad*»

³¹ MARTÍNEZ CALVO, J. «¿Testamento digital?» en *Aproximación a la eAdministración mediante un caso práctico*, Badules Iglesias (coord.), Servicio de publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 2022, p. 181.

³² Fuente: <https://www.elnotario.es/practica-juridica/8652-el-testamento-de-los-in-dis-capacitados>. Consulta realizada el 17 de mayo de 2022

Por su parte, Gomá³³ considera que existe una serie de mecanismos, a los que podrá recurrir el notario, para refrendar su decisión —relacionada con el juicio de capacidad aludido—: intervención de testigos o de facultativos; pruebas escritas que recojan la voluntad del otorgante e incluso la formulación de preguntas como el cuestionario de Pfeiffer —que detecta un eventual deterioro cognitivo en personas mayores de 65 años—.

Dicho lo anterior y, poniéndolo en relación con el anterior apartado, nos encontramos con un obstáculo complejo que dimana de la imposibilidad de realizar todas las acciones citadas anteriormente y de ese modo poder constatar —a distancia— que el otorgante reúne los indispensables requisitos de capacidad.

Sin embargo, y una vez detalladas las evidentes dificultades existentes, esto no es óbice para reconocer las ventajas que podría reportar la implantación de un testamento otorgado a distancia y, en particular, las relacionadas con el aminoramiento de tiempo y costes para el ciudadano y la mejora de los servicios prestados por estos profesionales.

6.3. LA IMPLANTACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN MATERIA DE SUCESIONES

Resulta necesario mencionar en este apartado cómo las necesidades sociales y están influyendo en los ordenamientos jurídicos que, en ocasiones —véase el ejemplo norteamericano—, están adaptando su sistema normativo a esta nueva realidad tecnológica.

Aunque la instauración de sistemas que agilizan la ordenación voluntaria de la sucesión —facilitando su acceso al interesado— quizá sea compleja e innecesaria en el ordenamiento español, su análisis puede servir para tomar conciencia del devenir de los avances en la materia.

Este asunto fue abordado magistralmente por Vaquer³⁴ que, en su reciente ponencia, analizaba el sistema estadounidense. Y es que, aun sin tratarse de un ordenamiento con un tratamiento heterogéneo en materia de sucesiones —como señala Legerén Molina—,³⁵ lo cierto es que varios estados —en particular Nevada— contemplan la posibilidad de otorgar testamento de forma digital.

Como señalaba Vaquer en su intervención, el problema dimana de lo complejo que resulta comprobar la autenticidad de un testamento digital y para ello

³³ Fuente: <https://www.notariosenred.com/2021/06/como-se-aseguran-los-notarios-de-que-una-persona-esta-en-posesion-plena-de-sus-capacidades/>. Consulta realizada el 17 de mayo de 2022

³⁴ VAQUER ALOY, A, *Nuevas tecnologías y derecho de sucesiones*. I Congreso Internacional Congreso Internacional Sobre Persona Y Derecho Civil: Los Retos Del Siglo XXI (Persona, género, transgénero; inteligencia artificial y animales sensibles), 2022, Universidad de Zaragoza. Texto citado por cortesía del autor.

³⁵ LEGERÉN, A., *El sistema testamentario estadounidense*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2009.

el Estado ha recurrido a sistemas de reconocimiento del interesado como, por ejemplo, el escáner de retina y la inclusión de la firma digital. En todo caso queda de manifiesto la dificultad que supone constatar que el ordenador del testador no hubiera sido *hackeado*—con la consiguiente inseguridad jurídica que este extremo supone para el otorgante—.

Dicho lo anterior y, sin dejar de reconocer el trabajo del legislador norteamericano, debemos tener en cuenta que, como hemos visto anteriormente, nuestra realidad es bien distinta y tanto el número de notarios existentes en nuestro territorio como la rapidez y lo económico que resulta otorgar testamento, contribuyen a seguir acudiendo a las fórmulas tradicionales contempladas en nuestro ordenamiento.

Es momento analizar otra fórmula testamentaria y, en particular, su eventual compatibilidad con los soportes digitales existentes: el testamento ológrafo.

En primer lugar, debemos advertir —como señala Silverio Sandoval³⁶ que el uso de las nuevas tecnologías, en la confección del testamento ológrafo, no debemos asimilarlo a una nueva fórmula testamentaria, sino que únicamente afecta al soporte utilizado en su confección. Del análisis de nuestra normativa podemos extraer que nada impide el uso de soportes —como las *tablets*— para la redacción del testamento cuyo uso, por otro lado, está experimentando un incremento exponencial.

Sin entrar en un análisis pormenorizado de la fórmula —recogida tanto en el Código civil como en el CDFA— debemos advertir que ni la normativa ni la reciente jurisprudencia exigen la utilización del papel a la hora de redactar testamento, requiriéndose, en todo caso, para su validez «la autografía total del documento en que se haya otorgado y la presentación dentro del plazo de 10 días posteriores a la muerte del testador a fin de que sea protocolizado³⁷». Por tanto y, teniendo en cuenta lo anterior, podemos inferir la posibilidad del uso de este tipo de dispositivos a la hora de redactar el testamento ológrafo que además dispondrá —según Silverio Sandoval— de los siguientes caracteres:

- Necesidad de que el dispositivo de entrada permita realizar un escrito legible.
- Rasgos caligráficos en su redacción y firma manuscrita del testador que, además, deberá ser la habitualmente utilizada.
- Posibilidad de que se extienda en varios documentos³⁸.
- Descripción somera de los bienes contenidos, no siendo necesaria una descripción exhaustiva.

³⁶ SILVERIO SANDOVAL, J, *El testamento ológrafo en soporte digital y la firma biométrica*, BMJ, año LXXIII, núm. 2.222, 2009.

³⁷ STS de 4 de noviembre de 2009, Sala Primera, de lo Civil

³⁸ SAP de Córdoba de 14 de mayo de 2019, Sección Primera.

- Innecesaria convalidación posterior mediante testamento notarial —sí su protocolización—.

En cuanto a la interpretación del testamento efectuado mediante este tipo de dispositivos —al igual que sucede con el tradicional testamento ológrafo— habrá que estar a los concretos términos libremente efectuados pudiendo, no obstante, revocarse.

VII. LA PUBLICIDAD DE LAS VOLUNTADES DIGITALES

7.1. LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LAS VOLUNTADES DIGITALES

Actualmente y, según determina el Anexo II del Reglamento del Registro Notarial, el Registro de Actos de Última Voluntad será el encargado de recoger las disposiciones sobre el destino del patrimonio —digital o no— del causante contenidas en el testamento. Este órgano, dependiente de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, incorpora constantemente a su base de datos la información que le hace llegar el Colegio Notarial —que a su vez ha sido remitida por cada uno de los notarios— relacionada con la institución testamentaria.

Este Registro, por tanto, no es el depositario del contenido, sino que constituye el órgano por el cual los interesados —habitualmente los herederos— puedan conocer de la existencia o no de testamento, la fecha en la que se otorgó y ante qué notario. Por tanto, mediante el certificado de Actos de Última Voluntad, que expide además de poder realizar ciertos trámites, podrán requerir al notario una copia autorizada del mismo.

Para poder solicitar el aludido certificado, va a ser necesario contar con el correspondiente certificado de defunción —documento oficial que acredita el fallecimiento de una persona— que, a su vez, puede ser instado por cualquier persona que demuestre interés —salvo alguna excepción, por ejemplo, aquellos casos en los que no se le quiere dar publicidad al hecho—. A su vez y, con objeto de facilitar su obtención, este trámite se puede realizar telemáticamente a través de la Sede Electrónica del Ministerio de Justicia.

En definitiva, y a modo de resumen, cualquier persona puede dirigirse al Registro, de manera presencial o a través de la correspondiente página web, y presentar la siguiente documentación:

- Certificado de defunción, o fotocopia compulsada, esta última puede obtenerse en el Registro Civil del domicilio donde haya fallecido el causante. Deberá indicarse asimismo los nombres y apellidos del fallecido.
- Cumplimentación del modelo 790
- Justificante de pago de la tasa —en la actualidad 3,86 euros—.

Debemos tener en cuenta, que la solicitud del certificado de actos de última voluntad se debe tramitar una vez hayan transcurrido 15 días desde el fallecimiento y el plazo para su obtención es de 10 días, si se ha solicitado por correo postal, o de 5 días, si se ha efectuado de forma telemática.

Como hemos comentado, este certificado posibilita a los herederos conocer los datos del notario que otorgó testamento para poder conocer las disposiciones en él contenidas, pero también es la herramienta mediante la cual poder realizar otros muchos trámites, a saber: cobro de pólizas de seguros; actuaciones de carácter judicial; cancelación de las cuentas bancarias del causante, etc.

7.2. EL REGISTRO CATALÁN DE VOLUNTADES DIGITALES

La Ley 10/2017 del Parlamento de Cataluña contempla —en particular en su artículo décimo— la creación de un Registro en el que poder inscribir los documentos relacionados con las voluntades digitales.

Según consta en el precepto, dicho Registro —adscrito al departamento competente en materia de Derecho civil— tendría básicamente dos funciones:

- Inscripción de las voluntades digitales, así como la regulación del acceso a las mismas por parte de otras personas designadas previamente por el interesado.
- Comunicación de la existencia de las voluntades digitales a las personas designadas —en caso de que no tuvieran constancia de estas—.

La norma contempla además que, mediante el correspondiente reglamento se articulará su organización, funcionamiento y acceso.

Este registro constituye *de facto* una vía alternativa a la ordenación testamentaria de la sucesión pues permite inscribir en él las voluntades digitales del causante —incluso de forma telemática— pudiendo de esta forma designarse a sus herederos.

La inclusión de este registro público en la norma derivó en la interposición de un recurso de inconstitucionalidad —por parte de la Abogacía del Estado— por considerar que el legislador catalán —en ningún caso— tiene competencia para la creación de un registro de carácter civil, por tanto, nos encontramos ante un recurso que tiene un fundamento exclusivamente competencial.

Según Bercovitz³⁹, para resolver el debate debemos aclarar, con carácter previo, qué naturaleza jurídica tendría el citado registro pues, del análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional, se infiere que no existe ningún impedimento para

³⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Competencia del Estado sobre la ordenación de los registros electrónicos de voluntades digitales con eficacia jurídica sustantiva con respecto a la sucesión “mortis causa” en el patrimonio digital de las personas fallecidas». Comentario a la STC, Pleno, de 17 de enero de 2019 (RTC 2019, 17)», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N.º 110, 2019, pp. 317-334. Aranzadi BIB 2019/5958, p. 4.

que las Comunidades Autónomas puedan crear registros de carácter administrativo.

Bercovitz concluye que aquellas instituciones que producen efectos de naturaleza civil tienen carácter civil y, en este caso, queda fuera de toda duda que el Registro que pretendía implementar la Generalitat constituiría la vía para designar al sucesor del causante.

Estamos por tanto ante una institución que otorgaría eficacia a un negocio jurídico de naturaleza eminentemente civil.

La ulterior sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 98/2019 del 17 de enero, estima plenamente el recurso interpuesto, concluyendo que las Comunidades Autónomas —en este caso la catalana— carecen de competencia para legislar en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos. Aun reconociendo el TC la competencia autonómica para la creación de registros de carácter administrativo, considera que dicho Registro —motivo del recurso de inconstitucionalidad— tiene naturaleza civil y por tanto su establecimiento vulneraría el artículo 149.1. 8.º de la Constitución Española, que determina la competencia exclusiva en esta materia al Estado.

La sentencia tan solo contó con un voto particular discrepante de la Magistrada Dña. Encarnación Roca Trías que avalaba la tesis del Parlamento de Cataluña, al considerar que el Registro electrónico de voluntades tendría, en su caso, carácter administrativo.

VIII. CONCLUSIONES

- Aunque la noticia citada en los prolegómenos de este trabajo pueda parecer un tanto sensacionalista —por el volumen del patrimonio del Sr. Popescu y las circunstancias de su fallecimiento— puede servirnos de ejemplo para ilustrar lo conveniente que resulta disponer de un sistema normativo que regule satisfactoriamente la gestión y destino de nuestro patrimonio digital.

Según hemos podido comprobar, los bienes y derechos digitales —por su particular idiosincrasia— requieren, en ocasiones, de un tratamiento jurídico distinto —extremo que comparte la doctrina— y, aunque se ha ido avanzando en la consecución de un marco regulador *ad hoc*, este y otros acontecimientos nos demuestran que la labor del legislador aún no ha concluido.

- Actualmente y salvo algún avance en la materia, como la Carta de Derechos Digitales —que además no tiene sin carácter vinculante— o la fallida, pero cuando menos voluntariosa, norma catalana, lo cierto es que el marco jurídico que regula las voluntades digitales queda únicamente circunscrito a lo dispuesto por la Ley Orgánica de Protección de Datos que, además, contiene diversos e importantes errores.

En mi opinión, la precisión y claridad del lenguaje contenido en una norma debe ser directamente proporcional a la complejidad del asunto regulado. El legislador debería evitar el uso de conceptos que no existen —como el que da título a este trabajo—: testamento digital y de redacciones que puedan producir equívocos; vid. la disposición final primera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria que modificaba el artículo 47 del Código Civil.

- Respecto a la ordenación voluntaria de la sucesión, en la actualidad ya disponemos de instituciones, tanto en el Código Civil como en Derechos forales como el aragonés, que perfectamente pueden regular —quizá con algún pequeño ajuste— todo lo relacionado con los bienes y derechos de carácter digital.

El desconocimiento, la dinámica de nuestras vidas o incluso una huida de todo aquello que consideramos funesto —quizá por la visión que tenemos sobre la muerte en el mundo occidental— en la práctica supone que no prestemos demasiada atención sobre lo que va a suceder con nuestros bienes digitales tras la muerte —en particular con aquellos relacionados con nuestra personalidad digital—.

Aunque la ley pueda decidir sobre los bienes del causante —vid. sucesión intestada— el testamento y otras instituciones a las que hemos aludido, dotan de una mayor seguridad jurídica y supone a la postre unos instrumentos que permiten evitar conflictos entre los herederos en la resolución de la voluntad del causante.

Por tanto, dejar encomendado de forma precisa, ex ante, la gestión y destino de nuestro patrimonio —ya sea analógico o digital— no solo permite que se materialicen fielmente nuestros deseos, sino que supone un ejercicio de empatía con el que se queda, simplificándole enormemente la ardua y aciaga tarea que debe realizar.

A mi juicio, cuando una institución regula eficazmente y de forma pacífica el asunto por el que fue concebida, la aparición de nuevos elementos debe abordarse introduciendo en ella parvos y meditados cambios. No se trata de permanecer de forma impertérrita frente al devenir de los avances tecnológicos, sino de realizar los ajustes necesarios que resuelvan los potenciales escenarios.

No obstante, deberíamos reflexionar sobre una realidad fáctica: solo un quince por ciento de nosotros otorga testamento actualmente, aun cuando son manifiestas sus ventajas a la hora de resolver la sucesión, y quizá plantearnos nuevas fórmulas de acceso a esta institución milenaria. Lo anterior no es óbice para que —debido al devenir de los tiempos— quizá los notarios deberían preguntar al interesado sobre la eventual existencia de un patrimonio digital, asesorando y diseñando un modelo que incluyera la información sobre su contenido, las personas habilitadas y las indispensables contraseñas de acceso.

- Siendo evidente la metamorfosis que ha experimentado nuestra sociedad, con la implantación generalizada de la informática y las telecomunicaciones, y que nos ha permitido realizar acciones impensables hasta ahora, la verdadera revolución dimana de la irrupción de los entornos digitales —espacios en los que el usuario interactúa sin necesidad de la presencia física—.

La decidida apuesta por la implantación de estas plataformas, herramientas o aplicaciones ha derivado, en definitiva, en un aumento de nuestra presencia virtual en las redes conformándose unas personalidades paralelas que aumentan de volumen y entidad incesantemente.

Son incuestionables los beneficios que nos reportan los entornos digitales —sobre todo tras la experiencia vivida con el Covid-19— ya que sustituyen de forma satisfactoria gran parte de las acciones que se debían realizar personalmente hasta ahora; la banca electrónica, la educación e incluso la sanidad a distancia, son claros ejemplos.

Todo lo anterior no es óbice para que, cuando hablemos de los bienes digitales y aunque el legislador pretenda —por su proliferación y sin faltarle buena voluntad— introducir nuevas instituciones que los regulen, debemos ser escrupulosos con el lenguaje utilizado.

Sin entrar a valorar, en este caso, la desafortunada utilización de la expresión «testamento digital» —institución que como hemos visto no existe— sí hemos aludido, a lo largo de este trabajo, a la eventual posibilidad de otorgar testamento a distancia mediante una plausible, aunque ignota institución: el testamento notarial digital. Esta quizá pudiera ser la herramienta que, manteniendo las principales garantías y ventajas de la actual fórmula testamentaria, se adapte a las necesidades de una sociedad cada vez más digital.

- Tras enumerar alguno de los bienes y derechos que forman parte del denominado patrimonio digital hemos aludido a las particularidades dimanantes de sus especiales caracteres.

También hemos mencionado, de forma somera, lo necesario que resulta realizar una disección entre el conjunto de dichos bienes para distinguir si estos poseen naturaleza patrimonial o están relacionados con los derechos de la personalidad —como sucede con las cuentas personales—. Esto es así porque su tratamiento —en materia de sucesiones— resulta totalmente distinto. Si bien los primeros son susceptibles de transmitirse a los herederos de forma pacífica, los últimos poseen una serie de particularidades derivadas de su condición de bienes relacionados con la personalidad y su transmisibilidad está regulada, en este caso, mediante la Ley Orgánica de Protección de Datos. Esta norma se erige como el marco regulador de todos los aspectos concernientes a la legitimación para el acceso y gestión de los bienes aludidos.

También hemos querido referirnos a lo complejo que resulta, en ocasiones, establecer ante qué tipo de bienes nos encontramos, ya que determinadas cuentas personales —aunque en principio podrían adscribirse a los

denominados derechos de la personalidad— pueden generar ingentes beneficios económicos. En estos singulares supuestos deberán ser los herederos los destinatarios de los bienes, asimilando su tratamiento a lo que sucede con los derechos de autor.

- Un aspecto crucial en el Derecho de sucesiones está relacionado con la fórmula mediante la cual se articularán los deseos del causante. Para contestar a esta pregunta resulta obligado plantearse otra cuestión: ¿existen o no instrucciones previas? Esto es así —tal y como hemos aludido previamente— por la singularidad y heterogeneidad de este tipo de bienes y derechos.

La Ley Orgánica de Protección de Datos resuelve la eventual inexistencia de una «hoja de ruta» estableciendo el elenco de personas capacitadas para la citada encomienda y está estrechamente relacionado con su vinculación con el causante.

La eventual existencia de instrucciones viene de la mano de una crucial figura: el albacea que será en última instancia el encargado de llevar a cabo el encargo. Si bien esta tarea se ha venido encomendando —por su trascendencia— a personas de plena confianza, han ido surgiendo empresas dedicadas a esta farragosa tarea.

- Existe una institución cuya principal tarea consiste en dar publicidad a la eventual existencia de un testamento: el Registro de Actos de Última Voluntad. Este órgano —al igual que sucede con el encargado de advertir de la existencia de un seguro de vida— otorga una mayor seguridad jurídica a los sujetos implicados en la sucesión.

Teniendo en cuenta las particularidades relacionadas con los bienes digitales y su proliferación, considero necesario instaurar su homólogo en estos asuntos; un Registro estatal en el que quedaran depositados todos los datos relativos al patrimonio digital del causante, de este modo se facilitaría la encomienda de su gestión y destino.

- Como colofón, debo añadir que corresponde al legislador establecer con celeridad y eficacia el marco normativo que devuelva la seguridad en el tráfico jurídico a los ciudadanos y que solvente los desequilibrios que se producen inevitablemente cuando los avances científicos se anticipan al Derecho.

Hasta que esto suceda resulta aconsejable actuar con cautela y previsión. Como manifestó hace más de quinientos años Baltasar Gracián, «Es cordura provechosa ahorrarse disgustos. La prudencia evita muchos».

IX BIBLIOGRAFÍA

- BAYOD LÓPEZ, C., *Algunas cuestiones prácticas en materia de Derecho Civil Aragonés*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 2022.
- BELLOD MARTÍNEZ DE PALENCIA, E., «Comentario artículo 417» en *Código Del Derecho Foral De Aragón», Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, DELGADO ECHEVERRÍA, J. (dir.), BAYOD LÓPEZ, C., y José Antonio SERRANO GARCÍA, J. A. (coords.), Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Justicia, Zaragoza, 2015.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Competencia del Estado sobre la ordenación de los registros electrónicos de voluntades digitales con eficacia jurídica sustantiva con respecto a la sucesión “mortis causa” en el patrimonio digital de las personas fallecidas. Comentario a la STC, Pleno, de 17 de enero de 2019 (RTC 2019, 17)» *CCJC*, N.º 110, Aranzadi, 2019.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «La sucesión “mortis causa” en el patrimonio digital», *AAMN*, Tomo 59, 2019.
- DURÁN RIVACOBIA, R., «Herencia y testamento digitales», en: *Protección de datos personales*, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- JIMÉNEZ LAJARA, C., «La herencia digital» en *¿Testamento digital?*, OLIVA LEÓN, R., y VALERO BARCELÓ, S. (coords.), E-book, Juristas con futuro, 2016.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de sucesiones, I. Parte General, Sucesión voluntaria*, Bosch, Barcelona, 1979.
- LEGERÉN, A., *El sistema testamentario estadounidense*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2009.
- LLOPIS BENLLOCH, C., «Con la muerte digital no se juega: el testamento online no existe», en: OLIVA LEÓN, R., y Valero Barceló, S., (coords.), en *¿Testamento digital?*, E-book, Juristas con futuro, 2016.
- LLOPIS BENLLOCH, J. C., «La identificación y el juicio de capacidad en la intervención notarial a distancia», en *Declaración de voluntad en un entorno virtual*, CERVILLA GARZÓN, M.ª D., y BLANDINO GARRIDO, M.ª A., (dirs.); y NIETO CRUZ, A. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- LLUCH CERDÁ, C., «El reto de una muerte digital... digna», en *¿Testamento digital?*, OLIVA LEÓN, R., y VALERO BARCELÓ, S. (coords.), E-book, Juristas con futuro, 2016.
- MARTÍNEZ CALVO, J., «¿Testamento digital?» en *Aproximación a la eAdministración mediante un caso práctico*, BADULES IGLESIAS, D (coord.), Universidad de Zaragoza, 2022.
- MORALEJO IMBERNÓN, N., «El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», *ADC*, Vol. 73, N.º 1, 2020.
- NAVAS NAVARRO, S., «Herencia y protección de datos de personas fallecidas: a propósito del mal denominado “testamento digital”», *Revista de Derecho Privado*, N.º 1, 2020.
- PARRA LUCÁN, M.ª A., «La fiducia sucesoria» en *Manual de derecho civil aragonés*, Jesús Delgado Echeverría (Dir.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2020.

- ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F., «Testamento digital», en *¿Testamento digital?*, OLIVA LEÓN, R., y VALERO BARCELÓ, S. (coord.), E-book, Juristas con futuro, 2016.
- SANTOS MORÓN, M.^a J., «La denominada “herencia digital”: ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 10, N.º 1, 2018.
- SERRANO GARCÍA, J.A., «Derecho de sucesiones por causa de muerte» en *Manual de Derecho Foral Aragonés*, BAYOD LÓPEZ C. y SERRANO GARCÍA J.A. (coords), El Justicia de Aragón, 2020.
- SILVERIO SANDOVAL, J., «El testamento ológrafo en soporte digital y la firma biométrica», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXXIII, núm. 2.222, septiembre 2019,
- SOLÉ RESINA, J., «Las voluntades digitales: marco normativo actual», *ADC*, Vol. 71, N.º 2, 2018.

**ESTUDIOS
FILOSOFÍA DEL DERECHO, HISTORIA DEL
DERECHO Y DERECHO COMPARADO**

***STUDIES
PHILOSOPHY OF LAW, HISTORY OF LAW
AND COMPARATIVE LAW***

**EL FUERO DE HIS QUE DOMINUS REX ET... IN SENTENTIA ET
LITTERIS EXECUTORIALIBUS SENTENTIAE LATAE IN FABOREM
CIVITATIS OSCAE CONTRA CIVITATEM CAESARAUGUSTAE
SUPER UNIVERSITATE SEU STUDIO GENERALI (28-04-1586)**

FRANCISCO BARTOL HERNÁNDEZ

Profesor de Derecho Romano

Universidad Nacional de Educación a Distancia

RESUMEN

El fuero *De his que dominus rex et...* sirvió de fundamento para dictar sentencia a favor de Huesca en el litigio promovido por esta ciudad contra la fundación de la Universidad de Zaragoza el 28 de abril de 1586. Huesca tenía el monopolio de los estudios superiores en el Reino de Aragón concedido por el privilegio del rey Pedro IV desde 1354, refrendado posteriormente por las confirmaciones de Fernando el Católico, Carlos V y Felipe II. Esta exclusividad que tuvo su origen en el *ius romanum*; en la Edad Media reaparece en la fundación de las Universidades de Nápoles y de Lérida.

Palabras clave: Fuero, universidad, privilegio, confirmación, sentencia, monopolio, prohibición, ejecución, Bula papal.

ABSTRACT

The code *De his que dominus rex et...* was used as principle to issue a favorable sentence for Huesca in the litigation promoted by this city against the foundations of the University of Zaragoza 28th April 1586. Huesca had the monopoly of the superior studies in the Kingdom of Aragon granted by Peter IV's privilege from 1354, and endorsed afterwards by Ferdinand II's, Charles V's and Philip II's confirmations. This exclusivity which originated in the *ius romanum*; from the Middle Ages reappears in the foundation of the Universities of Naples and Lerida.

Key words: code, university, privilege, confirmation, sentence, monopoly, prohibition, execution, Papal bull.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL MONOPOLIO DE LA ENSEÑANZA UNIVERSITARIA EN EL PRIVILEGIO DEL REY PEDRO IV CONCEDIDO A HUESCA EL 12 DE MARZO DE 1354. 2.1. ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO. 2.2. LAS UNIVERSIDADES DE LÉRIDA Y HUESCA. 2.3. LAS UNIVERSIDADES DE HUESCA Y ZARAGOZA. III. EL FUERO: *DE HIS QUE DOMINUS REX ET... IN SENTENTIA ET LITTERIS EXECUTORIALIBUS...* IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Tanto el poder político en manos del Rey como el poder religioso que residía en el Papa controlaron en la Edad Media la fundación y conservación de las Universidades hispanas. El objetivo de la Universidad era formar las élites que iban a dirigir la sociedad y, para ello era imprescindible, controlar esta institución. Estos dos poderes necesitaban tener personas académicamente bien formadas (*optimi iustitiae et rei publicae ministri*)¹ en teología, derecho canónico, leyes, medicina, filosofía y artes en los que apoyar su autoridad.

La concesión de una bula papal o de un privilegio real con la posterior confirmación papal a una ciudad para fundar una Universidad suponía en la Edad Media un honor y orgullo para dicha ciudad, *Et quoniam erectio dicti Studium generale, cadit in decorem et ornamentum eiusdem Civitatis: et beneficium Reipublicae eiusdem*.²

La Universidad en la Edad Media, en suma, estaba al servicio de las fuerzas dominantes: el Papado y la Realeza y mediante esta institución, controlaban la sociedad (*Regere Studium Generale ad regendam civitatem*). En la Partida II,31,1, Alfonso X el Sabio, afirma, *Estudio es ayuntamiento de maestros et de escólares que es fecho en algunt logar con voluntad et con entendimiento de aprender los saberes: et son dos maneras dél; la una es á que dicen estudio general... et este estudio debe seer establecido por mandado de papa, ó de emperador ó de rey*.³

¹ Const. *Omnem* 11.

² JIMÉNEZ CATALÁN, M., y SINUÉS Y URBIOLA, J., *Historia de la Real y Pontificia Universidad de Zaragoza*, Zaragoza, Tomo III, p. 19, *Privilegium Serenissimi Regis Ioannis secundi huius Regni Aragonum concessum* 1477. Zaragoza, 1929.

³ BETANCOURT-SERNA, F., *Inocencio III (1198–1216) y la Universitas Studiorum [1203 → 1917/1983/1990]*, «*Vergensis*, revista de investigación de la Cátedra Internacional conjunta Inocencio III», 2016, p. 269: la primera denominación que recibe la originaria y original institución de enseñanza de los estudios superiores es la de *Studium generale*. En 1203 se introduce la denominación de *Universitas (magistrorum - scholarium - studiorum generalium)*. Denominación que durante seis siglos —hasta el XVIII, inclusive— competirá con aquella y otras denominaciones (Academia - Gimnasio), hasta quedar como única denominación a partir del siglo XIX.

El fuero De his que dominus rex et... in sententia et litteris executorialibus sententiae latae in faborem...

Y en esta misma Partida, escribe que los sabios ayudan y aconsejan sobre la gestión de los reinos y tierras: *Et porque de los homes sabios los regnos et las tierras se aprovechan, et se guardan et se guian por el consejo dellos*, (Partida II,31, ed. López 2008).⁴

2. EL MONOPOLIO DE LA ENSEÑANZA UNIVERSITARIA EN EL PRIVILEGIO DEL REY PEDRO IV CONCEDIDO A HUESCA EL 12 DE MARZO DE 1354

2.1. ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO

El 27 de febrero del 425 los emperadores Teodosio y Valentiniano mediante la constitución, *De studiis liberalibus urbis Romae et Constantinopolitanae*, diferencian la enseñanza pública de la privada, y prohíben a los docentes públicos enseñar de forma privada, sancionando a quienes contravengan esta prohibición: *ita ut, si qui eorum post emissos divinae sanctionis adfatus quae prohibemus adque damnamus iterum forte temptaverit, non solum eius quam meretur infamiae notam subeat, verum etiam pellendum se ex ipsa ubi versatur illicite urbe cognoscat.. quos intra parietes domesticos docent, nulla huiusmodi interminatione prohibemus*⁵

Es una constitución dirigida al prefecto de Constantinopla en la que los emperadores conceden a la Universidad de Constantinopla el monopolio de la enseñanza superior, privando de privilegios a todos aquellos docentes que enseñen fuera de la plaza del Capitolio: *quod si adversum caelestia statuta facientes fuerint deprehensi, nihil penitus ex illis privilegiis consequentur, quae his, qui in Capitolio tantum docere praecepti sunt, merito deferuntur*.⁶

El emperador Justiniano mediante la Constitución *Omnem* de 16 de diciembre del año 553, reforma los estudios jurídicos superiores, y permite solamente estos estudios en las ciudades regias, Roma y Constantinopla, y en la muy hermosa Berito

⁴ LÓPEZ, Gregorio, *Las siete partidas del Sabio Rey Don Alonso el IX* [sic], Tomo I, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2008, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/las-siete-partidas-del-sabio-rey-donalonso-el-ix-sic-tomo-i-que-contiene-la-1-y-2-partida-0/>

CARAÑANA, Joan Pedro, *La misión de la Universidad en la edad media: servir a los altos estamentos y contribuir al desarrollo de las ciudades*, «Nómadas, vol. 34, núm. 2. Universidad Complutense de Madrid», 2012.

⁵ CTh.14.9.3pr. CJ.11,19,1.

⁶ AGUDO RUIZ, A. *La enseñanza del derecho en Roma*, Universidad de La Rioja, 1999, p. 94. *Justiniano y la reforma de los estudios jurídicos*, «Revista electrónica de derecho Universidad de La Rioja», n.º 10, 2012. <https://doi.org/10.18172/redur.4101>. *Oriente y occidente: dos modelos de enseñanza del derecho romano*, «Revista electrónica de derecho Universidad de La Rioja»; n.º 8, 2010, p. 7, La historia de la enseñanza del Derecho romano, en la parte occidental, es la historia de la jurisprudencia y de sus protagonistas, los juristas, mientras que en la parte oriental, se corresponde con su institucionalización en escuelas o universidades, bajo el control directo del poder político, siendo impartida por profesores-funcionarios.

(*tam in regis urbibus quam in Berytiensium pulcherrima civitate*), porque son las únicas ciudades dignas de tener este privilegio según nuestros antepasados (*quae a maioribus tale non meruerint privilegium*), sancionando a todos aquellos que se dediquen a enseñar fuera de estas ciudades (*si ausi fuerint in posterum hoc perpetrare et extra urbes regias et Berytiensium metropolim hoc facere, denarum librarum auri poena plectantur et reiciantur ab ea civitate, in qua non leges docent, sed in leges committunt*), y prohibiendo asimismo la enseñanza superior de derecho en las restantes ciudades (*et non in aliis locis*).

Con este control de la enseñanza superior el emperador quería impedir que hubiera profesores ignorantes enseñando un falso saber, *imperitos homines devagare et doctrinam discipulis adulterinam tradere*.⁷

2.2. LAS UNIVERSIDADES DE LÉRIDA Y HUESCA⁸

En el año 1224, el 5 de junio, el emperador Federico II Hohenstaufen (nieto de Federico I de Hohenstaufen, *Barbarroja*)⁹ funda la Universidad de Nápoles mediante el privilegio *Per scientiarum haustum*, con la finalidad de que todos aquellos que estén, dice literalmente, hambrientos y famélicos de saber, no tengan que peregrinar y mendigar este conocimiento fuera de este reino:¹⁰ *Disposuimus autem apud Neapolim amenissimam civitatem doceri artes et cuiuscumque professionis vigere studia ut ieiunii et famelici doctrinarum in ipso Regno inveniant unde ipsorum aviditatis satisfiat, neque compellantur ad investigandas scientias peregrinationes expetere et in alienis regionibus mendicare*.¹¹

⁷ Const. *Omnem* 7.

⁸ El nombre de “Universidad Sertoriana” para referirse a la Universidad de Huesca, es posterior a las fechas históricas a las que nos estamos refiriendo. DE LA FUENTE, Vicente, *Historia de las universidades, colegios y demás establecimientos de enseñanza en España*, Madrid, 1884, tomo I, p. 17: *El primer establecimiento de enseñanza en España, de que conservamos noticias, es el que fundó Sertorio en Huesca...* Y en la p. 19, nota 1, escribe literalmente: *El Sr. Sanz de Larrea, en su historia manuscrita de la Universidad de Huesca, de que poseo copia, cita un documento de la segunda mitad del siglo XVI, en que por primera vez se apellidó Sertoriana*. En la p. 18, este autor considera esta denominación de exótica, pedante y de mal gusto.

⁹ El 23 de noviembre de 1158 el emperador Federico I en la Dieta de Roncaglia publica la constitución *Authentica habita* (*Privilegium Scholasticum*), ordenando insertarla en *Codex Iustinianus*, *Hanc autem legem interimperiales constitutiones sub titulo «ne filius pro patre» inseri iussimus. Cf. 4,13, Ne filius pro patre vel patre pro filio emancipato vel libertus pro patrono conveniatur. La editio minor del Codex Iustiniani* de P. Krüger la transcribe en el Appendix II: *Authenticae*.

¹⁰ SPAGNUOLO, M., *Lictere Generales, establishing the University of Naples*. Internet Medieval Sourcebook, New York: Fordham University Center for Medieval Studies. Retrieved March 6, 2012 from <http://www.fordham.edu/halsall/source/1224fred2-lictgen.html>

¹¹ DELLE DONNE, F., *Per scientiarum haustum et seminarium doctrinarum*: edizione e studio dei documenti relativi allo Studium di Napoli in età sveva, «Bullettino dell'Istituto storico italiano per il Medioevo», 111, 2009, p.164. «La fondazione dello Studium di Napoli: note sulle circolari del 1224 e del 1234», Estratto dagli Atti della Accademia Pontaniana, Nuova Serie - Volume XLII 1993. [http://oldwww.unibas.it/utenti/delledonne/DelleDonne_Note%20circolari%20studium%20\(ASP%2042%201993\).pdf](http://oldwww.unibas.it/utenti/delledonne/DelleDonne_Note%20circolari%20studium%20(ASP%2042%201993).pdf)

Este es el prototipo seguido en la fundación de la Universidad de Lérida y éste último privilegio el modelo de la fundación de la Universidad de Huesca:¹²

STUDIUM GENERALE ILERDENSE

Ad id praecipue curas nostras dirigimus per quod viris eisdem scientiarum quarumlibet honestarum apud nos alimenta condantur, ut nec potissime nostros fideles et subditos pro investigandis scientiis nationes peregrinas expetere, nec in alienis ipsos oporteat regionibus mendicare.

STUDIUM GENERALE OSCENSE

Ad id praecipue curas nostras dirigimus, per quod viris eisdem scientiarum quarumlibet honestarum apud nos alimenta condantur, ut nec potissime Aragonenses, fideles nostros et subditos pro investigandis scientiis nationes peregrinas pergere, neve in alienis ipsos oprateat, regionibus mendicare.

Como puede observarse el escribano o escribanos oscenses solamente introducen un nuevo término (*Aragonenses*) y modifican otros dos, el infinitivo *expetere/pergere*, el primero utilizado en la fundación de la universidad napolitana, y la conjunción *nec/neve*.¹³

En el documento napolitano para causar daño a la Universidad de Bolonia, partidaria del Papado, Federico II fija dos prohibiciones, primera que ningún estudiante de este reino se atreva a estudiar fuera de él, y segunda que nadie dentro del reino estudie o enseñe en otro lugar que no sea Nápoles, imponiéndoles tanto penas personales como sobre todos sus bienes, y añade una sanción a aquellos padres que, estando sus hijos estudiando fuera del reino de Nápoles, no hayan conseguido convencerles de su regreso antes del día de San Miguel:

Volumus igitur et mandamus vobis omnibus qui provincias regitis, quique administrationibus aliquibus presidetis ut haec omnia passim et publice proponatis et iniungatis sub pena personarum et rerum, ut nullus scholaris legendi causa exire audeat extra regnum nec infra regnum aliquis audeat addiscere alibi vel docere, et qui de regno sunt extra regnum in

¹² Para los textos latino hemos utilizado las siguientes ediciones:

HORTIGAS, Gaspar, *Patrocinium pro inclyto ac florentissimo caesaraugustano gymnasio. Auctore Ioanne Gaspare Hortigas*, Caesaraugustae, 1586, p. 371. AYNSA E IRIARTE, Francisco Diego de, *Fundación, excelencias, grandezas, y cosas memorables de la antiquísima Ciudad de Huesca, afsí en lo temporal, como en lo espiritual, diuididas en cinco Libros, cuyos sugetos dirá la pagina figuiente*. Huesca, 1619, p. 624. RAMÓN DE HUESCA, *Teatro Histórico de las Iglesias del Reyno de Aragón*, tomo VII, Iglesia de Huesca, Pamplona, 1797, p. 439. BOFARULL Y MASCARÓ, P., *Colección de Documentos inéditos del Archivo General de la Corona de Aragón*, tomo VI, Barcelona, 1850, p. 204. VILLANUEVA, Jaime, *Viage literario de las Iglesias de España*, Tomo XV, Madrid, 1851, p. 496. DE LA FUENTE, V., *Historia de las Universidades, Colegios y demás establecimientos de enseñanza en España*, tomo I, Madrid, 1884, pp. 300 y 317. RUBIÓ Y LLUCH, A., *Documents per a la historia de la cultura catalana medieval*, vol. I, Barcelona 2000, pp. 14, y 166.

¹³ En esta época había desaparecido el matiz diferencial entre estas conjunciones negativas. BASSOLS DE CLIMENT, Mariano, *Sintaxis Latina*, II. 5.^a reimpresión. Madrid, 1976, pp. 92-93.

*scolis, sub pena predicta eorum parentibus iniungatis ut usque ad festum sancti Michelis nunc proximum revertantur.*¹⁴

Una prohibición muy semejante fue insertada primero en el privilegio concedido a Lérida para fundar un Estudio General, por el Rey Jaime II, el 1 de septiembre de 1300 en las Cortes de Zaragoza (*fundare vel ordinare possemus Studium Generale*), y posteriormente en el privilegio del rey Pedro IV concediendo la fundación de la Universidad de Huesca el día 12 de Marzo de 1354, en las Cortes de Alcañiz (*ad subditorum nostrorum ipsius civitatis Oscensis humilem supplicationem ad reparationem <Universitatis> civitatis Oscensis praedictae*):

STUDIUM GENERALE ILLERDENSE

Ita quod de caetero nulla persona cuiuscumque praheminentiae, dignitatis, conditionis, status aut legis existat, tam audax reperiatur, quod in aliquo loco terrae et dominationis nostrae ubique citra mare habitae, vel Deo auctore in futurum habendae, iura canonica vel civilia, aut libros medicinae sive philosophiae audeat vel praesumat aliquibus scholaribus legere vel docere; neve scolares quicumque praesumant infra terram et dominationem nostram alibi quam in nostro studio Ilerdensi iura canonica vel civilia, scientiam medicinae seu philosophiae a quocumque causa lectiones audire.¹⁵

STUDIUM GENERALE OSCENSE

Ita quod de caetero nulla persona cuiuscumque praeminentiae, dignitatis, conditionis, aut legis existat, tam audax reperiatur, quod in aliquo loco regni nostri Aragoni Theologiam, Iura Canonica vel Civilia, aut libros Medicinae, sive Philosophiae audeat vel praesumat aliquibus scholaribus legere vel docere; nec non scholares quicumque prasumant intra regnum nostrum Aragoniae alibi quam in nostro studio Oscensi Sacram Paginam (praeterquam in Ecclesiis et ordinibus quibus solitum est legi) praefatam Theologiam, Iura Canonica, vel Civilia, scientiam Medicinae, seu Philosophiae ex quacumque causa lectiones audire.

El privilegio napolitano no especifica la pena a los profesores y estudiantes que infringieran dicha norma, en cambio Lérida y Huesca tienen el mismo texto y, por tanto, imponen la misma sanción:

¹⁴ PINI, Antonio Ivan, *Federico II, lo Studio di Bologna e il "Falso Teodosiano". Il pragmatismo degli intellettuali. Origini e primi sviluppi dell'istituzione universitaria*. Antologia di storia medievale. I florilegi (5). Scriptorium, Torino, 1996, pp. 67-89. <http://www.rmoa.unina.it/id/eprint/2625>

¹⁵ BOFARULL Y MASCARÓ, P., *Procesos de las antiguas cortes y parlamentos de Cataluña, Aragón y Valencia*, tomo VI, Barcelona, 1850, p. 204. VILLANUEVA, Jaime, *Viaje literario a las Iglesias de España*, tomo XV, cit., p. 496.

Alioquin iram et indignationem nostram et poenam mille aureorum, tam legentes quam audientes, quotiens contraverint se noverint incursuros, praesenti statuto seu privilegio [nihilominus] in suo rubore duraturo.

Alioquin iram et indignationem nostram, et poenam mille aureorum, tam legentes, quam audientes, quotiens contraverint se noverint incursuros, praesenti statuto seu privilegio in suo robore duraturo.

Es tan grande la semejanza entre estos dos textos que difícilmente podría explicarse sin pensar que el escribano o escribanos oscenses tuvieron ante sus ojos el privilegio ilderdense. Solamente hay tres diferencias léxicas:

Primera, *terrae et dominationis nostrae ubique citra mare habitae, vel Deo auctore in futurum habendae* // *regni nostri Aragoni*.

- *infra terram et dominationem nostram* // *intra regnum nostrum Aragoniae*

Es decir, mientras el privilegio ilderdense habla de tierras y dominios peninsulares bajo el poder real, presentes y futuros, el oscense, precisa en el Reino de Aragón.

Segunda, a Lérida no se le concedió la facultad de Teología como a Huesca, por eso en el privilegio oscense figuran los siguientes añadidos, *Theologiam... Sacram Paginam (praeterquam in Ecclesiis et ordinibus quibus solitum est legi) praefatam Theologiam*.

Y tercera, el adverbio *nihilominus* en el privilegio ilderdense, que no aporta nada al texto, por eso seguramente fue suprimido en el privilegio oscense.

El Rey Jaime II debía desconfiar del cumplimiento de esta prohibición, por ello, el día 5 de septiembre del mismo año en Zaragoza ratifica esta prohibición en un nuevo documento dirigido a su querido Vicario y al Lugarteniente de Barcelona, ordenando publicar este documento en Barcelona, villas y lugares importantes que estén bajo su jurisdicción y que procuren evitar su incumplimiento si quieren seguir disfrutando de su gracia y favor:¹⁶

¹⁶ BOFARULL Y MASCARÓ, P., *Procesos de las antiguas cortes y parlamentos de Cataluña, Aragón y Valencia*, cit. p. 219, *Prohibitio de erectione scholarum in terris Aragonum alibi praeter quam in Ilerda*, an. MCCC. VILLANUEVA, Jaime, *Viaje literario a las Iglesias de España*, cit. p. 499: *Jacobus Dei gratia Rex Aragonum, Valentie et Murcia, ac Comes Barchinone dilecto suo vicario Barchinonensi, vel eius locum tenenti, salutem et dilectionem*.

Cum nuper in civitate Ilerdae Generale Studium in utroque iure, medicina et philosophia, et aliis quibuscumque artibus et scientiis tam auctoritate Apostolica nobis in hac parte concessa quam nostra, duxerimus ordinandum; et ut idem studium magis proficiat incrementum statuimus firmiter et districte ne in aliquo loco terrae aut dominationis nostrae habitae vel habendae, praeterquam in studio Ilerdensi, aliquis audeat jura, medicinam vel philosophiam legere seu docere, neve quis a quacumque lectionis causa praesumat audire, sub pena mille morabatorum, quam transgressores incurrere volumus ipso facto; idcirco vobis dicimus, et mandamus quatenus in civitate Barchinonae, villis et locis insignibus infra iurisdictionem vobis commissam constitutis, faciatis hoc edictum et ordinationem nostram solemniter publicari; et ne contra prohibitionem nostram praedictam ab aliquo cuiuscumque praeheminentiae, dignitatis, conditionis, legis aut status existat aliquid attemptetur, curetis arcius evitare, si de nostra confiditis gratia vel amore. Datum Caesaraugustae nonis septembris anno Domini MCCC.

Esta exclusividad académica o monopolio de los estudios superiores se rompe en la Corona de Aragón el 20 de marzo de 1349, en las Cortes de Zaragoza, con la concesión de la Universidad de Perpiñán por el Rey Pedro IV. Aunque en dicha concesión se menciona dos veces el privilegio ilderdense para referirse a los privilegios, inmunidades, libertades, costumbres y exenciones a profesores y estudiantes, *quibus uti et gaudere est solitum in studio Ilerdensi... undecunque venientibus... dicta privilegia et libertates per nos vel predessores nostros dicto Ilerdensi studio indulta pariter et concessa observent*,¹⁷ sin embargo, no existe, en él ninguna prohibición ni para docentes ni discentes.

Este mismo Rey, Pedro IV, cinco años más tarde, no respeta la prohibición del privilegio ilderdense y concede a Huesca la fundación de un Estudio General, otorgándole a esta nueva universidad las mismas libertades, gracias y beneficios que habían sido concedidos a las Universidades de Tolouse (1229), Montpellier (1289) y Lérida (1300).

En el privilegio del rey Pedro IV concedido a Huesca se introduce una excepción a esta exclusividad concedida a Lérida sobre los estudios superiores mediante la siguiente cláusula: *non obstantibus quibusvis privilegiis et gratiis Studio Illerdensi concessis, <oscenses> dictum Generale Studium per Nos*, es decir, cualquier privilegio o gracia concedido al Estudio Ilerdense no obsta para que los Oscenses tengan este Estudio General concedido por Nosotros. Dicha cláusula permite, en suma, la fundación de la Universidad de Huesca sin contravención de dicho privilegio. El uso de esta cláusula, *non obstante*, es una muestra más de la capacidad jurídica del monarca para modificar o derogar cualquier situación anterior contraria y, en este caso, tiene la fuerza jurídica suficiente para suprimir la prohibición del privilegio de Lérida y, en suma, no contravenir dicha norma.

Lérida que no se opuso cuando el rey concedió la fundación de la Universidad de Perpiñán, mostró su oposición total desde el principio a la fundación de la Universidad de Huesca, alegando precisamente la concesión del monopolio de la enseñanza universitaria en el privilegio de Jaime II. Según Lladanosa entre las dos ciudades hubo siempre una rivalidad universitaria.¹⁸ Esta resistencia de Lérida hacia Huesca fue tan notable que ninguna de las dos universidades reconocía los grados y títulos de la otra.¹⁹

2.3. LAS UNIVERSIDADES DE HUESCA Y ZARAGOZA

A partir de este momento se fundan otras Universidades en la Corona de Aragón como Barcelona (1450), o Valencia (1500), sin oposición alguna. Huesca

¹⁷ FOURNIER, Marcel, *Statuts et Privilèges des Universités Françaises depuis leur fondation jusqu'en 1789*, tomo II, Paris, 1891, p. 651.

¹⁸ LLADANOSA Y PUJOL, J., *L'Studi general de Lleida del 1430 al 1524*, Barcelona, 1970, pp.51-55.

¹⁹ FERNÁNDEZ LUZÓN, A., *La Universidad de Barcelona en el siglo XVI*, UAB, 1970, p. 133.

solamente quiere hacer valer el derecho concedido en el privilegio de 1304 frente a Zaragoza: prohibir que esta ciudad, la más próxima, tenga su Universidad.

En fecha 10 de septiembre de 1542 el emperador Carlos V en las Cortes de Monzón,²⁰ concede a Zaragoza un Estudio General en todas las Facultades, (*volumus statuimus, et etiam ordinamus, quod in ipsa Civitate Caesaraugustae sit deinde Studium Generale, tam in Theologia, Iure canonico et Civili, quam etiam Medicinae, Philosophiae, Artibus, ac etiam quibusvis alii facultatibus, et scientiis approbatis*); anteriormente en el año 1474 el Papa Sixto IV le había concedido un *Studium in Artibus*. Por falta de recursos económicos no pudo iniciar su actividad académica, hasta que el obispo Pedro Cerbuna puso el dinero necesario para ello en el año 1583.²¹

La oposición de Huesca a la fundación de la Universidad de Zaragoza fue firme y tenaz.

Se inicia el 1 de marzo de 1574, con un acuerdo del Consejo Universitario y, aunque debió terminar el 28 de abril de 1586 con la sentencia pronunciada en Barcelona por tres jueces independientes, nombrados por Felipe II en las Cortes de Monzón, Hyeronimo Managat, Canciller en el Principado de Cataluña; Miguel Cordelles, Regente de la Cancillería en el Principado de Cataluña... y Paulo Pla, abad, y perpetuo comendador del monasterio de San Pedro Gallicantó, en Gerona,²² sin embargo realmente terminó con una sentencia pronunciada en Zaragoza, en la Corte del Justicia, el 12 de febrero de 1588.

III. EL FUERO DE HIS QUE DOMINUS REX ET... IN SENTENTIA ET LITTERIS EXECUTORIALIBUS

De acuerdo con la sentencia pronunciada en Barcelona el 28 de abril de 1586 los representantes de una y otra ciudad fueron, por parte de Huesca, el síndico y procurador, Carlos Agustín Cisterer, y por parte de Zaragoza, el procurador y

²⁰ JIMÉNEZ CATALÁN, M., y SINUÉS Y URBIOLA, J., *Historia de la Real y Pontificia Universidad de Zaragoza*, cit. p. 24.

²¹ HORTIGAS, Gaspar, *Patrocinium pro inclito ac florentissimo caesaraugustano gymnasio. Auctore Ioanne Gaspare Hortigas*, cit. p. 14: *Illustrissimus ac reverendissimus Petrus Cerbuna, Episcopus Tirasonensis maxima cum ratione, gymnasia caesaraugustani fundator appellatur; pauculaque ex plurimis eius virtutibus breviter enarrantur... Caesaraugustano in Gymnasio ab anno 1583 omnes scientiae leguntur.*

²² El nombramiento tuvo lugar en las Cortes de Monzón en fecha 2 de diciembre de 1585. JIMÉNEZ CATALÁN, M., y SINUÉS Y URBIOLA, J., *Historia de la Real y Pontificia Universidad de Zaragoza*, cit. p. 115.

notario, Pedro Prado,²³ sin embargo, los verdaderos defensores de cada una de las partes fueron Martín Monter de la Cueva con su obra, (1585) *Oscensis vetustissimi gymnasii, adversus novam caesaraugustani attentatam erectionem iuridica propugnatio, Oscae*, conocida con el nombre de *Propugnaculum*,²⁴ y Gaspar Hortigas, (1586) *Patrocinium pro inclyto ac florentissimo caesaraugustano gymnasio. Auctore Ioanne Gaspare Hortigas, Caesaraugustae*. Tanto el primero como el segundo tomaron con entusiasmo la tarea encomendada, y dedicaron todos sus esfuerzos en la defensa acérrima de cada una de estas dos Universidades.

Prescindimos en este trabajo de los argumentos literarios (*argumenta notabilia*) de una y otra parte, puesto que en realidad son los tópicos que aparecen en la fundación de la mayoría de universidades, como *amoenitas loci, aeris temperies, delicatiorum victualium, utilitas publica*...

Los argumentos jurídicos en el pleito²⁵ que Huesca interpuso contra la fundación de la Universidad de Zaragoza, se fundamentan principalmente en el monopolio universitario concedido por el Rey Pedro IV en dicho privilegio y en sus confirmaciones. La confirmación suponía una corroboración o ratificación del privilegio tal y como fue concedido, por tanto, no añade nada nuevo pero refrenda todo lo dicho en él y tiene su misma fuerza jurídica.²⁶ Todas estas confirmaciones contienen tres cláusulas, *ex certa scientia, deliberate* y *consulta*. El uso de las citadas cláusulas, como he dicho anteriormente, son una manifestación más del poder absoluto del rey, y suponen la ratificación y aval de los diferentes reyes a todo lo dicho por su antecesor, el rey Pedro IV.

La primera confirmación fue realizada por Fernando el Católico, el día 19 de marzo de 1503; el rey inserta literalmente el privilegio concedido por el Rey Pedro

²³ JIMÉNEZ CATALÁN, M., y SINUÉS Y URBIOA, J., *Historia de la Real y Pontificia Universidad de Zaragoza*, cit. p. 116.

²⁴ En los encabezados de las páginas pares aparece el término *Propugnaculum*. https://bibliotecavirtual.aragon.es/repos/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=3715627&posicion=9&presentacion=pagina®istrardownload=0

²⁵ ARCO Y GARAY, Ricardo del, *Un pleito ruidoso entre Zaragoza y Huesca por la cuestión de la Universidad*, «Linajes de Aragón», VII, Huesca 1916.

²⁶ SUÁREZ, Francisco, *Tractatus de Legibus*, lib. VIII, cap. XVIII, n. 12, Madrid, 2010, p. 623: *Confirmatio privilegii ex certa scientia habet vim novae concessionis talis privilegii*. CARDINALIS HOSTIENSIS (Enrique de Susa, 1190/1200-1271), *Summa Aurea*, Venetiis apud Iuntas 1581, lib. II, *De confirmatione utili vel inutili*, n. 6, *Confirmatio est iuris prius habiti corroboratio*. BARBOSA, Agustín, *Loci communes iurisprudentiae*, Lyon, 1637, p. 237: *Confirmatio non potest retraheri in praeiudicium tertii. Confirmans actum nihil innovat*. REIFFENSTUEL, Anaklet, *Ius canonicum universum*, tomo II, 1755, tit. XXX, p. 442: *Qui enim confirmat nihil de novo dat, sed datum vel aliter quassum corroborat*. En consecuencia, la confirmación supone un acto ya existente y válido. GARCÍA DE GIRONDA, *Tractatus de explicatione privilegiorum*, Madrid 1617, n.º 615: *Ex certa scientia, motu proprio, de plenitudine potestatis, non obstante: supplens omnes defectus*. GÓMEZ-IGLESIAS, V., *Naturaleza y origen de la confirmación "ex certa scientia"*, Cuadernos doctorales., N.º 2, 1984, p. 9-34. La confirmación específica o «ex certa scientia» es la «corroboratio» hecha por el príncipe de un acto o instrumento de un inferior o antecesor, pensadas y consideradas todas sus circunstancias; y, por consiguiente, con perfecto conocimiento de sus cualidades.

El fuero De his que dominus rex et... in sententia et litteris executorialibus sententiae latae in faborem...

IV, *cuius tenor talis est... praesentis tenore, ex nostra certa scientia deliberate et consulto ipsum praeinsertum privilegium, ac omnia et singula in eo contenta laudamus, approbamus, ratificamus et confirmamus nostrumque eidem apponirius auctoritatem et decretum.*²⁷

La segunda tuvo lugar el 5 de diciembre de 1533 por el emperador Carlos V y su madre Doña Juana en los siguientes términos, *Nos... tenore praesentium ex certa scientia, regiaque auctoritate deliberate et consulto, tam praeinsertum privilegium quam reliqua omnia, per nos et Reges Aragonum concessa, in favore dictae Universitatis expedita, laudamus, approbamus, et confirmamus, ac quatenus opus sit de novo concedimus iuxta eorum seriem et continentiam.*²⁸

Y la última es del año 1564 por el rey Felipe II en las Cortes Generales celebradas en Monzón, *Nos... tenore huiusmodi cartae nostrae, de certa scientia, deliberate et consulto praedicta et praeinserta privilegia, et eorum quodlibet ac omnia et singula in eis contenta ac prima linea usque ad ultimam laudamus, approbamus, ratificamus et confirmamus, prout melius et plenius <dici et intellegi potest>.*²⁹

Conforme a estas confirmaciones queda ratificado el monopolio o exclusividad de los estudios universitarios en la Corona de Aragón a la ciudad de Huesca, esto es, no se puede fundar otra Universidad en este Reino de Aragón, y ni se puede enseñar ni estudiar en otro lugar que no sea la Universidad de Huesca: *Ita quod de caetero nulla persona cuiuscumque praeminentiae, dignitatis, conditionis, aut legis existat, tam audax reperiatur, quod in aliquo loco regni nostri Aragoni... praesumant intra regnum nostrum Aragoniae alibi, quam in nostro Studio <Generali> Oscensi.*³⁰ Y con la fundación de la Universidad de Zaragoza se transgrede totalmente esta prohibición.

Para Monter de la Cueva³¹ los caesaraugustanos, en su súplica de Universidad, no solo engañaron al emperador, sino que obtuvieron su privilegio mediante el vicio de la ocultación, *subreptio*, es decir, callaron en su petición la existencia en el reino de Aragón de la Universidad de Huesca; si le hubieran comunicado este hecho al Emperador, éste no le hubiera concedido el privilegio o al menos no se lo hubiera concedido tal y como se lo concedió.³² Esto es evidente porque ni en la Bula de Sixto IV, del año 1474 cuando se le concede a Zaragoza un *Studium in*

²⁷ ARCO Y GARAY, Ricardo del, *Memorias de la Universidad de Huesca*, Colección de documentos para la Historia de Aragón, tomo XI, vol. II, Zaragoza 1912, p. 151.

²⁸ ARCO Y GARAY, Ricardo del, *Memorias de la Universidad de Huesca*, cit. p. 164.

²⁹ ARCO Y GARAY, Ricardo del, *Memorias de la Universidad de Huesca*, cit. p. 174.

³⁰ MONTER DE LA CUEVA, M., *Oscensis Vetustissimi Gymnasii adversus novam caesaraugustani attentantam erectionem*, Huesca 1585, p. 28, *privilegium erigendi Gymnasium Oscensibus concessum quorumcumque locorum huius Regni Aragonum, prohibitum*, y p. 29, *prohibet quibuscumque personis ne possint docere vel audire facultates nisi in dicto Oscensi Gymnasio*.

³¹ MONTER DE LA CUEVA, M., *Oscensis Vetustissimi Gymnasii adversus novam caesaraugustani attentantam erectionem* cit. pp. 7-8, *Tribus modis subreptio committitur*.

³² CIC. 63.1: La subrepción u ocultación de la verdad impide la validez de un rescripto, si en las preces no se hubiera expuesto todo aquello que, según la ley, el estilo y la práctica canónica, debe manifestarse para su validez, a no ser que se trate de un rescripto de gracia otorgado motu proprio.

artibus, ni en Privilegio de Carlos V del año 1542 donde se le conceden a Zaragoza todas las facultades, ni en Bula de Paulo IV, del año 1555, ratificando la de su antecesor Julio III se menciona la Universidad de Huesca; en cambio, se nombran las de París, Lérida, Salamanca o Valladolid, *in Parisiensi, et Ilerdensi Universitatibus, ad instar Salmantini, Vallisoleti*.

Aunque en los planes de estudio de 1583 y 1599 de la Universidad de Huesca no figura el estudio del Derecho foral, sin embargo, tanto el defensor de la causa oscense, Martín Monter de la Cueva, como el defensor de la ciudad de Zaragoza, Gaspar Hortigas, eran conocedores de este derecho como se desprende de la utilización de dos fueros para apoyar sus intereses.³³

Tanto el emperador Carlos V como su hijo Felipe II prestaron juramento de guardar y hacer guardar los fueros del reino de Aragón, conforme al *liber Forum, sub rubrica, De his quae dominus Rex et alii successores ipsius Gubernator Aragonum et eius vicem gerentes, Iustitia Aragonum, et alii Iudices, et Officiales facere et servare tenentur ut Fori Aragonum conserventur*; fuero precisamente promulgado en el año 1348 por el Rey Pedro IV en Cortes de Zaragoza.³⁴

Dicho Fuero, que comienza *Cum regiae nostrae dignitati conveniat*, recoge el juramento que se exigía a los Reyes de Aragón antes de ejercer sus poderes, *Volumus, et etiam ordinamus in perpetuum quod simile iuramentum teneantur successores nostri facere antequam iurentur et coronentur*; por el que se comprometían a observar y hacer observar los *Privilegia, libertates, usus, et consuetudines Regni Aragonum nostris subditis inviolabiliter observentur... quod nos in nostra propria persona custodiemus, observabimus, et per nostros officiales, et alios quoscumque; custodiri, et observari mandabimus, et faciemus inviolabiliter observari, et custodiri Foros infrascriptos, specialiter sub rubrica praemissa contentos, necnon, et alios Foros, Privilegia, libertates, usus, et consuetudines dicti Regni Aragonum...*³⁵

En consecuencia y, según Monter de la Cueva, el emperador y su hijo incumplieron el juramento que habían prestado, en fecha 9 de mayo de 1518, y 7 de septiembre de 1563 respectivamente, de respetar y hacer respetar los privilegios,

2. También es obstáculo para la validez de un rescripto la obrepción o exposición de algo falso, si no responde a la verdad ni siquiera una de las causas motivas alegadas.

³³ DURÁN GUDIOL, A., *Estatutos de la Universidad de Huesca. Siglos XV y XVI*, Huesca, 1989, pp. 17-18 y 39-68. El *ius romanum* servía de fundamento para explicar cuestiones jurídicas contenidas en este Derecho foral.

³⁴ MONTANER FRUTOS, A., *El Señal del rey de Aragón: Historia y significado*, Zaragoza, 1995, Institución «Fernando el Católico», p. 28, esto no le impide designarlo... «Petrus quartus», mientras que en la compilación foral aragonesa es conocido como Pedro II, por no haber legislado los dos primeros monarcas de su nombre.

³⁵ PÉREZ MARTÍN, A., *Fori Aragonum*, Fol 73r, 1979, p. 161. <http://www.derechoaragones.es/es/consulta/registro.do?id=601758>. SAVALL Y DRONDA, P. y PEÑEN Y DEBESA, S., *Fueros, Observancias y actos de Corte del reino de Aragón*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1991 vol. I, p. 25. Monter de la Cueva, *Oscensis Vetustissimi Gymnasii adversus novam caesaraugustani attentantam erectionem*, cit. p. 11.

libertades, usos y costumbres de este Reino; para Hortigas, al ser compatibles y no contrarios ambos privilegios, el de Pedro IV y el de Carlos V, en nada contravinieron dicho fuero.

Ante el insistente argumento por parte oscense de la prohibición de fundar otros Estudios Generales en el Reino de Aragón, Hortigas responde con el principio jurídico aragonés positivizado, *standum est chartae*, recogido en los Fueros y Observancias del reino de Aragón. Dicho principio prohíbe hacer una interpretación extensiva y el privilegio del Rey Pedro IV solamente habla de “Estudio”, y no de “Estudio General”, *Ita quod de caetero nulla persona cuiuscumque praeminentiae, dignitatis, conditionis, aut legis existat, tam audax reperiat, quod in aliquo loco regni nostri Aragoni... praesumant intra regnum nostrum Aragoniae alibi, quam in nostro Studio <Generalis> Oscensi*, por ello, concluye, errónea y deliberadamente, que dicha prohibición se refiere a los estudios particulares y no a los generales, ya que la enseñanza de los primeros podía ser falsa.³⁶

Sin embargo, los jueces citados, examinaron el fondo de la cuestión, y se fijaron especialmente en el fuero *De his que dominus rex et alii successores ipsius...*, puesto que dicho juramento significaba que estaban obligados a respetar *de verbo ad verbum*³⁷ el privilegio del Rey Pedro así como sus confirmaciones, por ello en la redacción de su sentencia afirman:

Que queda probado, según este Fuero, que todos los reyes del reino de Aragón están obligados en buena fe, como reyes, a prometer y jurar que observarán y harán observar de forma inviolable todos los fueros, privilegios, libertades, usos y costumbres de este reino:

Et quia per merita <praesentis> processus et <per testes ac instrumenta> <nobis> constat, et signanter per forum regni Aragonum per dictum regem Petrum, in anno millesimo trecentesimo quadragesimo octavo, Caesaraugustae editum, positum in libro Fororum, sub rubrica, De his quae dominus Rex et alii successores ipsius, et incipit: Cum regiae nostrae dignitati...

Y que en virtud de este juramento los privilegios concedidos a ciudades, villas... son irrevocables, y además tiene la fuerza jurídica de ley por estar recogido en los Fueros y Observancias de dicho reino:

³⁶ Tanto Monter como Hortigas se sirvieron de otros principios jurídicos sacados generalmente del Derecho Romano o del Derecho canónico, *Par in parem imperium non habet. Cum aliquid prohibetur, et id prohibitum sit per quod ad illud pervenitur. Cum quid prohibetur, prohibentur omnia, quae sequuntur ex illo* (CrIC. VI.5.84). *Ex diversis non fit illatio; Factum legitime retractari non debet, licet casus postea eveniat, (CrIC. VI.5.13.73). Verba praecedentia namque declarant sequentia* (D. 30,50pr). *Unius inclusio, alterius est exclusio. Omnia enim nostra facimus quibus auctoritatem nostram impartimur* (CJ. 1,17,6). *Nemini facit iniuriam qui iure suo utitur* (IJ). *Ubi est eadem ratio, eadem debet esse iuris dispositio, Exceptio debet esse de regula* (D. 33,9,4).

³⁷ MONTER DE LA CUEVA, M., *Oscensis Vetustissimi Gymnasii adversus novam caesaraugustani attentantam erectionem*, cit. p. 35, *In dictaque confirmatione privilegii <oscensis> <a Caesare Carolo Quinto facta> <privilegium regis Petri> inseritur, <scilicet> de verbo ad verbum privilegium quod confirmatur.*

Quibus iuramentis praestantibus, privilegia concessa civitatibus, locis et singularibus personis dicti regni Aragonum censentur irrevocabilia praesertim, cum sint in legem et forum translata et vim habeant legis per forum praedictum et alias leges et observantias dicti regni.

En consecuencia, emitieron el siguiente fallo:³⁸ Que la ciudad de Caesar Augusta no ha podido ni puede tener Universidad de acuerdo con el privilegio del Rey Pedro IV y sus confirmaciones; y si a esta ciudad le ha sido concedido alguno por reyes o papas, este debe considerarse subrepticio y nulo:

PRONUNTIAMUS ET DECLARAMUS IN HUNC QUI SEQUITUR MODUM:

... CaesarAugustae minime potuisse neque posse adversus privilegia civitatis Oscae per SENTENTIA Reges indulta, Universitatem CaesarAugustae erigere eamque tenere; et privilegium et confirmationes casu quo de illis constare possit, si quae forsant sunt a Regibus vel Pontificibus illi impartita esse, surrepticia tacita veritate et expresse falsitate obtenta et ex hac causa et aliis variis ipso jure nulla et nullius roboris et firmitatis declarari...

Y en la ejecución de la sentencia estos jueces catalanes conminan a las Universidades de Salamanca, Lérida, Coímbra, Alcalá y a otras a no admitir ni reconocer los títulos concedidos por la Universidad de Zaragoza:

Vos autem dilecti regii civitatum, Salmanticae, Illerdae, Coimbri, Compluti, et aliarum Universitatum, Generalium <Studiorum> dictorum... gradusque Bacalauratus, licenciaturae aut doctoratus sive magisterii, <in dicta civitate CesarAugustae inutiles et invalidos esse.>

IV. CONCLUSIONES

- La fundación de las universidades en época romana era exclusividad del poder político, en este caso el emperador Justiniano, quien solamente concedió estos estudios superiores en tres ciudades merecedoras, según los antepasados, de gozar de este privilegio: Roma, Constantinopla y Beirut.
- En la Edad Media la sociedad dependía del poder del Papa (poder religioso) y del poder del rey (poder civil) y solamente ellos tenían la capacidad para fundar Universidades. Las Universidades formaban a las élites de la sociedad y, mediante estas élites que salían de la Universidad, controlaban la sociedad, *Regere Studium Generale ad regendam civitatem*.
- La Universidad de Nápoles fundada en 1224 por el emperador Federico II Hohenstaufen establece en su privilegio, *per scientiarum haustum*, la prohibición de que los estudiantes marchen a estudiar a Bolonia, la Universidad

38 JIMÉNEZ CATALÁN, M., y SINUÉS Y URBIO, J., *Historia de la Real y Pontificia Universidad de Zaragoza*, cit. p. 111.

controlada por el Papado. La Universidad de Nápoles, al ser independiente de la Iglesia, era financiada por el Estado. Esta prohibición, y con el mismo objetivo general, pasó al privilegio concedido por Jaime II para fundar la Universidad de Lérida en el año 1300, que los estudiantes no tengan que peregrinar y mendigar este conocimiento fuera de este reino, *nationes peregrinas expetere... in alienis ipsos oporteat regionibus mendicare*. Esta misma prohibición fue copiada, casi *ad pedem litterae*, en el privilegio del rey Pedro IV para erigir una Universidad en la ciudad de Huesca y con la misma sanción a quienes infringieran esta norma. El privilegio oscense para no infringir la prohibición insertada en el privilegio ilderdense introduce una excepción, mediante la cláusula *non obstante, non obstantibus quibusvis privilegiis et gratiis Studio Illerdensi concessis*.

- Aunque se habían fundado otras universidades posteriores a la de Huesca, sin embargo, ésta solo hace valer su derecho, la prohibición de los estudios universitarios en otro lugar del reino de Aragón, frente a Zaragoza. Esta ciudad había obtenido el privilegio de fundación en todas las disciplinas por el emperador Carlos V en 1542. Esta oposición oscense llegó al rey Felipe II, y dicho rey para resolver el conflicto entre las dos ciudades, Huesca y Zaragoza, nombró a tres jueces independientes y objetivos, el 2 de diciembre de 1585, en las Cortes de Monzón, con residencia en Cataluña.

La defensa de Huesca está detallada en el *Propugnaculum* de Martín Monter de la Cueva, y la de Zaragoza en el libro *Patrocinium pro inclito ac florentissimo caesaraugustano gymnasio* de Gaspar Hortigas. El argumento jurídico más importante, por la parte oscense, es el juramento que debían prestar los reyes de Aragón antes de iniciar su mandato, establecido en el Fuero de 1348 por Pedro IV en las Cortes de Zaragoza, y cuya rúbrica es, *De his quae dominus Rex et alii successores...* Este fuero dispone la obligación de los reyes de Aragón de observar y hacer observar, *Privilegia, libertates, usus, et consuetudines Regni Aragonum...* en consecuencia, deben respetar el privilegio oscense así como sus confirmaciones. Hortigas, por su parte, intentó rebatir uno a uno todos los argumentos oscenses y utilizó para ello el principio *standum est chartae*, aunque de forma equivocada.

- La sentencia dio totalmente la razón a los argumentos oscenses: “Que la ciudad de Caesaraugusta no ha podido ni puede tener Universidad”.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO RUIZ, Alfonso, *La enseñanza del derecho en Roma*, Universidad de La Rioja. 1999.
- , *Oriente y occidente: dos modelos de enseñanza del derecho romano*, «Revista electrónica de derecho Universidad de La Rioja»; n.º 8. 2010.
- , *Justiniano y la reforma de los estudios jurídicos*, «Revista electrónica de derecho Universidad de La Rioja (REDUR) », n.º 10. 2012. <https://doi.org/10.18172/redur.4101>.

- ARCO Y GARAY, Ricardo del, *Memorias de la Universidad de Huesca*, Colección de documentos para la Historia de Aragón, tomo XI, vol. II, Zaragoza, 1912.
- , *Un pleito ruidoso entre Zaragoza y Huesca por la cuestión de la Universidad*, «Linajes de Aragón», VII, Huesca, 1916.
- AYNSA E IRIARTE, Francisco Diego de, *Fundación, excelencias, grandezas, y cosas memorables de la antiquísima Ciudad de Huesca, afsí en lo temporal, como en lo espiritual, diuididas en cinco Libros, cuyos sugetos dirá la pagina figuiente*. Huesca 1619.
- BARBOSA, Agustín, *Loci communes iurisprudentiae*, Lyon 1737.
- BASSOLS DE CLIMENT, Mariano, *Sintaxis Latina*, II. 5.^a reimpresión, Madrid, 1976.
- BETANCOURT-SERNA, Fernando, *Inocencio III (1198–1216) y la Universitas Studiorum [1203 → 1917/1983/1990]*, «Vergensis, revista de investigación de la Cátedra Internacional conjunta Inocencio III», 2016.
- BOFARULL Y MASCARÓ, P., *Colección de Documentos inéditos del Archivo General de la Corona de Aragón*, tomo VI, Barcelona, 1850.
- , *Procesos de las antiguas cortes y parlamentos de Cataluña, Aragón y Valencia*, tomo VI, Barcelona, 1850.
- CARAÑANA, Joan Pedro, *La misión de la Universidad en la edad media: servir a los altos estamentos y contribuir al desarrollo de las ciudades*, «Nómadas, vol. 34, núm. 2. Universidad Complutense de Madrid», 2012.
- CARDINALIS HOSTIENSIS (Enrique de Susa), *Summa Aurea*, Venecia, 1581.
- DE LA FUENTE, Vicente, *Historia de las Universidades, Colegios y demás establecimientos de enseñanza en España*, tomo I, Madrid, 1884.
- DELLE DONNE, F., *Per scientiarum haustum et seminarium doctrinarum*: edizione e studio dei documenti relativi allo Studium di Napoli in età sveva, «Bullettino dell'Istituto storico italiano per il Medioevo», 2009.
- , «La fondazione dello Studium di Napoli: note sulle circolari del 1224 e del 1234», Estratto dagli Atti della Accademia Pontaniana, Nuova Serie - Volume XLII, 1993. [http://oldwww.unibas.it/utenti/delledonne/DelleDonne_Note%20circolari%20studium%20\(ASPN%2042%201993\).pdf](http://oldwww.unibas.it/utenti/delledonne/DelleDonne_Note%20circolari%20studium%20(ASPN%2042%201993).pdf)
- DURÁN GUDIOL, A., *Estatutos de la Universidad de Huesca. Siglos XV y XVI*, Huesca, 1989.
- FERNÁNDEZ LUZÓN, Antonio, *La Universidad de Barcelona en el siglo XVI*, UAB, 2003.
- FOURNIER, Marcel, *Statuts et Privilèges des Universités Françaises depuis leur fondation jusqu'en 1789*, tomo II, París, 1891.
- GARCÍA, Gironda de, *Tractatus de explicatione privilegiorum*, Madrid 1617, <https://patrimoni documental.icam.es/es/consulta/registro.do?id=87374>
- GÓMEZ-IGLESIAS, V., *Naturaleza y origen de la confirmación "ex certa scientia"*, Cuadernos doctorales, N.º 2, 1984
- HORTIGAS, Gaspar, *Patrocinium pro inclito ac florentissimo caesaraugustano gymnasio. Auctore Ioanne Gaspare Hortigas*, Caesaraugustae, 1586.

El fuero De his que dominus rex et... in sententia et litteris executorialibus sententiae latae in faborem...

JIMÉNEZ CATALÁN, Manuel, y SINUÉS URBIOLA, José, *Historia de la Real y Pontificia Universidad de Zaragoza*, Tomo III, La Académica, Zaragoza, 1929.

LÓPEZ, Gregorio, *Las siete partidas del Sabio Rey Don Alonso el IX* [sic], Tomo I, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante 2008, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/las-siete-partidas-del-sabio-rey-don-alonso-el-ix-sic-tomo-i-que-contiene-la-1-y-2-partida-0/>

LLADANOSA Y PUJOL, José, *L'Studi general de Lleida del 1430 al 1524*, Barcelona, 1970.

MONTANER FRUTOS, A., *El Señal del rey de Aragón: Historia y significado*, Zaragoza, Institución «Fernando el Católico», 1995.

MONTER DE LA CUEVA, M., *Oscensis Vetustissimi Gymnasii adversus novam caesaraugustani attentantam erectionem*, Oscae, 1585.

PÉREZ MARTÍN, Antonio, *Fori Aragonum*, Fol 73r, p. 161. 1979. <http://www.derechoaragones.es/es/consulta/registro.do?id=601758>.

PINI, Antonio Ivan, *Federico II, lo Studio di Bologna e il "Falso Teodosiano". Il pragmatismo degli intellettuali. Origini e primi sviluppi dell'istituzione universitaria*. Antologia di storia medievale. I florilegi (5). Scriptorium, Torino, 1996. <http://www.rmoa.unina.it/id/eprint/2625>

RAMÓN DE HUESCA, *Teatro Histórico de las Iglesias del Reyno de Aragón*, tomo VII, Iglesia de Huesca, Pamplona, 1797.

REIFFENSTUEL, Anaklet, *Ius canonicum universum*, Venecia, 1755.

RUBÍO Y LLUCH, A., *Documents per a la historia de la cultura catalana medieval*, vol. I, Barcelona, 2000.

SAVALL Y DRONDA, P., y PEÑEN Y DEBESA, S., *Fueros, Observancias y actos de Corte del reino de Aragón*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1991.

SPAGNUOLO, M. *Lictere Generales, establishing the University of Naples*. Internet Medieval Sourcebook, New York: Fordham University Center for Medieval Studies. Retrieved March 6, 2012 from <http://www.fordham.edu/halsall/source/1224fred2-lictgen.html>

SUÁREZ, Francisco, *Tractatus de Legibus*, Madrid, 2010.

VILLANUEVA, Jaime, *Viage literario de las Iglesias de España*, Tomo XV, Madrid, 1851.

PROFESIONALISMO O ACADEMICISMO EN LA FORMACIÓN UNIVERSITARIA DEL JURISTA*

PROFESSIONALISM OR ACADEMICISM IN THE UNIVERSITY EDUCATION OF LAWYERS

ÓSCAR VERGARA LACALLE
Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidade da Coruña

RESUMEN

El Proceso de Bolonia ha pretendido imprimir un giro en la educación superior que tiene varios ejes. Uno de ellos consiste en convertir al estudiante en el protagonista del proceso de aprendizaje, bajo la idea clásica de que la educación no es un vaso que hay que llenar, sino una llama que hay que encender. De este modo, el esfuerzo educativo se dirige a que los estudiantes adquieran competencias y no tanto a que almacenen conocimientos inertes. En este trabajo se aborda el problema de entender esas competencias en un sentido demasiado profesionalizante, como parecen requerir las actuales tendencias institucionales, bajo la intuición de que la Universidad pierde algo importante cuando deja de lado su vocación esencialmente académica y se deja moldear por las exigencias mutantes y apresuradas de los mercados.

Palabras clave: Universidad. Facultad de Derecho. Formación del estudiante. Humanidades. Competencias. Proceso de Bolonia

* Agradezco al Profesor Pedro Serna sus valiosas sugerencias y, en general, su orientación en el oficio universitario.

ABSTRACT

The Bologna Process has sought to bring about a shift in higher education along different lines. One of them is to empower the student as the agent of the learning process, under the classical idea that education is not a vase to be filled, but a flame to be lighted. In this way, the educational focus is directed towards the acquisition of competences by students rather than towards the mere gathering of inert knowledge. This paper addresses the problem of understanding these competences in an overly professionalising sense, as current institutional trends seem to require, under the intuition that the University misses something important when it leaves aside its essentially academic vocation and allows itself to be moulded by the changing and rushing demands of the markets.

Key words: University. Faculty of Law. Student training. Humanities. Competences. Bologna Process

SUMARIO

I. VISIÓN PROFESIONALIZANTE. 1. LA PERSPECTIVA DEL ESPACIO EUROPEO DE EDUCACIÓN SUPERIOR. 2. LA UNIVERSIDAD DEL FUTURO. II. PROBLEMAS DEL PLANTEAMIENTO PROFESIONALISTA. 1. FUNCIÓN DE LA UNIVERSIDAD. 2. COMPETENCIA DEL PROFESOR UNIVERSITARIO. III. LA UNIVERSIDAD COMO ACADEMIA. 1. LA ÍNDOLE LIBERAL DE LOS ESTUDIOS UNIVERSITARIOS. 2. RESPONSABILIDAD ÉTICA DEL PROFESOR UNIVERSITARIO. 3. EL PAPEL DE LAS HUMANIDADES. A. *Sentido de las humanidades en la formación universitaria*. B. *Utilidad de las humanidades*. C. *Las disciplinas humanísticas en la carrera de Derecho*. IV. RECAPITULACIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA.

Desde 2021, la revista jurídica *Eunomía* ha propiciado la celebración de una serie de seminarios, de los cuales he tenido conocimiento gracias al Profesor José Ignacio Solar, cuyo objeto es debatir «sobre la situación de los estudios jurídicos, de las profesiones jurídicas y de las previsiones sobre su evolución»¹. Las primeras cuatro sesiones han sido recogidas en los dos últimos números de la citada revista,

¹ Las sesiones han sido grabadas, de modo que pueden consultarse en la siguiente dirección: <https://culturadelalegalidad.net/es/content/juristas-de-mediados-del-siglo-xxi> [Consulta 12 de noviembre de 2022].

los correspondientes a los números 22 y 23². Aunque los temas debatidos son variados, las cuestiones centrales, por lo que se refiere a la formación universitaria del jurista, parecen ser las que se corresponden con el «qué», las materias que deben incluirse en la carrera de Derecho, y el «cómo», la metodología a emplear en su impartición. Ahora bien, como señala M. Atienza, se trata de cuestiones que dependen, a su vez, del «para qué», pues, a su juicio, «lo más decisivo es tener una idea clara de qué es lo que se pretende obtener en el proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho»³. Pues bien, a la hora de despejar esta cuestión se plantea el dilema, señalado por L. Martín Rebollo, y que se quiere abordar en estas páginas, acerca de «si los estudios universitarios deben orientarse hacia un tipo de formación generalista, formación de juristas en sentido amplio, o si, por el contrario, deben tener un componente más directamente profesional»⁴. Denomino perspectiva «academicista» a la primera, en virtud del sentido originario de lo académico, a que luego me referiré, y perspectiva «profesionalista» a la segunda. Ésta será la que se analice en primer lugar (ep. I). Una vez señalados sus inconvenientes (ep. II), plantearé la necesidad de orientar los estudios de Derecho desde una perspectiva más académica sobre la base de tres fundamentos (ep. III).

I. VISIÓN PROFESIONALIZANTE

Se ha afirmado que las universidades profesionalizantes «están de moda», sobre todo en el ámbito de la universidad privada, la cual no solo ofrece formación profesional, sino la posterior inserción laboral, lo cual, afirma S. Barona, ha motivado que las universidades públicas se hayan visto empujadas a multiplicar títulos y dobles grados y a crear oficinas de inserción laboral. Como ha escrito Barona, «frente a un más lógico doble camino universidad-formación profesional, pareciera que la simbiosis de ambos está alterando la esencia universitaria, asumiendo como rol protagonista la segunda sobre la primera»⁵. Creo que es posible constatar esto atendiendo a la evolución que ha seguido el Proceso de Bolonia.

² En la sección «Rincón de lecturas. Debatiendo». Vid. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/issue/archive> [Consulta 12 de noviembre de 2022]. Mientras que en el número 22 se han agrupado las perspectivas elaboradas desde el ámbito universitario, en el número 23 se han recogido las aportaciones efectuadas desde el mundo profesional, sin que esto signifique necesariamente que los primeros se adhieran a una visión más academizante de los estudios, mientras que los segundos se sitúen en una perspectiva más profesionalizante.

³ ATIENZA, M., «Cinco ideas para la formación del jurista de mediados del siglo XXI», *Eunomía*, 22, 2022, p. 367.

⁴ MARTÍN REBOLLO, L., «Sobre la formación del jurista del siglo XXI (un retablo más o menos utópico con Bolonia como fondo)», *Eunomía*, 22, 2022, p. 448.

⁵ BARONA VILAR, S., «Psicoanálisis de la enseñanza del derecho en el siglo XXI. ¿Evolución, revolución o caquexia?», *Eunomía*, 22, 2022, p. 429.

1. LA PERSPECTIVA DEL ESPACIO EUROPEO DE EDUCACIÓN SUPERIOR

El Proceso de Bolonia fue concebido originalmente para formar un espacio educativo común que facilitara la movilidad y la empleabilidad de los ciudadanos⁶. Una de las claves para ello consistía en poner el foco más en el aprendizaje que en la docencia⁷. En correspondencia, la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre de 2001, de Universidades, señala en su Exposición de Motivos que el nuevo modelo de enseñanza promueve una formación de calidad que atienda a los retos y desafíos del conocimiento y *dé respuesta a las necesidades de la sociedad y, en particular, del sistema productivo*.

El proceso de Bolonia experimentó un nuevo impulso a través de la Conferencia de Lovaina, de 2009, que insistió en la idea de aprendizaje permanente a lo largo de la vida como parte integrante de los sistemas educativos del continente, lo que conlleva la *flexibilización* de las trayectorias de aprendizaje⁸. Otra clave para el Comunicado de Lovaina, relacionada con la anterior, es la *empleabilidad*, lo que entraña que la educación superior «deberá dotar a los alumnos de las necesarias habilidades y competencias y los conocimientos avanzados a lo largo de toda su vida profesional»⁹.

La empleabilidad faculta al individuo para maximizar las oportunidades que ofrece el cambiante mundo laboral. Por eso, el Proceso de Bolonia se compromete a que la educación superior responda mejor a las *necesidades de los empleadores*. En efecto, en las últimas décadas, el sistema educativo ha sido objeto de enormes presiones para adaptarlo a las necesidades del mundo económico¹⁰. La política educativa dominante busca su eficacia y para ello debe asimilar la educación a la producción de capital humano, a fin de aumentar la competitividad económica en el marco de un mundo globalizado¹¹.

⁶ Este proceso comienza en 1999 con la famosa Declaración de Bolonia, que inaugura el Espacio Europeo de la Enseñanza Superior, de 19 de junio de 1999.

⁷ El Proceso de Bolonia se suma a una serie de transformaciones que en este sentido ya se habían impulsado sobre todo en algunos países anglófonos, como EE UU, RU, Canadá o Australia. Cfr. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I; MADINABEITIA EZKURRA, A., «La transformación docente de la universidad a veinte años de Bolonia: balance y claves para un futuro por definir», *Profesorado. Revista de currículum y formación del profesorado* 24/2, 2020, p. 30.

⁸ Cfr. *El proceso de Bolonia 2020. El Espacio Europeo de Educación Superior en la nueva década, Comunicado de la Conferencia de Ministros europeos responsables de educación superior*; Lovaina, 28-29 de abril de 2009, párs. 10-12.

⁹ *Ibid.*, pár. 13.

¹⁰ Cfr. SOLÉ BLANCH, J., «El cambio educativo ante la innovación tecnológica, la pedagogía de las competencias y el discurso de la educación emocional», *Teri* 32/1, 2020, pp. 101-121.

¹¹ Cfr. LAVAL, Ch., *La escuela no es una empresa. El ataque neoliberal a la enseñanza pública*, trad. de J. Terré, Paidós, Barcelona, 2004, pp. 167-173.

Una noción clave en este ajuste al mercado laboral es la noción de *competencia*. La formación en competencias que capaciten al alumno para arreglárselas en entornos laborales y empresariales competitivos implica un giro copernicano en la educación universitaria. En efecto, bajo este punto de vista metodológico, la enseñanza ya no puede consistir en una mera transmisión de contenidos, sino en la incorporación de una serie de capacidades, lo que hace que el alumno se convierta en el protagonista del proceso de aprendizaje, pues las competencias son algo que él mismo tiene que cultivar. En correspondencia, al profesor se le pide que tutele este proceso y que acompañe al alumno en el proceso de aprendizaje del que es protagonista. Coherentemente, el sistema de créditos ECTS no se calcula objetivamente en función de las horas de docencia expositiva, sino que trata de estimar el esfuerzo en horas de trabajo reales del alumno en el proceso de aprendizaje. Se trata de un sistema que mide el trabajo del estudiante de modo que se establezcan equivalencias homologables, esto es, a igual trabajo igual reconocimiento, con independencia del país.

Se ha señalado que este giro metodológico presupone dos grandes transformaciones. En primer lugar, puesto que son las universidades las que expiden los títulos se hacía necesario asegurar su calidad, esto es, constatar que se cumplían unas condiciones asimilables en todas las universidades de la Unión Europea. En segundo lugar, era preciso, como se ha dicho, un nuevo diseño de las titulaciones basado no tanto en contenidos como en competencias¹². En relación con lo primero se definieron los «Criterios y directrices para el aseguramiento de la calidad en el EEES», formulados en 2005 y revisados en 2015 y se crearon diversas instancias de control de calidad, lideradas por la European Association for Quality Assurance in Higher Education (ENQA), a la que pertenecen 56 agencias, entre ellas la española Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA), creada en 2002, a la que hay que sumar otras 11 agencias autonómicas¹³.

En cuanto a lo segundo, los temarios de las asignaturas, tradicionalmente diseñados de acuerdo con criterios disciplinares, se determinan en función de la adquisición de competencias. Ahora no puedo detenerme aquí, pero, en sí misma, la noción de competencia, entendida como «el conjunto de conocimientos, capacidades y habilidades académicamente relevantes, que le confiere el título universitario alcanzado», por recoger la definición del RD 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad, en su Exp. de Mot., es neutra y, considerada formalmente, valiosa. Al fin y al cabo, como ha señalado L. Martín Rebollo, la enseñanza o el aprendizaje «no consisten en almacenar datos o memorizar conceptos —aprender no es recordar— sino saber operar con ellos. Supone, pues, entender, comprender, analizar, sintetizar, formular juicios,

¹² Cfr. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I.; MADINABEITIA EZKURRA, A., art. cit., p. 33.

¹³ Cfr. *Ibid.*, pp. 33-34.

razonar, aplicar»¹⁴. Por otra parte, hay que aclarar que no se trata tanto de *tener* competencias, como de *ser* competente¹⁵. Por eso, una definición interesante de competencia es la que propone el Marco pedagógico de la Universidad de Deusto, como «conjunto de conocimientos, capacidades, habilidades o destrezas adquiridas, que da lugar a un buen nivel de desarrollo y actuación»¹⁶. Esta apelación al *ser* por encima del *tener* creo que conecta adecuadamente con la idea clásica de *destreza* (el diestro es quien, por así decirlo, ha connaturalizado su destreza, no quien se limita a seguir mecánicamente las fases de un método), que es la propia de quien domina una técnica¹⁷.

En definitiva, creo que es indudable que los alumnos deben adquirir competencias en el sentido profundo indicado. La cuestión es si esas competencias deben tener una orientación más profesional o académica. Parece que el Proceso de Bolonia y su trasposición normativa en España ha optado por lo primero. Así, el citado Real Decreto 822/2021 confirma en su Exposición de Motivos que todas las universidades españolas han completado la adaptación de la estructura cíclica conformada por el Grado, el Máster y el Doctorado, «incorporando una formación más especializada en términos de empleabilidad o de investigación». El RD indica que todos estos planteamientos tienen el sentido de permitir que las personas egresadas puedan *entrar con garantías en los mercados laborales y globales*. Esta nueva alusión a los mercados (más adelante vuelve a mencionar las «demandas de unos mercados laborales en reestructuración» y la necesidad de «robustecer las capacidades de empleabilidad») patentiza la asunción de la concepción profesionalizante de los estudios superiores. Para moderar esta afirmación se alega que, «al mismo tiempo se refuerza la formación de los y las universitarias para ejercer como ciudadanos y ciudadanas libres, críticos y comprometidos en nuestras sociedades democráticas». Más abajo (ep. III.2) diremos algo sobre esta última cuestión.

¹⁴ MARTÍN REBOLLO, L., art. cit., p. 465.

¹⁵ Cfr. TEJADA, J.; RUIZ, C., «Evaluación de competencias profesionales en Educación Superior: Retos e implicaciones», *REDU. Revista de Docencia Universitaria* 18/1, 2020, pp. 21-22.

¹⁶ UNIVERSIDAD DE DEUSTO, *Marco pedagógico UD. Orientaciones generales*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, p. 28.

¹⁷ Bajo la concepción aristotélica, la técnica se asemeja hasta cierto punto a la prudencia, en el sentido de *phrónesis*, que consiste en una especie de destreza intelectual basada en las virtudes morales —Aristóteles define la prudencia como la capacidad de deliberar rectamente (*τὸ δύνασθαι καλῶς βουλευσασθαι*)—, a través de la que se determina lo que debe hacerse en cada caso, en vista a lo que es bueno en general, y que también constituye una forma de ser. Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1140a25-27. Se ha consultado la ed. biligüe del CEPC, trad. de J. Marías, Madrid, s.f.e. A mi juicio no es conveniente separar el ejercicio profesional del ámbito de la ética y confinarlo únicamente en el ámbito de la técnica. Si hacemos esto, la formación deontológica no vendrá a ser más que un añadido o un correctivo externo que se desenvuelve en un plano distinto al del ejercicio profesional, que el profesional sin escrúpulos fácilmente puede aislar y cancelar. En cambio, hay que decir que la actividad profesional, por regla general, a diferencia de algunos oficios que solamente son técnicos, es una actividad híbrida entre la técnica y la prudencia. Por eso habría que tratar de corregir aquellos diseños curriculares que no asuman como misión formar una competencia en este sentido. Más abajo tratamos de la dimensión ética de los estudios universitarios.

Bajo esta óptica, las competencias constituyen un puente entre la formación académica y el mercado de trabajo. Se ha señalado, en efecto, que el giro hacia un diseño basado en esta clase de competencias tiene tres ejes¹⁸: a) la necesidad de explicitar lo que el alumnado debe conseguir en cada una de las asignaturas, así como en la titulación en su conjunto; b) la premisa de que el perfil de egreso desemboca de alguna manera en el concepto de empleabilidad y mundo del trabajo; c) la idea de que para conseguir esto es necesario introducir cambios en las metodologías y en los sistemas de evaluación que deben garantizar que el aprendizaje sea visible y constatable.

En síntesis, la construcción del EEES es un proceso que entraña la armonización y la convergencia de los sistemas universitarios europeos en la formación de profesionales para la consecución de un mercado único de capitales, de bienes y servicios y de profesionales¹⁹.

2. LA UNIVERSIDAD DEL FUTURO

En 2017, un grupo de expertos en innovación educativa emprendió la tarea de reunir las visiones de distintas personalidades de varios ámbitos, no solo académico, sino también político y empresarial, acerca de la Universidad del futuro. El resultado de esta iniciativa se concretó en la publicación de *The Future of Universities Thoughtbook*, el cual ha tenido cuatro ediciones²⁰. Dos de sus impulsores, T. Davey y V. Galán, han analizado en un artículo las contribuciones de los 150 expertos consultados y, a partir de ellas, han elaborado una lista de cinco objetivos principales para las universidades en 2040; a saber: a) *talent-engine*; b) *life partner*; c) *discovery*; d) *home base*; e) *launch-pad*²¹.

a) El primero de ellos, *talent-engine*, es un desarrollo coherente de la idea de competencias. Aunque esta noción ya viene realizándose desde hace más de dos décadas tiene sentido que constituya un objetivo para el 2040 porque su implementación ha sido en buena medida formularia. Implica, como señalan Davey y Galán, convertir las clases magistrales «en seminarios, talleres, proyectos y mentorías centrados en el alumno, aplicando modalidades híbridas y de aula invertida con profesores convertidos en facilitadores y mentores». Implica también la desaparición de los exámenes basados en la memoria y su sustitución por «proyectos y

¹⁸ Cfr. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I.; MADINABEITIA EZKURRA, A., art. cit., p. 34.

¹⁹ Cfr. ÁLVAREZ ROJO, V. *et alii*, «Perfiles docentes para el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) en el ámbito universitario español», *RELIEVE. Revista Electrónica de Investigación y Evaluación Educativa* 15/1, 2009, p. 2.

²⁰ Ediciones de Europa (2017); Australia (2018); EE UU/Canadá (2019) y edición Universidades en tiempos de crisis (2020). Cfr. <https://www.uiin.org/2020/03/12/what-is-the-future-of-universities/> [Consulta: 14 de noviembre de 2022].

²¹ Cfr. DAVEY, T.; GALÁN, V., «La Universidad en el 2040», *Nueva Revista* 30 abril 2022. Cfr. <https://www.nuevarevista.net/la-universidad-en-el-2040/> [Consulta: 14 de noviembre de 2022].

desafíos». Se pretende también que muchos contenidos «se gamifiquen» (según la terminología pedagógica al uso, esto significa ludificación, esto es, la utilización del juego para conseguir los objetivos de aprendizaje), para que el aprendizaje «sea más lúdico y apegado a la realidad». Se impulsa asimismo el autoaprendizaje, el desarrollo de habilidades transversales o blandas (como por ejemplo la resolución de problemas complejos, la creatividad, la innovación o el autoaprendizaje).

A su vez, el currículo es codiseñado por los docentes junto con un «amplio grupo de empleadores y representantes de la sociedad civil» (esto con la mira de que los graduados *se adapten al mercado laboral futuro*), entre cuyas propuestas elige el alumno las que mejor le parezcan, asistido por un tutor. Estos mismos representantes de la industria y la sociedad civil se involucran, a tenor de este objetivo, en la misma docencia a través de charlas, ponencias, prácticas o incluso la impartición de asignaturas completas y, a su vez, ofrecen a los alumnos la posibilidad de realizar prácticas en sus organizaciones. En correspondencia, afirman estos autores, la validación de los conocimientos adquiridos no se ciñe a la expedición de un título que certifica lo que saben, sino también «lo que saben hacer con su formación». Aunque Davey y Galán hablan no solo de formar buenos profesionales, sino también buenos ciudadanos, por el desarrollo que hacen de esta idea da la sensación de que buen ciudadano es el que se integra con éxito en una estructura económica y cumple con lo que espera el mercado de él.

b) El segundo «rol» de las universidades del futuro se denomina *Life partner* y en realidad es también otro de los ejes del Plan Bolonia, pues se dirige a la «mejora de las habilidades de los miembros de la sociedad a lo largo de sus vidas, con el fin de que puedan afrontar con éxito los retos de un mundo cambiante». Esto es, la misión de la Universidad ya no es solo formar a aquellos estudiantes que han terminado la educación secundaria con el fin de prepararlos para sus futuras ocupaciones profesionales, sino ampliar su oferta educativa a adultos que buscan mejorar su conocimiento, reforzar sus habilidades actuales o aprender otras nuevas que les permitan encontrar o mantenerse en un puesto de trabajo, promocionar, cambiar de sector o que simplemente tienen un interés intelectual en algún área o tema específico. Esto vale también para jubilados que desean seguir formándose en cualquier disciplina.

Las nuevas pedagogías y la flexibilidad en el aprendizaje «hacen de las universidades una opción atractiva para individuos en cualquier momento de sus vidas». Según este objetivo, desaparece el concepto de graduado o antiguo alumno y las universidades adaptan su oferta educativa al estudiante permanente. Gracias a las nuevas tecnologías de la información, las universidades se flexibilizan para facilitar que los estudiantes «comiencen, dejen y retomen sus estudios en cualquier momento, organicen su aprendizaje de diferentes formas [...] y decidan cuándo completan el trabajo de sus cursos [...] y qué módulos del curso pueden seleccionar de otros programas [...]».

Este objetivo, como he dicho, es otro de los objetivos del Plan Bolonia que, igualmente es susceptible de mejora en la medida en que, si no se ha desarrollado

convenientemente el diseño curricular de las competencias, difícilmente puede realizarse este objetivo, pues depende de que el anterior se verifique. Parece configurarse así una Universidad a la carta en que ésta de algún modo se pone *al servicio del cliente*.

c) El tercer papel de la educación superior, que denominan *Discovery*, no parece aportar nada especialmente nuevo, pues tiene que ver con el desarrollo de la investigación, que simplemente se entiende que tiene que ser «visionaria y colaborativa». Esto hace referencia, respectivamente, a la necesidad de que la universidad no «desaproveche su gran potencial» para contribuir a la sociedad a través de su conocimiento, tecnología y capital humano investigador y a la necesidad de que las universidades actúen como «coordinadores de las redes de conocimiento». La novedad es una cuestión de matiz, pues se insiste en que esta colaboración tiene que abrirse no solo a otros investigadores que trabajen en los mismos temas de interés, sino también a la industria, la Administración y otros emprendedores y grupos sociales, con el fin de crear gran cantidad de sinergias y mejorar exponencialmente los resultados de la investigación y su impacto.

d) Con el rol *Home-Base* se convierte a la Universidad del futuro «en un espacio abierto de intercambio para el trabajo colaborativo en la región». Este objetivo sí que constituye una novedad que no figuraba entre los del Plan Bolonia. Bajo este principio, la Universidad se convierte en un «lugar de experimentación colectiva y de cocreación entre los grupos de interés». En ellas pueden convivir estudiantes, *startups*, empresas y miembros de la comunidad que permitan orientar la investigación a la solución de problemas regionales. La Universidad se ve, a tenor de este objetivo, como una parte central en el «ecosistema de innovación regional», articulable en un parque científico o tecnológico o bien en un distrito de innovación. No es necesario que los lugares de interacción sean físicos. Se prevé que en 2040 las universidades estén «libres de la lógica del espacio físico» y sean capaces de «conectar a individuos y organizaciones de todo el mundo para investigación y educación digitalmente de manera sincrónica o asincrónica, multiplicando exponencialmente su potencial de impacto».

e) Finalmente, en virtud del papel de *Launch-Pad*, la Universidad asume la función de lanzar nuevas empresas, apoyando *spin-offs* de académicos para llevar resultados de investigación al mercado, así como *start-ups* para que estudiantes exploten sus ideas innovadoras. Abre además sus puertas para dar apoyo a pequeñas y medianas empresas y *scale-ups* regionales. Este apoyo implica lugares físicos y virtuales de emprendimiento e innovación, como centros de innovación, *maker spaces*, *fablabs*, incubadoras, aceleradoras y espacios de *co-working*.

Los autores critican la tendencia tradicional de las universidades a constituir auténticas torres de marfil que apenas han cambiado a lo largo de los siglos. En cuanto a su estructura, el esbozo ofrecido de la Universidad del futuro no entraña una novedad radical, pues en el fondo se articula en torno a la triada tradicional docencia, investigación y transferencia. Y en cuanto a sus concreciones, las dos primeras forman parte del giro que ya ha imprimido el Plan Bolonia a la

educación superior: formación de competencias y aprendizaje permanente. Y por lo que respecta a la investigación, innovación y transferencia, lo que depara el futuro es, al parecer, una mayor colaboración con otras instancias sociales, políticas y económicas y una mayor proyección de la Universidad.

En relación a la carrera de Derecho en particular, J. Zornoza ha señalado en este sentido que «la colaboración con los distintos grupos de interés preocupados por la formación de los juristas, sean públicos o privados, es esencial para el diseño de unos planes de estudio adecuados para la formación de los juristas de las próximas generaciones»²². En efecto, procurar una mayor transferencia de conocimiento a la sociedad es una de las maneras más importantes que tiene la Universidad de servir a la sociedad. Según L. Polo, los que detentan la cultura superior no pueden constituir un grupo cerrado, sino que deben procurar que ésta sea participada por los demás. He aquí una de las claves de la formación universitaria: la generosidad como deber social.²³ Si la Universidad se aísla, opina Polo, no hace partícipe a la sociedad de los bienes superiores, se agota en sí misma y pierde su justificación y la sociedad experimenta un importante quebranto. La transferencia o extensión universitaria es una función externa, pero no eventual ni subsidiaria. De suyo se produce transferencia a través de los alumnos que terminan la carrera, pero esto genera un desnivel entre los que han recibido formación universitaria y el resto de la población. Con la transferencia universitaria se busca igualar ese desnivel; es, afirma Polo, una función social de primera magnitud²⁴.

Ahora bien, en virtud de lo que se va a explicar a lo largo de este trabajo, es preciso evitar cuidadosamente que la Universidad asuma una posición servil con respecto al mercado, amoldándose flexiblemente a sus requerimientos, que es a lo que pareciera que tiende la Universidad del futuro según el planteamiento recién descrito. Davey y Galán prevén, en efecto, que el proceso no esté «exento

²² ZORNOZA, J., «La formación del jurista a mediados del siglo XXI. Más preguntas que respuestas», *Eunomia* 22, 2022, p. 478.

²³ Cfr. POLO, L., «La crisis de la Universidad», en POLO, L., *Claves de la universidad y del profesor universitario*, Pamplona, Eunsa, 2018, cit., p. 87.

²⁴ Cfr. *ibid.*, p. 88. Este desnivel, afirma Polo, se manifiesta en la existencia de dos tipos de cultura: la cultura superior y la cultura de masas. No es que los excluidos del saber superior carezcan de información, que la tienen, y abundante, el problema es que tiende a degradarse por no estar en contacto con el saber superior. En este sentido, la desproletarización más importante no es la que ha llevado a cabo la extensión del consumo en las últimas décadas, sino la de la cultura superior. Cfr. *ibid.*, p. 90. Es más solo esta última permite corregir las disfunciones derivados de la homogeneización del nivel de consumo. Otra homogeneización posible proviene de los medios de comunicación. Pero hay otra homogeneización social igualmente insidiosa, que es la que produce la prensa y los medios de comunicación que, como señalan V. Bellver y P. Talavera, suelen estar en manos de grupos empresariales que tienden a crear con el mundo político una trama de intercambios de dinero, poder e influencia mediática. Frente a este poder, la Universidad debe convertirse en un espiritual independiente y superior a la prensa. Cfr. BELLVER, V.; TALAVERA, P., «Ortega y la misión de la cultura en la Universidad. La concepción orteguiana del profesor universitario», *El Basilisco*, 2.ª época, n.º 31, 2001, p. 94.

de resistencia por parte de algunos académicos y gestores», entre los que me cuento modestamente, pero consideran que «está más que demostrado que una universidad tradicional que no se reinvente va a terminar por ser irrelevante para la sociedad actual y futura» y prevén que esa falta de relevancia la haga desaparecer, de modo que, concluyen, «si no se arriesga, se arriesga mucho más».

En conexión con el debate al que hacía referencia al comienzo de este trabajo, desde el ámbito de los grandes despachos internacionales de abogados también parece reclamarse un tipo de profesional que no se limita a conocer y aplicar la ley. El tipo de abogado que se busca, en cambio, es uno que sea capaz de generar relaciones de confianza con compañeros y clientes, para lo que se le requiere una serie de habilidades específicas, como la inteligencia emocional, la empatía, la comunicación, la oratoria y la capacidad negociadora, las cuales se considera que son claves para avanzar con éxito en la carrera profesional²⁵. Según este planteamiento, en especial tras la pandemia recientemente vivida, se pide que los profesionales de la abogacía tengan capacidad de liderazgo, desarrollen habilidades para adaptarse al cambio, conozcan también los sectores económicos sobre los que asesoran, adquieran inteligencia emocional y sepan manejar las herramientas tecnológicas²⁶.

Ahora bien, fácilmente se advierte que estas competencias apenas pueden adquirirse en la Universidad. De hecho, en el artículo citado se resalta que el despacho en que trabaja la autora de éste cuenta con diferentes y muy amplios planes de formación disponibles todo el año para los profesionales, con su propia plataforma de formación²⁷. Podría interpretarse que esta necesidad de asumir la formación de sus profesionales sea debida a que la Universidad no colma esta expectativa, pero esto no parece ser el caso, porque en el mismo artículo se ha señalado que la base de todo buen jurista es la formación sólida y de calidad²⁸. Al fin y al cabo, como se señala desde otro gran despacho internacional de abogados: «Posteriormente, y a lo largo de su vida profesional el jurista no dispondrá de tanto tiempo para dedicarlo a profundizar en esas materias, por lo que, cuanto más profundice durante sus estudios, mayor será la base y más sólidos sus conocimientos de cara a futuro cuando llegue el momento de ponerlos en práctica esas bases sólidamente adquiridas»²⁹.

²⁵ Cfr. MENOR SÁNCHEZ, P., «Reflexiones sobre la formación de los abogados del siglo XXI», *Eunomía* 23, 2022, p. 426. La autora forma parte del equipo de abogados de DLA Piper, que es un despacho global con más de 8.000 profesionales en 40 países.

²⁶ Cfr. *ibid.*, pp. 426-429.

²⁷ Recibe el nombre de «Academia», como tantas formaciones profesionales en la actualidad: DLA Piper Academy, lo que en el fondo no es necesariamente consistente, como se verá abajo, con el planteamiento original de la Academia platónica.

²⁸ Cfr. MENOR SÁNCHEZ, P., art. cit., p. 427.

²⁹ SÁENZ CASTRO, D., «La formación del jurista en el siglo XXI desde la perspectiva del ejercicio profesional de la abogacía», *Eunomía* 23, 2022, p. 435.

Pues bien, ésta me parece que es la misión de la Universidad, en particular, por lo que se refiere a los estudios de Derecho: ofrecer una formación sólida que ofrezca a nuestros egresados contar con una base firme desde la que valorar, interpretar y hacer frente a unos desafíos sociales, económicos y profesionales en continuo cambio.

II. PROBLEMAS DEL PLANTEAMIENTO PROFESIONALISTA

El problema fundamental del planteamiento profesionalista se acaba de enunciar. Es verdad que la Universidad debe formar profesionales y desarrollar una función de transferencia a la sociedad, pero si hacemos demasiado hincapié en su dimensión profesionalizante, si la enganchamos, por así decirlo, a la cadena de transmisión de los mercados, siempre dinámicos y en permanente transformación, se introduce en los estudios un régimen de flexibilidad y agitación que priva a los futuros profesionales de lo más valioso y específico que puede ofrecer la Universidad, como es precisamente una formación sólida y reposada (no se quiere decir inmutable), fundamental y fundamentada, que permita afrontar o contrastar críticamente los nuevos desafíos que continuamente salen al paso del profesional, y más en nuestros días, con el fin de enfocar aquéllos desde una posición de libertad, no solo práctica, sino también ética, de tal modo que no se convierta en una pieza más del mecanismo, sino que tenga la capacidad de contribuir a configurar la misma realidad sobre la que opera. Quiere decirse con ello que la Universidad está esencialmente conectada, a través de la verdad, con la libertad³⁰.

Que la Universidad debe formar profesionales, como decimos, está fuera de toda duda, y este objetivo práctico no puede desaparecer del horizonte formativo de los planes de estudio. Es claro que las Facultades de Derecho tienen la función de formar juristas, cuyo papel principal consiste en la solución de problemas jurídicos a través de una actividad argumentativa. Pero formación profesional no equivale a formación profesionalizante, salvo en la Formación Profesional propiamente dicha, o en las *escuelas* profesionales o de negocios. Justamente por eso, los estudios de Derecho no se imparten en Escuelas universitarias, sino en Facultades.

Voy a señalar aquí dos dificultades del planteamiento profesionalizante para la formación universitaria, al menos la dirigida a futuros juristas, si bien estas consideraciones tienen un carácter general.

³⁰ En este sentido, la expresión inversa («la liberad os hará verdaderos») constituye el lema de la desvirtuación máxima posible de la idea de Universidad.

1. FUNCIÓN DE LA UNIVERSIDAD

No hay duda, como decimos, de que la Universidad debe ser útil a la sociedad. En este sentido tienen razón quienes, desde el lado profesionalizante, señalan que aquélla no puede consistir en una torre de marfil en la que dedicarse a especulaciones completamente abstractas y desvinculadas de la realidad de la vida social, olvidando que aquélla tiene que formar profesionales. Ahora bien, esto no significa que la Universidad constituya un mero instrumento o herramienta puramente auxiliar al servicio de dicha formación, porque esta subordinación impediría justamente cumplir con este servicio. En efecto, un profesional que solo conoce las reglas de su oficio no se puede decir que sea propiamente un profesional, sino que será meramente un técnico o artesano, sin desmerecer el respeto debido a estas actividades. Es obvio que ambos, profesional y técnico, merecen igual consideración, pues cada uno cumple con una función social, desarrollando un papel valioso en el conjunto de la sociedad, pero se trata de contribuciones diversas. Por esta razón, si la Universidad, hablando en términos generales, está llamada a formar profesionales y no solo técnicos, entonces cuando se dedica a lo segundo no cumple con su función o no llena su concepto.

Esto implica que la formación universitaria se ha de definir, no tanto por el mercado, sino sobre todo por el concepto de Universidad y lo que caracteriza esencialmente a ésta es, como señala Jaspers, la búsqueda científica (metódica) de la verdad. En efecto, para Jaspers, el deseo originario de saber es el estímulo dominante de la vida de la Universidad para profesores y alumnos, si bien todo progreso del conocimiento presupone el trabajo persistente e infatigable que consiste, entre otras cosas, en aprender y ejercitarse en la ampliación del saber poseído y en el dominio de los métodos³¹.

La Universidad es una escuela única en su especie, señala Jaspers. En ella no solo se debe enseñar, sino que «el alumno debe tomar parte en la investigación y adquirir así una formación científica decisiva para su propia vida»³². De acuerdo con ello, los alumnos deben ser autónomos, responsables, con un espíritu crítico ante sus maestros. Poseen, afirma Jaspers, la libertad de aprender.

Según Jaspers, en la Universidad, profesores y alumnos se reúnen libremente «con la única tarea de aprehender la verdad», pues el hecho de que en algún lado tenga lugar una búsqueda incondicional de la verdad es, en su opinión, «un derecho del hombre en cuanto hombre»³³. Y un poco más abajo dice que en la Universidad se realiza el deseo originario de saber, que primeramente no posee

³¹ Cfr. JASPERS, K., *La idea de universidad*, trad. de S. Martín, Euns, Pamplona, 2013, p. 72.

³² *Ibid.*, pp. 17-18.

³³ *Ibid.*, p. 18.

en sí otra finalidad que la de saber qué es posible conocer y lo que resulta en nosotros por medio de ese conocimiento:

«Este deseo de saber se materializa en el ver, en la metódica del pensamiento, en la autocritica como camino hacia la objetividad. Pero también en la experiencia de los límites, de la propia ignorancia, así como en todo aquello que el espíritu ha de soportar en esta aventura del conocer.»³⁴

Este deseo de saber es uno y está dirigido a la totalidad, si bien puede realizarse siempre solo en lo particular, en el ejercicio de especialidades. Estas poseen vida espiritual en la medida en que forman parte de un todo. En el conjunto de las ciencias se va realizando un cosmos hasta la orientación universal del mundo y hasta la filosofía y la teología³⁵.

En definitiva, la Universidad es la institución en que las personas se reúnen primariamente para tratar de buscar y transmitir la verdad por medio de la ciencia, lo que implica, como consecuencia, la enseñanza y la transferencia. L. Polo establece una analogía (obviamente limitada) de la Universidad con la empresa. En la empresa, afirma Polo, es corriente distinguir dos dimensiones o dos tipos de personas: una se llama el *staff* y otra se llama la *línea*³⁶. El *staff* está constituido por las personas que pertenecen a la empresa desde el punto de vista de su gestión administrativa, mientras que la línea está conformada por las que intervienen en el logro del resultado característico de la empresa, esto es, su producto. En la Universidad, la línea es el profesorado. Así, pues, por necesarias que sean otras funciones que hay que cumplir, lo importante es la mejora en los procesos productivos³⁷. Una primera consecuencia que extrae Polo de ello es que el profesorado es la dimensión de la Universidad que tiene que estar más integrada en ella. Esto es, el profesor es la persona que más debe hacer suya la Universidad³⁸. Ser profesor universitario es un modo de ser y crea carácter, como veremos más abajo. Si se desdibuja este carácter, entonces la Universidad languidece³⁹.

³⁴ *Ibid.*, p. 19.

³⁵ Cfr. *ibid.*, pp. 19-20.

³⁶ Cfr. POLO, L., «El profesor universitario», en POLO, L., *Claves de la universidad y del profesor universitario*, cit., p. 38.

³⁷ Cfr. *ibid.*, p. 39.

³⁸ El universitario a ratos no es un universitario, afirma Polo (cfr. *ibidem*).

³⁹ Éste es un peligro cierto en las Universidades en que el elemento de *staffes* bastante notable, particularmente cuando se sitúa por encima de ella Polo se refiere a la burocracia estatal, que puede desfigurar con sus crecientes exigencias el papel del profesorado. Otro modo de desvirtuar el papel del profesorado consiste en someter la Universidad a los mismos procesos de calidad que siguen las empresas, como si lo que la Universidad produjera fuera, como he oído comentar críticamente a P. Serna, un producto industrial homologable. El propio Polo advierte que otro factor que puede estropear los centros universitarios es el afán de lucro: «La universidad es una empresa, pero su producto, su objetivo, no es precisamente el enriquecimiento» (*ibid.*, p. 40). El universitario, añade, se caracteriza por haber elegido el saber sobre el dinero.

Polo concreta, a continuación, el tipo de producto que la Universidad aporta a la sociedad en general: el saber superior⁴⁰. La Universidad no es, por tanto, un tercer nivel de enseñanza ni tiene que ver con la acumulación del saber a lo largo de la historia. Es la investigación lo que hace superior al tipo de enseñanza que ofrece la Universidad. Consecuentemente, un profesor universitario tiene que publicar, pero no por razones pragmáticas —los dictados egoístas del *publish or perish*, a que me refiero más abajo—, sino en función de la dinámica misma del oficio universitario, lo cual pone de manifiesto que solo hay que publicar cuando hay algo que decir, cuando se ha producido un avance del tipo que sea en el conocimiento (aunque solo sea la elaboración de un *status quaestionis*). Conocer el fin de la Universidad nos da el contenido de su actividad y también sus límites.

Es cierto que el cultivo del saber es característico, sobre todo, de la cultura de Occidente. Pero justamente por eso, a juicio de Polo, «el saber superior está inexorablemente abierto al futuro, es decir, tiene que ser incrementado»⁴¹. Por eso habla de él como «producto», no como «depósito», pues el profesor universitario no se limita a administrar un saber previo, a impartirlo, sino también a generarlo. Si no fuera así, la Universidad perdería su sentido y el profesor universitario podría ser un buen profesor, pero no sería universitario. Lo primero que hay que hacer con el saber superior es incrementarlo, solo en segundo lugar extenderlo, afirma Polo⁴². Y más adelante dice que el alumno debe notar, si se trata de una auténtica Universidad, que lo que ahí se enseña «se enseña de un modo, con unos conocimientos y con una profundidad desconocida hasta ahora para él»⁴³.

Por eso, el mejor docente no es el que mejores métodos pedagógicos emplea —con ser, por supuesto, importantes⁴⁴—, sino el que está profesional, e incluso personalmente, comprometido con el avance del conocimiento, porque solo él, afirma K. Jaspers, «brinda el contacto con el propio proceso del conocimiento y, a través de éste, con el espíritu de las ciencias en vez de con muertos resultados fáciles de aprender». Y añade a continuación:

⁴⁰ Cfr. *ibid.*, p. 41. Más adelante define «saber superior» como «la adquisición de conocimientos en la situación más alta que la humanidad ha adquirido en un momento histórico» (p. 44).

⁴¹ *Ibid.*, p. 41.

⁴² Cfr. POLO, L., «El profesor universitario», cit., p. 42.

⁴³ *Ibid.*, p. 45. Todos los años, añade, hay que incorporar algo nuevo a las clases, aquello que uno ha aprendido. El profesor universitario que cae en la rutina hace un daño a la sociedad (p. 46).

⁴⁴ Se puede convenir con M.A. Zabalza cuando afirma que no basta la mera práctica para dar las clases y así como sería inconcebible que cualquier profesional estuviera desconectado de la *lex artis*, el profesor debe mantenerse actualizado en metodologías docentes, intentando mejorar la transmisión de conocimientos, puesto que la identidad del profesor es doble: es docente y es investigador y ambas facetas presentan metodologías diferentes. Cfr. ZABALZA, M.A., «Ser profesor universitario hoy», *La cuestión universitaria* 5, 2009, pp. 68-80

«Solo él es ciencia viva misma, y es en el trato con él que la ciencia puede ser vista como es originariamente. Él despierta impulsos similares en los alumnos. Él lleva a la fuente de la ciencia. Solo quien investiga personalmente puede enseñar esencialmente. Otro solo dicta lo fijo didácticamente ordenado. Pero la universidad no es un colegio, sino una escuela superior.»⁴⁵

Afirma Polo que dependen de la investigación todas las demás funciones de la Universidad. Si ésta falta, la Universidad se esclerotiza, la transmisión del saber pierde los horizontes y actualidad y fácilmente desciende a la repetición retórica o dogmática de datos no asimilados. Si no se investiga la extensión universitaria pierde también gran parte de su sentido, porque la sociedad no percibe su necesidad⁴⁶.

Ahora bien, como se ha indicado arriba, la investigación se debe hacer con medida. En otro caso se corre el riesgo de caer en el vicio opuesto, que es instrumentalizar a los estudiantes, lo que sucede, sin ir más lejos, cuando el profesor se vuelca completamente en la investigación, descuidando la preparación (o incluso, en algunos casos, la impartición) de su docencia o no haciéndolo con la calidad debida. Es cierto que la investigación enriquece, directa o indirectamente, el contenido de las clases, de modo que el conflicto se atenúa en buena medida, pero también es verdad que la docencia entraña una correcta metodología, como se acaba de señalar, una adecuada organización de la docencia, el cumplimiento de unos horarios, la atención a los alumnos, etc., todo lo cual puede pasar a un segundo plano bajo el imperativo del *publish or perish*, imperativo cada vez más acuciante en virtud de las exigencias planteadas por las agencias de acreditación, planteándose un escenario disfuncional en que, como se ha afirmado, «la excelencia investigadora puede ser a expensas o estar desconectado de la calidad docente»⁴⁷.

Pero tal imperativo no solo tiende a acabar con la calidad de la docencia, sino que, paradójicamente, puede acabar también con la calidad de la investigación misma, pues, ante un panorama de proliferación investigadora, la forma de evaluar la producción científica se basa en criterios meramente fenoménicos, como el número de contribuciones, la calidad de la revista o el número de citas o de

⁴⁵ JASPERS, K., ob. cit., p. 78.

⁴⁶ Cfr. POLO, L., «La crisis de la Universidad», cit., p. 68. Separar la investigación de la Universidad es desaconsejable para Polo por cuatro razones: a) Porque en tal caso la investigación es mediaticada por alguna instancia social a la que se subordine (por ejemplo, la industria). b) Porque, en tal caso, la Universidad se empobrece y queda reducida a una actividad docente, simple continuación del bachillerato, que ni siquiera puede cumplirse con decoro. c) Porque el estatuto social del investigador separado de la Universidad es un problema insoluble. La investigación por sí sola no determina un acabado perfil profesional no social. d) Porque separar el porcentaje de talentos superiores dedicados a la Universidad del que acapara la investigación es introducir una dualidad antifuncional.

⁴⁷ GOYANES, M.; RODRÍGUEZ GÓMEZ, E.F., «¿Por qué publicamos? Prevalencia, motivaciones y consecuencias de publicar o perecer», *El profesional de la información* 27/3, 2018, p. 556.

recensiones, lo que fomenta la picaresca y tiende a que la cantidad de lo producido o su apariencia externa prevalezca sobre la calidad, con lo que se resiente el *ethos* de la ciencia⁴⁸. R. Schekman, premio Nobel de Medicina protestaba en 2013 contra el sistema de publicaciones en el mundo de la investigación, poniendo de manifiesto que, habida cuenta de la mencionada aspiración al reconocimiento y a la promoción profesional, los trabajos que las revistas de prestigio tienden a publicar no son siempre los más serios, sino los más llamativos, pues este tipo de contribuciones tiene el efecto de aumentar las suscripciones a las revistas⁴⁹. De un modo similar, en los campos de las ciencias sociales y las humanidades hay una inmensa producción que es fruto simplemente de una dura competencia interna por cargos y ascensos dentro del ámbito académico. Así se ha afirmado que la «publicacionitis» es el fruto paradójico de la inoperancia del sistema meritocrático que premia la abundancia sobre la excelencia⁵⁰.

Por lo tanto, no es el legítimo deseo de avanzar en el conocimiento, que es en lo que consiste el saber superior, sino otra serie de factores —como beneficios retributivos, la obtención de una plaza o la promoción laboral, la reputación propia y ajena o incluso reducir la carga docente— los que rompen el equilibrio entre investigación y formación, de modo que lo que se publica es muchas veces prácticamente irrelevante, salvo para un público hiperespecializado, y sin utilidad práctica⁵¹. Se ha señalado acertadamente que antes de publicar deberíamos preguntarnos si tenemos algo que decir, si estamos en condiciones de aclarar efectivamente alguna cuestión, aportar una idea relevante, perfilar un concepto o aportar nuevos datos empíricos que resulten significativos en relación con el estado de conocimiento previo. Quizás, afirma M. Alveesson, se necesiten más lectores y menos escritores, más vocación de servicio y menos «autoreferencialidad narcisista» en la Universidad contemporánea⁵², o aquello a lo que Á. d'Ors se refería como «acribia», que viene a ser una especie de contención a la hora de aumentar la producción científica con escritos que no constituyan una auténtica aportación al conocimiento. El problema no está, por tanto, en que la Universidad aspire de forma primordial a la producción del saber superior, sino en la desvirtuación interesada de éste, convirtiendo a aquélla en lo que se ha denominado un «invernadero de “estupidez funcional”»⁵³, por el que la publicación deja de ser un medio para contribuir al progreso del conocimiento y se convierte en un fin en sí mismo.

⁴⁸ Cfr. *ibid.*, p. 550.

⁴⁹ Cfr. SHEKMAN, R., «How journals like 'Nature', 'Science' y 'Cell' are damaging science», *The Guardian*, 9 de diciembre de 2013. Fue recogido en la edición de 12 de diciembre de 2013 de *El País*.

⁵⁰ Cfr. PERCEVAL, J.M.; FORNIELES ALCARAZ, J., «Confucio contra Sócrates: la perversa relación entre la investigación y la acreditación», *Análisi* 36, 2008, pp. 215-216.

⁵¹ Cfr. ALVESSON, M., «Do we have something to say? From re-search to roi-search and back again», *Organization* 20/1, 2012, p. 81.

⁵² Cfr. *ibid.*, pp. 87-88.

⁵³ Cfr. *ibid.*, p. 89.

Por una razón análoga se debería evitar caer en el error contrario, privando al profesor de su dimensión investigadora, poniéndolo al servicio de las demandas fluctuantes del mercado, pues en ninguno de los casos cumplirá con su función específica ni será útil como tal profesor universitario a la sociedad. Al fin y al cabo, como señala Jaspers, no ha dejado de ser cierto que el mejor docente es el mejor investigador. Puede que no sea muy hábil didácticamente, pero solo él es ciencia viva capaz de despertar impulsos similares en los alumnos. La docencia, afirma Jaspers, necesita a la investigación para su sustancia⁵⁴. La Universidad no es una enseñanza de tercer nivel, tras la primaria y la secundaria, sino una «escuela superior». A juicio de Jaspers, la mejor preparación no es el aprendizaje de un saber acabado, sino la enseñanza y el desarrollo de órganos para el pensar científico (por científico, Jaspers entiende metódico y riguroso, no hay por qué reducirlo a las ciencias duras). Para la preparación profesional, en general la Universidad solo puede proporcionar la base, porque la capacitación propiamente dicha se logra a través de la praxis⁵⁵.

2. COMPETENCIA DEL PROFESOR UNIVERSITARIO

El no estar sometido a los dictados del mercado es fundamental para el profesor universitario, porque contribuye a liberarle de ataduras que le impiden ocuparse en avanzar en el conocimiento y pensar la materia que tiene encomendada hasta el fondo. Por lo tanto, su competencia primordial en relación con la formación de los estudiantes consiste no tanto en enseñarles a aplicar unos conocimientos (por ejemplo, la aplicación de las normas jurídicas), como en hacer que los alumnos reflexionen, a su vez, sobre ellos⁵⁶. Con esto no abdica culpablemente de la formación debida a los estudiantes, porque, como señala L. Martín Rebollo, la preparación o aprendizaje profesional «ni se enseña ni se aprende; se adquiere»⁵⁷. Y es por ello que, como se ha señalado arriba, los grandes despachos dedican un notable esfuerzo a la formación práctica de sus profesionales. Esperar que ésta sea proporcionada por la Universidad es completamente vano, puesto que los profesores no pueden dar lo que no tienen, y es claro que éstos no tienen, salvo en el caso de los profesores

⁵⁴ Cfr. JASPERS, K., ob. cit., p. 78.

⁵⁵ Cfr. *ibid.*, p. 79.

⁵⁶ Un jurista técnicamente preparado sabrá (o no) aplicar la ley, pero solo un jurista bien formado sabrá poner la ley y el caso en un contexto más amplio de sentido.

⁵⁷ MARTÍN REBOLLO, L., art. cit., p. 451. Y más adelante escribe: «Todo ese complejo y nada fácil aprendizaje supone una tarea cultural que no excluye ni hurta la visión última de la práctica, a la que está destinado el Derecho. Una formación, pues, con un objetivo final práctico, pero que no tiene como finalidad primera enseñar a practicar desde una perspectiva directamente utilitaria o profesional. El derecho es una idea práctica, sí, pero su enseñanza no debe confundirse con la idea del practicismo inmediato, que, por lo demás, no se enseña, sino que, como he repetido ya varias veces, se aprende con el tiempo y la propia experiencia» (p. 453).

asociados, que es una figura complementaria, experiencia profesional real, directa y efectiva.

El profesionalismo es una tendencia que se instala en la Universidad desde las primeras décadas del s. xx y a la que se enfrenta con una gran lucidez a mediados de dicho siglo R.M. Hutchins, rector de la Universidad de Chicago de 1929 a 1951. En efecto, Hutchins trató de recuperar la idea de educación superior en el sentido de que la Universidad no se limitara a ofrecer una preparación meramente práctica, sino que, ante todo, debía enseñar a *pensar* a sus alumnos, para lo cual articuló el programa *The Great Conversation*, en el que un grupo reducido de estudiantes se comprometía a leer cada semana una obra de los clásicos universales del conocimiento⁵⁸. Como no podía ser de otra manera, Hutchins se tuvo que enfrentar con las ideas imperantes en la época, imbuidas de pragmatismo y relativismo⁵⁹. Siguiendo la estela de Tomás Moro en su famoso libro *Utopía* (donde describe con audacia, inteligencia y humor cómo debería ser una república ideal en un lugar inexistente), Hutchins escribió en 1953, recién abandonadas sus responsabilidades universitarias, *La Universidad de Utopía*, en que describe cómo sería a su juicio la Universidad de la República ideal de Utopía. Para llevar a cabo su propósito, Hutchins analiza cuatro enfoques que adulteran la formación universitaria, a saber: la industrialización, la especialización, la falta de una filosofía educativa y el conformismo socio-político.

a) En cuanto al primero de ellos, la *industrialización*, Hutchins critica la idea de que la finalidad primordial de la vida y, por ende, de la educación sea el desarrollo del poder industrial⁶⁰. En su opinión, la finalidad del sistema educativo no es proveer de obreros a la industria o enseñar a los jóvenes a ganarse la vida, sino formar ciudadanos responsables⁶¹. Opina también que el creciente nivel de bienestar generado por la industrialización, que ha contribuido a un aumento proporcional del tiempo libre, no ha sido seguido por una educación que proponga métodos para aprovecharlo en forma útil. Solo, afirma, una educación «concebida como crecimiento moral, intelectual, estético y espiritual puede realizar esos objetivos»⁶². El arte y el pensamiento constituyen las actividades más elevadas del hombre. Son, afirma Hutchins, las finalidades de la vida, y la sociedad debe organizarse de tal modo que las promueva en primer término. Una civilización que no valore ni el arte ni el pensamiento no es una civilización, opina, sino un rebaño. Ciertamente, el poderío industrial, la fuerza militar, la prolongación de

⁵⁸ Cfr. DÍEZ DE RIVERA, I., «La Universidad de Utopía», *Nueva Revista* 165, 2018, pp. 90-91.

⁵⁹ Cfr. HUTCHINS, R.M., «Los fines de la educación», trad. de J. Aranguren, *Nueva Revista* 166, 2019, p. 166.

⁶⁰ Cfr. HUTCHINS, R.M., *La Universidad de la Utopía*, trad. de N. Rosenblatt, Buenos Aires, Eudeba, 1961.p. 9.

⁶¹ Cfr. *ibid.*, p. 10.

⁶² *Ibid.*, p. 12.

la vida o un mayor número de artefactos, todo eso está muy bien y puede ser beneficioso, siempre que se sepa qué hacer con todo ello⁶³.

b) La *especialización*, reconoce Hutchins, es excelente para el progreso de la ciencia, pero representa algunas desventajas para la educación, puesto que la finalidad de ésta no es conocer cada vez más detalles acerca del mundo, sino «comprender el mundo, y comprendernos a nosotros mismos en él»⁶⁴. Por tanto, si, en virtud del método científico, dividimos el mundo, en algún momento tenemos que volver a unirlo con el fin de tratar de comprenderlo. Pero esta tarea no puede ser abordada por los modernos científicos experimentales, puesto que, debido a la extrema especialización, no pueden entenderse entre sí.

De los nuevos descubrimientos surgen muchas nuevas ocupaciones y las universidades han caído en el error de multiplicar en correspondencia su oferta educativa, asumiendo la formación para ocupaciones que, a medida que avance el maquinismo, dejarán de existir. Afirma Hutchins haber visto en Berkeley un doctor en Filosofía especializado en Educación de Conductores. El problema es que a las universidades les interesa ampliar su oferta, puesto que eso significa aumentar la matrícula, y los oficios y las profesiones fomentan esta situación con el fin de limitar la competencia e incrementar su prestigio⁶⁵. Si, afirma Hutchins, investigar o estudiar no implican *pensar*, como ocurre con buena parte de lo que se investiga y se enseña en las universidades, entonces no deberían formar parte de éstas. A su juicio, el criterio para la inclusión de materias en la Universidad no puede ser la utilidad o la inutilidad inmediata, sino el *contenido intelectual* que tengan.

Como señala Hutchins, debido a las exigencias de la vida activa, es difícil dominar el contenido intelectual de una profesión mientras se la ejerce. A su vez, las universidades no están suficientemente adaptadas para enseñar las triquiñuelas de los oficios (ni es prudente que lo intenten). Por eso, lo más razonable es dividir la responsabilidad entre la Universidad y la ocupación, dejando el contenido intelectual, si lo hay, a cargo de la primera, y permitir que la segunda se encargue de familiarizar a sus propios neófitos con las operaciones técnicas que deban aprender⁶⁶. Para Hutchins, la finalidad del *College* es que todo el mundo reciba una educación liberal⁶⁷ (con «liberal» no se refiere a un sentido político o moral, sino a un sentido intelectual, al que se hará referencia más abajo).

c) El problema de la *diversidad filosófica* implica que los hombres sean incapaces de pensar juntos, porque sus principios o sus premisas subyacentes, tácitas o manifiestas, sean tan distintas que la conversación, en caso de intentarla, siga

⁶³ Cfr. *ibid.*, pp. 16-17.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 20. Esto conecta con la distinción entre preparación y formación a que nos referimos más abajo.

⁶⁵ Cfr. *ibid.*, p. 24.

⁶⁶ Cfr. *ibid.*, pp. 27-28.

⁶⁷ Cfr. *ibid.*, p. 30.

líneas paralelas⁶⁸. A juicio de Hutchins es preciso desarrollar una filosofía de la educación que no consista, por un lado, ni en una especie de *laissez faire* al estilo de la libre empresa, ni, por otro, en una uniformización que impida las diferencias filosóficas. La clave para articular este equilibrio está en la asunción de que «la educación es una conversación que apunta a la verdad»⁶⁹.

En efecto, el sistema educativo es un paradigma de la conversación. En consecuencia, casi toda la enseñanza que se imparte en Utopía (el mencionado país ideal) se imparte a través de la discusión. En lugar de dedicarse a recopilar datos (investigación carente de pensamiento) o preparar técnicamente profesionales, las universidades de Utopía se rodean de organizaciones que se dedican a estos cometidos y, sin que nadie confunda su papel, se dedican a discutir e intercambiar conocimientos. En definitiva, para Hutchins es posible elaborar una filosofía educativa a pesar de la diversidad filosófica, la cual no es vista como algo negativo, sino como algo positivo.

El único límite de esta tolerancia filosófica está en que no se admiten como profesores en Utopía aquellos que no estén dispuestos a discutir sus propios puntos de vista hasta la última posibilidad. Esto es lo fundamental, no la fuente o el carácter de la filosofía del que participa en una discusión⁷⁰. Se admite, por supuesto, el método científico en la Universidad de Utopía, pero conscientemente de sus límites, sabiendo que hay otras muchas cosas que solo se llegan a saber por el método dialéctico⁷¹.

d) Por último, considera Hutchins el *conformismo social y político*. Señala cómo en la Edad Media, las universidades eran corporaciones que no eran responsables ante nadie, en el sentido de que no debían rendir cuentas de sus actos ante ninguna autoridad. Reclamaban independencia de todo control secular y religioso, de modo que, si una autoridad política o religiosa intentaba controlarlas, simplemente se mudaban a otra parte⁷². En cambio, para los norteamericanos, nota Hutchins, las universidades son negocios equiparables a los demás elementos de su civilización comercial. Esto, opina, genera un serio problema en cuanto a su independencia. Es el caso, pone como ejemplo, del presidente Thomas Jefferson, cuando prescribió los libros en que debían basarse los contenidos docentes de la Universidad de Virginia, además de su interpretación (en un sentido republicano).

Hoy en día, éste es el caso de la presión para que las Universidades no se salgan de los caminos de lo políticamente correcto, en un esfuerzo irreflexivo de

⁶⁸ Cfr. *ibid.*, p. 33.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 34.

⁷⁰ Cfr. *ibid.*, p. 41.

⁷¹ Cfr. *ibid.*, p. 43.

⁷² Cfr. *ibid.*, p. 44.

adaptación a la sociedad. Esta función de adaptación es propia, a juicio de Hutchins, de un sistema de custodia de jóvenes, que, en efecto, debe inculcar en ellos formas de adaptarse al medio y a las costumbres de la sociedad, pero no de la Universidad, cuya vocación es la de pensar independientemente: «La libertad académica significa que la independencia del pensamiento que se elabora en una universidad es tan importante para la sociedad, que los empleadores no pueden restringir o castigar a un hombre porque sustente opiniones que no concuerden con las propias»⁷³.

Esto no significa que la Universidad esté primariamente para sostener opiniones impopulares y para impedir el conformismo social y político. Lo que Hutchins quiere decir es que una Universidad donde no se oigan opiniones impopulares o que se mimetice totalmente con el medio social y político presenta signos preocupantes (que pueden desmentirse) de que no está cumpliendo su función. Una Universidad que no sea polemista, en su opinión no es una Universidad. Por último, una sociedad basada en la uniformidad y no en la discusión constante camina hacia el totalitarismo y la muerte. Ese tipo de sociedad estará unida, pero no será fuerte⁷⁴. El verdadero crimen académico es, a su juicio, el adoctrinamiento⁷⁵. Como dijo F. Tomás y Valiente en su discurso de investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Salamanca, «la Universidad es y debe seguir siendo muy tradicional, profundamente sospechosa y algo inútil»⁷⁶. Más abajo (ep. III.2) volveré sobre el tema de la libertad de expresión y sobre la inutilidad de las humanidades se tratará al final (ep. III.3.B).

La cuestión de la independencia también se plantea con respecto al mercado, en relación con el cual podría hablarse de conformismo *financiero*. Quizás algunas universidades privadas tengan aquí su talón de Aquiles, pues tienen el riesgo (no la necesidad obviamente: hay universidades privadas muy serias) de convertirse en simples marcas que ofrecen sus servicios al consumidor o al cliente, que es el alumno, a quien necesitan tener contento. Este problema lo ha planteado con gran oportunidad el antiguo decano del Harvard College, Harry R. Lewis, en su libro *Excellence Without a Soul* (2006)⁷⁷, en que realiza una autocrítica sin contemplaciones de la Universidad de Harvard, la cual, según Lewis, enseña, en efecto, a sus estudiantes, pero no les hace sabios. Sobre esto también volveré más abajo (ep. III.2).

⁷³ *Ibid.*, p. 44.

⁷⁴ Cfr. *ibid.*, p. 52.

⁷⁵ Cfr. *ibid.*, p. 54.

⁷⁶ FARAMINÁN, J.M. de, «Against Bolonia», *Revista de Estudios Jurídicos* n.º 10, 2010 (Segunda Época), p. 10.

⁷⁷ LEWIS, H.R., *Excellence Without Soul. Does Liberal Education Have a Future?*, Public Affairs, Nueva York, 2007.

III. LA UNIVERSIDAD COMO ACADEMIA

En realidad, el nombre de «Academia», que los griegos del s. IV a. C. dieron a la Escuela de Platón se debió, como recuerda J. Pieper, a una pura casualidad, a una mera coincidencia exterior, la vecindad puramente espacial de la Escuela de Platón con un bosquecillo dedicado al héroe ateniense Academos⁷⁸. Ahora bien, la escuela platónica de Atenas fue una escuela *filosófica*, de modo que tratar una ciencia académicamente significa considerarla de modo filosófico, en el sentido que tratará de explicarse más abajo, y no de un modo profesionalizante.

En el debate a que nos hemos referido al comienzo de este trabajo nadie aboga, hasta donde he podido ver, por un planteamiento abiertamente profesionalista de la Universidad, que reduzca ésta a una especie de oficialía de nivel superior (superior, en la medida en que una concepción de este estilo fuera compatible con la investigación), si bien no cabe sacar conclusiones demasiado amplias de esta comprobación, toda vez que el debate no gira en torno a esta cuestión, sino que tiene por objeto en general «la formación del jurista del siglo XXI».

M. Atienza no acepta la idea de que el Derecho y la cultura jurídica se limiten a seguir obedientemente los dictados del mercado⁷⁹. Partiendo del famoso ensayo de Ortega y Gasset sobre la *Misión de la Universidad*, considera que ésta cumple tres funciones: transmisión de la cultura; enseñanza de las profesiones (intelectuales), e investigación científica y educación de nuevos hombres de ciencia, de modo que la formación de un jurista exigiría prestar atención a las tres dimensiones, combinándolas de manera adecuada, sin privilegiar ninguna de ellas⁸⁰. Considera Atienza adicionalmente que el primer ciclo o ciclo básico de formación jurídica debería ser largo y no especializado, por lo que sería indispensable contemplar el Derecho en el contexto del conjunto de la cultura de una época, de modo que también cupiera la posibilidad de que los asistentes no fueran únicamente los futuros juristas profesionales, sino también estudiantes que quisieran adquirir una cierta cultura jurídica⁸¹.

En cambio, L. Díez Picazo, que tampoco acepta un planteamiento profesionalizante, opta por un currículo más específicamente jurídico, afirmando que el grado «debería ceñirse a los conceptos e instituciones fundamentales de algunas materias»⁸², entre las que incluye el Derecho privado, el Derecho público, el Derecho penal, el Derecho procesal y los rudimentos del Derecho internacional

⁷⁸ Cfr. PIEPER, J., «Lo académico, el funcionario y el sofista», en Pieper, J., *El ocio y la vida intelectual*, Rialp, Madrid, 1983, p. 173.

⁷⁹ Cfr. ATIENZA, M., art. cit., p. 366.

⁸⁰ Cfr. *ibid.*, p. 371.

⁸¹ Cfr. *ibid.*, p. 373.

⁸² DÍEZ PICAZO, L., «Sobre la enseñanza del Derecho en España. Un alegato», *Eunomía* 22 (2022), p. 472.

y de la Unión Europea, con lo que quedarían bastantes disciplinas fuera del plan de estudios (entre otras, según parece, la Filosofía del Derecho, que Atienza valora, en cambio, como una parte esencial de la formación del jurista). Su idea es que el grado en Derecho debería proporcionar a los alumnos un conocimiento sólido de las líneas maestras del ordenamiento jurídico, puesto que se trataría «no de saber mucho, sino de saber bien»⁸³. Todo lo demás, añade a continuación, debería ser dejado para la formación jurídica de máster, o incluso para su aprendizaje en la práctica profesional, y, aclara al final, «la formación del jurista no tiene lugar solo en la Universidad. Igualmente importantes son los sistemas de ingreso en las distintas profesiones jurídicas, así como los mecanismos de socialización en las mismas»⁸⁴.

Finalmente, L. Martín Rebollo considera que los estudios universitarios de Derecho no están de suyo pensados para generar de manera directa e inmediata profesionales del Derecho. En primer lugar, porque son muchas las salidas profesionales que habilitan los estudios de Derecho y, en segundo lugar, porque la mayoría de esas salidas exigen conocimientos especializados que proporcionan luego Centros y Escuelas oficiales una vez superadas las pruebas de ingreso. La formación que se debe proporcionar a los alumnos en la carrera, por tanto, tienen que ser los de una formación básica y generalista, de modo que sea en el ámbito de la orientación profesional posterior donde se adquieran las habilidades específicas correspondientes (su espacio lógico son los postgrados). En definitiva, la formación jurídica debe estar dirigida a una formación integral que permita al estudiante construir un sistema de pensamiento y de razonamiento a partir de la aprehensión de algunos postulados conceptuales y del correspondiente contexto normativo⁸⁵.

A mi juicio, este planteamiento es el adecuado, de modo que voy a dedicar el resto del trabajo a justificarlo sobre la base de tres razones: *a)* la índole liberal de los estudios universitarios; *b)* la índole ética del oficio universitario; *c)* la índole formativa de las humanidades.

1. LA ÍNDOLE LIBERAL DE LOS ESTUDIOS UNIVERSITARIOS

En un primer momento, las principales Facultades de la tradición universitaria (Teología, Jurisprudencia y Medicina) nacen, como expone d'Ors, con una finalidad utilitaria, puesto que se dirigen a formar clérigos, juristas y médicos⁸⁶.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 475.

⁸⁵ Cfr. MARTÍN REBOLLO, L., art. cit., p. 448.

⁸⁶ Cfr. D'ORS, Á., «Cómo nacen las universidades», en D'ORS, *Nuevos papeles del oficio universitario*, Rialp, Madrid, 1980, p. 47. La primera nació en el claustro de la catedral de Notre Dame; la segunda se fue formando en torno a un hospital, y la tercera surgió en un aula civil, probablemente municipal (p. 48).

La Facultad de Filosofía surge de manera sobrevenida y en un primer momento se reducía a las materias que componían las artes liberales: el *trivium* y el *quadrivium*, que constituían la formación básica del universitario, algo así como un bachillerato. Posteriormente, gracias al impulso y al desarrollo que los dominicos dieron a los estudios filosóficos se desarrolló una Facultad de Filosofía de nivel superior⁸⁷. A pesar de eso, conviene tener claro que los estudios universitarios, si no han de consistir en la formación de meros técnicos, sino de auténticos profesionales, son, como se ha anticipado al comienzo de este epígrafe, *esencialmente filosóficos*.

En efecto, si como ha sostenido J. Pieper, filosofar consiste en «reflexionar sobre la totalidad de lo que nos aparece, con vistas a su última razón y significado»⁸⁸, entonces los estudios universitarios, sin dejar de ser estudios profesionales, tendrán que ser al mismo tiempo filosóficos y no meramente profesionalizantes.

Hay una aparente paradoja en esto de la formación profesional filosófica y es que la filosofía, como es sabido, es completamente refractaria a la utilidad, puesto que se cultiva por ella misma, como muestra Aristóteles en su *Metafísica*:

«Que [la filosofía] no se trata de una ciencia productiva, es evidente ya por los que primero filosofaron. Pues los hombres comienzan y comenzaron siempre a filosofar movidos por la admiración; al principio admirados ante los fenómenos sorprendentes más comunes; luego avanzando poco a poco y planteándose problemas mayores, como los cambios de la luna y los relativos a sol y a las estrellas, y la generación del universo. Pero el que se plantea un problema o se admira, reconoce su ignorancia. (Por eso también el que ama los mitos es en cierto modo filósofo; pues el mito se compone de elementos maravillosos). De suerte que, si filosofaron para huir de la ignorancia, es claro que buscaban el saber en vista del conocimiento, y no por alguna utilidad. Y así lo atestigua lo ocurrido. Pues esta disciplina comenzó a buscarse cuando ya existían casi todas las cosas necesarias y las relativas al descanso y al ornato de la vida. Es, pues, evidente que no la buscamos por ninguna otra utilidad, sino que, así como llamamos hombre libre al que es para sí mismo y no para otro, así consideramos a ésta como la única ciencia libre, pues ésta sola es para sí misma. Así, pues, todas las ciencias son más necesarias que ésta; pero mejor, ninguna»⁸⁹.

Esta idea de considerar la filosofía como siendo la única libre entre las ciencias (ὡς μόνην οὖσαν ἐλευθέραν τῶν ἐπιστημῶν) es el eje sobre el que gira la educación *liberal* en el planteamiento de J.H. Newman, que, a su juicio es el cometido propio

⁸⁷ Cfr. *ibid.*, p. 47. En la filosofía se integraban también las Matemáticas, y las Ciencias no se desgajaron de las Facultades de filosofía hasta Napoleón. El resto de Facultades, añade d'Ors, se fueron creando por la conversión en tales de escuelas o institutos complementarios, como ocurrió con la de Farmacia, Ciencias Económicas o Ciencias de la Información.

⁸⁸ PIEPER, J., *Defensa de la filosofía*, trad. de A.E. Lator, Herder, Barcelona, 1973 p. 12.

⁸⁹ ARISTÓTELES, *Metafísica*, 982b11-21; se ha consultado la ed. trilingüe de V. García Yebra, Gredos, Madrid, 1998.

de una Universidad. A su juicio, «el saber es específicamente liberal, o suficiente por sí mismo, al margen de todo objeto ulterior, siempre que es filosófico»⁹⁰. Antes de ser un poder, afirma Newman, el saber es un bien, pero no en el sentido de un instrumento, sino en el de un fin en sí mismo⁹¹. El saber, continúa Newman, puede reducirse a una simple actividad y acabar en un asunto técnico y dar frutos tangibles, pero puede apoyarse en la razón que lo conforma y resolverse en filosofía. En el primer caso se llama saber práctico, y en el segundo saber liberal. Y aunque una misma persona puede cultivarlo de ambos modos, lo usual es que solo lo haga de uno de esos modos, o al menos limitadamente. Newman señala aquí dos métodos de educación: el que tiene un fin filosófico y se eleva hacia ideas universales y el que tiene carácter técnico y se agota en lo particular y externo⁹². Creo que con propiedad se puede llamar «formación», en el sentido de *Bildung*, al primer tipo de educación, la cual consiste en un ascenso a la generalidad, y «preparación», como atención a lo particular, al segundo⁹³.

Con ello no quiere decir Newman que el saber técnico no tenga valor; al contrario, nuestro bienestar diario depende de él. Pero sí que afirma que en la medida en que el saber tiende a hacerse más y más particular deja de ser saber. Y con saber se refiere a «algo que adopta una visión del mundo, que ve más cosas de las que perciben los sentidos, que razona sobre lo que ve mientras lo está viendo, que lo vertebrata con una idea»⁹⁴. Por eso, para Newman, la Universidad es más un lugar de educación que de instrucción, pues mientras que ésta se contiene en reglas que se confían a la memoria, a la tradición o al uso y tienen que ver con unos fines que son externos a esas actividades, aquélla implica una acción que afecta a nuestra naturaleza intelectual y a la formación del carácter⁹⁵. En definitiva, para Newman, la educación liberal, considerada en sí misma, es sencillamente el cultivo del intelecto como tal, y su objeto es, ni más ni menos, la excelencia intelectual⁹⁶.

Es, en efecto, difícil compatibilizar la actividad utilitaria de la vida profesional con el pensar filosófico, pues el primero se caracteriza por servir a la consecución de propósitos prácticos, mientras que el segundo, como dice Pieper, no se amolda

⁹⁰ NEWMAN, J.H., «El saber como fin en sí mismo», en NEWMAN, J.H., *Discursos sobre el fin y la naturaleza de la educación universitaria*, 2.ª ed., trad. de J. Morales, Eunsu, Barañáin, 2011, p. 133.

⁹¹ Cfr. *ibid.*, p. 134.

⁹² Cfr. *ibidem*.

⁹³ Sobre la noción de *Bildung*, vid. GADAMER, H.-H., *Verdad y método*, trad. de A. de Agapito, Sígueme, Salamanca, 2012, pp. 38 ss.

⁹⁴ NEWMAN, J.H., ob. cit., p. 134.

⁹⁵ Cfr. *ibid.*, p. 135.

⁹⁶ Cfr. *ibid.*, p. 141. Como dijimos arriba, para Newman, la educación liberal no es sinónima de educación cristiana ni virtuosa, pues la filosofía, por muy ilustrada y profunda que sea, no proporciona dominio sobre las pasiones ni motivos influyentes ni principios vivificadores. La educación liberal no hace al cristiano ni al católico, sino al caballero (o a la dama, diríamos hoy).

a este mundo, sino que ve las cosas de otra manera. Pieper cita oportunamente a Platón, el cual se hace eco de la famosa anécdota de Tales, que, al parecer, cayó en un pozo al mirar hacia arriba cuando estudiaba los astros⁹⁷. Con ello, Sócrates-Platón trata de hacer aceptable a su interlocutor el alejamiento constitucional de la realidad práctica que caracteriza al verdadero filósofo, el cual «se halla por naturaleza en irremediable desacuerdo con todas las habilidades del hombre práctico»⁹⁸.

Ahora bien, el filósofo cuenta con una ventaja nada desdeñable: la libertad. En efecto, el propio Sócrates, aun reconociendo lo torpes que son como oradores los que se han dedicado durante mucho tiempo a la filosofía, los cuales parecen ridículos cuando acuden a los tribunales, afirma a continuación que los que han rodado desde jóvenes por los tribunales y lugares semejantes «parecen haber sido educados como criados, si los comparas con hombre libres, educados en la filosofía y en esta clase de ocupaciones»⁹⁹. Y, preguntado por Teodoro, Sócrates aclara que estos últimos disfrutan de tiempo libre, de modo que pueden componer sus discursos en paz y en *tiempo de ocio*. Y no les preocupa nada la extensión o la brevedad de sus razonamientos, sino solamente *alcanzar la verdad*. Por el contrario, aquéllos hablan siempre con la urgencia del tiempo, pues «les apremia el flujo constante del agua» (hace referencia a la clepsidra que medía el tiempo en los tribunales) y no pueden componer sus discursos sobre lo que desean, pues la parte contraria les obliga a ceñirse a la acusación escrita, la cual, una vez proclamada señala los límites fuera de los cuales no puede hablarse. Sócrates esboza un cuadro sombrío de quienes se dedican a esta actividad¹⁰⁰.

Se trata, por supuesto, de críticas que no pueden generalizarse para todos los que se dedican al ejercicio profesional del Derecho, pero que apuntan al permanente peligro, en que podría caerse, de reducir la profesión a un mero juego de intereses que busca satisfacer en la mayor medida los del cliente, con el fin de maximizar, a su vez, los propios del abogado, con independencia de que lo que se pide y se obtiene sea razonable o no, justo o injusto. De ahí que sea tan importante formar filosóficamente a los futuros profesionales, haciéndoles reflexionar, en el caso del Derecho, acerca de la justicia y, en el caso de otras disciplinas, acerca de conceptos tales como la vida, para quienes se dedican a la biología; la salud, para quienes se dedican a las ciencias de la salud; la belleza, para quienes se dedican a las bellas artes e incluso a la arquitectura, la naturaleza, en el caso de la Física, etc., haciendo así posible la unidad que caracteriza a la Universidad, la cual tiende a disgregarse en especializaciones cada vez más minuciosas, lo que lleva a la pérdida de la visión de conjunto y a que los investigadores sepan cada vez más sobre menos.

⁹⁷ Cfr. PLATÓN, *Teeteto*, 174a; se ha consultado la ed. de Gredos, Madrid, 2007.

⁹⁸ PIEPER, J., *Defensa de la filosofía*, cit., p. 30.

⁹⁹ PLATÓN, *Teeteto*, cit. 172c-d

¹⁰⁰ Cfr. *ibid.*, 173a

Pieper afirma netamente que el filosofar no solo no sirve de hecho para nada, sino que además no puede ni debe servir absolutamente para nada. Como escribió Heidegger, es perfectamente legítimo y razonable afirmar que no se puede hacer nada con la filosofía¹⁰¹. Éste es un sector de la existencia para el que no tienen ningún sentido las categorías de «rendimiento», «practicidad», «aprovechabilidad» o eficiencia, a pesar de que forma parte ineludiblemente de la vida humana. Pero esto no ha de verse como una desventaja, sino antes como un privilegio, el privilegio de la libertad, porque filosofar es por encima de todo un obrar libre y es por esto que no sirve para nada¹⁰².

Esto tiene varias implicaciones, de las que entresacamos tres que pueden orientarnos a la hora de determinar el sentido de la docencia universitaria.

En primer lugar, la filosofía es *teórica* en el sentido más pleno de esta palabra, *theoreín* (θεωρεῖν), que significa ver, contemplar, algo al margen de toda praxis, como nota Aristóteles: «Y también es justo que la Filosofía sea llamada ciencia de la verdad; pues el fin de la ciencia teórica es la verdad, y el de la ciencia práctica la obra»¹⁰³. Según su sentido primigenio, *theoria*, afirma Pieper, es una actitud hacia el mundo caracterizada únicamente por el deseo de que el mundo se muestre tal y como es efectivamente, y no otra cosa se entiende por verdad, sino el mostrarse la realidad. Es «teorética» (*theoretikés*), por tanto, esa actitud frente al mundo en la que se apunta a la verdad y nada más que a la verdad¹⁰⁴. Quien teoriza es, por tanto, independiente de cualquier servicio a otros fines que no sean la misma captación de la realidad. Por eso, tradicionalmente se denominan liberales las artes que están ordenadas al saber. Bajo este punto de vista, hay una conexión radical entre la verdad y la libertad¹⁰⁵.

En segundo lugar, el pensamiento filosófico es *totalizante*. En efecto, la apertura de la filosofía hacia lo real es total, pues considera el mundo bajo todo aspecto concebible. Filosofar consiste, afirma Pieper, en dirigir la mirada a la totalidad del mundo¹⁰⁶. A su juicio, el error de Descartes consiste en interesarse solo por lo que se puede conocer clara y distintamente, pues de este modo cancela la apertura que caracteriza a la filosofía. Proceder críticamente para el filósofo es no escamotear nada¹⁰⁷. A diferencia del animal, que vive encerrado en su

¹⁰¹ Cfr. HEIDEGGER, M., *Introducción a la metafísica*, trad. de A. Ackermann, Gedisa, Barcelona, 1993, p. 21.

¹⁰² Cfr. PIEPER, J., *Defensa...*, cit., p. 46.

¹⁰³ ARISTÓTELES, *Metafísica*, cit., 993b19-21.

¹⁰⁴ Cfr. PIEPER, J., *Defensa...*, cit., p. 51.

¹⁰⁵ Hay aquí otra implicación, en que no entramos, entre la voluntad de oír y el silencio del que teoriza. En cambio, la ciencia no calla: se caracteriza por preguntar. Cfr. *ibid.*, p. 53.

¹⁰⁶ Cfr. PIEPER, «¿Qué significa filosofar?», en Pieper, J., *El ocio y la vida intelectual*, Madrid, Rialp, 1983, p. 120.

¹⁰⁷ Cfr. PIEPER, J., *Defensa...*, cit., p. 58.

mundo circundante, que es un mundo recortado, elegido desde el punto de vista de la finalidad biológica, el hombre, gracias a su conocimiento espiritual, es capaz de ponerse en contacto con la totalidad de las cosas existentes¹⁰⁸. «Alma», afirma Aristóteles, «es en cierto modo todos los entes, ya que los entes son o inteligibles o sensibles y el conocimiento intelectual se identifica en cierto modo con lo inteligible, así como la sensación con lo sensible»¹⁰⁹. Filosofar, en suma, es la consideración del todo de la realidad. Al filósofo no le es lícito excluir la más exigua información, pues ello es al precio de dejar de hacer filosofía, que es lo que sucede a veces cuando se antepone la pureza metódica por encima de la respuestas a la pregunta filosófica¹¹⁰.

En tercer lugar, la filosofía es una actividad *escolar* en el sentido etimológico de la palabra, esto es, una actividad que no está conectada al mundo del trabajo, sino al del ocio, pues *scholé* (σχολή) significa precisamente ocio. Tendemos a entender el ocio en función del trabajo, como un cese de la actividad laboral y profesional que garantiza una mayor eficiencia, pues es claro que el cansancio determina un peor desempeño. En cambio, los antiguos ven en el negocio la negación del ocio: *nec-otium*, la cual impide la dedicación a las artes liberales que, como hemos visto, tienen que ver con la contemplación. En palabras del Estagirita: «Se cree, también, que la felicidad radica en el ocio, pues trabajamos para tener ocio [...]».¹¹¹

Por eso, como ha notado Pieper, es un error entender el conocimiento y el filosofar, como hizo Kant, como un trabajo. En cambio, para la filosofía antigua y también para los medievales, en el conocimiento del hombre, lo mismo que en la percepción sensible, hay un elemento de pura contemplación receptiva. En efecto, la facultad cognoscitiva es, por un lado, *ratio*, que es una facultad activa, discursiva, que busca e investiga, que abstrae, precisa y concluye. Pero, por otro lado, es también *intellectus*, en cuanto que es «la facultad del *simplex intuitus*, de la simple visión, a la cual se ofrece lo verdadero como al ojo el paisaje»¹¹². Esta última facultad no es activa, sino pasiva y, por tanto, no puede ser trabajo, sino que le es inherente la facilidad, y tal vez por ello la desdeñe Kant.

Hay más aspectos que se pueden extraer, como hace Pieper, de la anterior noción de filosofía, como, entre otros, el tema de la felicidad, el de la admiración o el de la esperanza, pero con aquellos tres es suficiente a los efectos de nuestro análisis.

¹⁰⁸ Cfr. PIEPER, J., «¿Qué significa...?», cit., p. 108.

¹⁰⁹ ARISTÓTELES, *Acerca del alma*, 431b21-23. Se ha consultado la ed. de Gredos, trad. de T. Calo, Madrid, 1994.

¹¹⁰ Cfr. PIEPER, J., *Defensa...*, cit., p. 136.

¹¹¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 10, 7, 1177b; se ha consultado la ed. de Gredos, trad. de J. Pallí, Madrid, 201190.

¹¹² PIEPER, J., «Ocio y culto», en Pieper, J., *El ocio y la vida intelectual*, cit., p. 21.

En conclusión, no se niega que la Universidad desempeña un papel de formación profesional de los alumnos, pero, a diferencia de lo que parece pretenderse a través del Proceso de Bolonia, el perfil de esta formación no debería ser profesionalizante, en estrecha dependencia y subordinación a los cambiantes intereses del mercado y la opinión pública. Al contrario, el perfil que la Universidad debería dar a esta formación, que solo la Universidad está en condiciones de procurar, tendría que ser de cariz teórico o filosófico. Antes que formar profesionales o, si se quiere ciudadanos, la Universidad tiene la misión de formar personas libres. Formación profesional se puede dar de muchas formas y es posible adquirirla en muchos lugares; de hecho, como mejor se adquiere es en el ejercicio de la misma actividad práctica. Si la Universidad solo pretende formar simples técnicos, su función la pueden desempeñar los propios oficios o profesiones a través del correspondiente aprendizaje. Como ya se indicó arriba, el profesor universitario no es por regla general un profesional, por lo que no puede pedírsele que dé lo que no tiene. Mientras que quien tiene la teoría puede pasar a la práctica y, además, dominarla, quien solo tiene práctica no puede pasar a la teoría sin dejar de lado la misma práctica. De esto es de lo que debería encargarse la Universidad.

Por otra parte, no se niega que la Universidad deba ofrecer estudios especializados y que la investigación que se lleva a cabo en ella no tenga que concretarse en ramas cada vez más específicas. Pero la Universidad, por su matriz filosófica, no puede dejar de tender a poner de manifiesto el completo árbol del saber, desde las raíces hasta las ramas. En el caso del Derecho es un error, por ejemplo, partir de un concepto normativo del Derecho, definiendo por ejemplo el Derecho como un conjunto de normas válidas y cerrándose *a priori* a cualesquiera otros datos que se presentan junto con este particular aspecto del fenómeno jurídico¹¹³. Una aproximación verdaderamente filosófica no hace tajos arbitrarios y voluntaristas en la realidad jurídica para acomodar ésta a un concepto previo, a no ser que tenga más interés en el método que en el propio acceso a la realidad jurídica¹¹⁴.

Por último, el profesor universitario que produce es un profesor que tiene tiempo para producir, por lo que no debería estar sometido a una multitud de tareas burocráticas o a un exceso de carga docente. Asimismo, no puede inducirse, como hacen los actuales sistemas de acreditación, a que produzca poco menos que al peso, según unos indicadores externos, convirtiendo al profesor en una factoría de artículos vacíos y repetitivos. Es un hecho que el profesor universitario, urgido por el cumplimiento de estos requisitos formales que son exigencias de promoción y de prestigio, olvida lo más importante: pensar las cosas hasta el final, de tal modo que las contribuciones científicas estén animadas por

¹¹³ Cfr. SERNA, P., *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006, p. 27.

¹¹⁴ Cfr. *ibidem*.

las corrientes vivas del pensamiento y no por otros afanes humanos, quizás demasiado humanos.

2. RESPONSABILIDAD ÉTICA DEL PROFESOR UNIVERSITARIO

La luz que proporciona la filosofía es una luz que también sirve de faro, como indica acertadamente el emblema de la Universidad da Coruña, en la que presto actualmente mis servicios como profesor de Filosofía del Derecho. Así, la Universidad no solo cumple una función social a través de la producción del saber superior, sino que forma un tipo específico de ciudadano, el universitario, que también está llamado a prestar un servicio de referencia axiológica a la sociedad.

Como se ha indicado ya, la educación no es una mera enseñanza, en el sentido de la transmisión o la comunicación de unos datos, por muy avanzados o superiores que éstos sean, sino al mismo tiempo una *formación*. Se llama «formado», afirma Jaspers, al hombre que posee los rasgos correspondientes a un determinado ideal histórico y viene a constituir algo parecido a una segunda naturaleza. Jaspers pone el ejemplo de la *kalokagathía* griega, el *decorum* y el *honestum* romanos y el *gentleman* inglés. En cuanto al tipo de formación característica de la Universidad, ésta es específicamente la formación científica. La actitud de la científicidad es más que una capacidad y un saber especializados. Es la disposición de suspender a cada momento las propias valoraciones en pro del conocimiento objetivo; el poder prescindir de la propia postura, de la propia voluntad actual, en beneficio de un análisis imparcial de los hechos. La formación universitaria es, afirma Jaspers, una formación para la razón¹¹⁵.

Este tipo de formación es incompatible con el fanatismo y los prejuicios y, por tanto, nada hay más antiuniversitario que esos espectáculos agresivos, a los que nos referimos unas líneas más abajo, por los que una serie de universitarios impiden el uso de la palabra a los demás y actúan como un rodillo ideológico, sin abrirse a través de un diálogo a la perspectiva de tener que modificar sus propias posiciones. Este tipo de formación humana que imprime la Universidad es común a profesores y alumnos, pues ambos tienen la misma tarea: la búsqueda de la verdad.

La científicidad, a juicio de Jaspers, es objetividad, entrega al objeto, ponderación circunspecta, búsqueda de posibilidades opuestas, autocrítica. Hay alguna especificidad en cuanto a la formación en lo que se refiere a las ciencias naturales y a las humanidades, si bien en ambos casos está basada en la investigación científica: en el primero, en el trato con las realidades de la naturaleza a través de la observación y la experimentación; en el segundo, en el trato con los libros y obras de los hombres a través de la comprensión. Son dos ideales distintos de formación.

¹¹⁵ Cfr. JASPERS, K., ob. cit., pp. 60-61.

El valor formativo de las ciencias del espíritu consiste en la realización mediante los contenidos del pasado humano; en la participación en la tradición y el saber sobre el alcance de las posibilidades humanas. El de las ciencias naturales reside, en cambio, en el ejercicio de una concepción exacta y realista¹¹⁶.

El que se limita aquí a conocer resultados, opina Jaspers, posee en el fondo un saber muerto, carente de espíritu. La simple adquisición de resultados origina lo contrario de la formación espiritual. Eso origina una dogmática de la ciencia erigida en autoridad que nada tiene que ver con el auténtico sabio. Las concepciones del mundo basadas en fundamentos que uno no puede comprender cumplen la función de los mitos¹¹⁷. Esta actitud suele en efecto ser ajena al investigador y hay más proclividad a ella en el divulgador científico, que asume como propios resultados ajenos sin haber participado en su obtención, de modo que, dogmatizando sobre ellos, afirma: «ahora sabemos esto o lo otro», cuando es posible que mañana los mismos investigadores lleguen a resultados contrarios o distintos, que volverán a originar el siguiente «ahora sabemos esto lo otro». Esta falta de humildad que se echa de ver en algunos de estos divulgadores, no en todos obviamente, creo que es muy poco universitaria.

La búsqueda de la verdad entraña una elevada dosis de humildad, pues el verdadero universitario antepone la verdad a los propios intereses, los cuales empujan al investigador, sobre todo en tiempos de investigación motorizada (propiciada por las agencias de valoración), a dejarse llevar por lo instantáneo, lo aparente o lo original. Este tipo de políticas favorecen paradójicamente que la promoción profesional se nutra de un rosario de inanidades puntuables que adulteran la formación de un carácter auténticamente universitario.

H.R. Lewis, como se indicó arriba, ha insistido recientemente en la necesidad de una formación integral de los alumnos, a propósito del lema de la Universidad de Harvard, «Veritas». Lewis es muy crítico con el éxito de esta institución en formar éticamente a sus alumnos. Las relaciones de los estudiantes hacia la Universidad, afirma Lewis, se parecen cada vez más a las de un consumidor con un vendedor de bienes y servicios caros. El alumno invierte en la Universidad porque posteriormente espera obtener un retorno proporcional a su inversión. Para Lewis, en cambio, la Universidad debería mantener una relación muy distinta con sus alumnos, como de hecho la tuvo tradicionalmente; tendría que contribuir a «enseñarles a tratar de vivir según el honorable ideal de ser una persona íntegra». Lamentablemente, observa Lewis, este papel se ha oscurecido en el intento de las universidades de dar a los estudiantes y a sus familias lo que ellos piden a cambio del dinero que pagan. No se ayuda a los estudiantes a crecer, no se les ofrece alimento auténtico, lo único que importa es salir bien paradas en las encuestas de calidad. Para Lewis, son pocos, por desgracia, los

¹¹⁶ Cfr. *ibid.*, p. 63.

¹¹⁷ Cfr. *ibid.*, p. 64.

profesores que entienden la vida académica como una misión o una vocación noble¹¹⁸.

Los profesores no dedican mucho tiempo a pensar cómo pueden ser mejores profesores, porque no creen que esto les vaya a servir para su carrera. Al fin y al cabo, los procesos de selección y su reputación tienen que ver principalmente con los resultados de su actividad investigadora. Un profesor que prepara muy bien sus clases tiende a ser visto con recelo, pues suscita dudas sobre su seriedad como investigador. En consecuencia, la mayoría de los profesores no son capaces de hablar con demasiada competencia sobre materias académicas que se desvíen un poco de los aspectos en que han centrado su propia investigación. Harvard enseña a sus estudiantes, afirma Lewis, pero no les hace sabios. Puede que logren una excelencia extraordinaria tanto en lo académico como en sus retos curriculares, pero la totalidad de la experiencia educativa no es coherente. Una buena Universidad, a juicio de Lewis, debería ayudar a que sus estudiantes entendieran la complejidad de la condición humana. Una buena Universidad propone a sus estudiantes el reto de plantearse cuestiones que sean a la vez inquietantes y profundamente importantes. Parte del proceso de convertirse en un adulto responsable educado en la mejor tradición del pensamiento humano consiste, para Lewis, en asumir con fuerza las cuestiones básicas de la vida¹¹⁹.

Ortega y Gasset consideraba, en efecto, a los nuevos profesores hiperespecializados los «nuevos bárbaros» que se limitan a saber mucho de una cosa¹²⁰, porque han olvidado la misión capital de la Universidad, que a su juicio consiste en la enseñanza de la cultura, la cual es para Ortega la guía de la existencia, de lo que no puede encargarse la ciencia¹²¹. Por eso se lamentaba ya en 1930 que la Universidad europea se hubiera centrado de una manera desproporcionada en la investigación, lo que ocasiona, a su juicio, una excesiva fragmentación y especialización del saber, la cual ha roto en pedazos al hombre europeo, cuyo modelo siempre había sido el del hombre culto. Por eso, para Ortega, la misión de la Universidad tiene que ser «reconstruir con los trozos dispersos la unidad vital del hombre europeo»¹²². Para ello invita a no ser «paletos de la ciencia»: la ciencia es el mayor portento humano, pero por encima está la vida humana que la hace

¹¹⁸ Cfr. LEWIS, H.R., *Excellence Without a Soul*, cit., p. 8.

¹¹⁹ Cfr. *ibid.*, p. 255.

¹²⁰ Cfr. ORTEGA Y GASSET, J., «Misión de la Universidad», en Ortega y Gasset, J., *Misión de la Universidad y otros ensayos afines*, Revista de Occidente, Madrid, 1965, p. 68. Siguiendo estas ideas, E. Forment considera que la Universidad no solo debe librarse de la mediocridad, sino también ayudar a la posible liberación de todos los demás, al igual que el hombre del mito de la caverna de Platón. Cfr. Forment, E., «Ortega y Gasset y la misión de la Universidad», *Espíritu* XLVIII, 1999, p. 93.

¹²¹ Cfr. ORTEGA Y GASSET, J., «Misión de la Universidad», p. 61.

¹²² *Ibid.*, p. 35.

posible¹²³. Es ineludible, a su juicio, la enseñanza de la cultura o sistema de las ideas vivas que el tiempo posee. Ésta es la tarea universitaria radical¹²⁴. Tras esta tarea de transmisión de la cultura, lo siguiente es la enseñanza de las profesiones y, en tercer lugar, la investigación científica¹²⁵.

Esta anteposición de la transmisión de la cultura por encima de la investigación por la que aboga Ortega creo que de alguna manera se disuelve en el caso de las ciencias del espíritu, en la medida en que la investigación que se desarrolla en ellas tiene que partir de un diálogo con la tradición, como se señalará más abajo. Sea que el profesor universitario se constituya en un tipo humano caracterizado primariamente por la búsqueda (científica) de la verdad, como propone Jaspers, o por la transmisión de la cultura, como prefiere Ortega (aunque yo creo que esto es más claro en el primer caso), el caso es que tiene la responsabilidad de formar a las personas llamadas a constituir, en palabras de d'Ors, «una reserva de luz para una sociedad entenebrecida por el dominio de sus ídolos»¹²⁶. Y esta misión implica muchas veces un compromiso ético que se puede pagar caro. No es necesario citar aquí, por conocidos, casos concretos de clases, conferencias, presentaciones de libros y otros eventos científicos y culturales que son saboteados por distintas clases de activistas. Esto tiene el efecto de la autolimitación del profesor, cuando evita *mojarse* o *meterse en jardines* para no ser señalado o directamente cancelado¹²⁷.

En los campus sucede algo similar y en EE UU ya cuentan con una amplia experiencia, donde este fenómeno no es nuevo como aquí, pero puede acabar llegando e instalándose. La experiencia norteamericana muestra que cuando esto sucede van paulatinamente desapareciendo las muestras de apoyo que reciben las personas canceladas, tanto a nivel institucional, como profesional. Por lo que se refiere a las instituciones, por su tendencia a sobreproteger a los alumnos que se sienten agraviados. Y en cuanto a los profesionales, por su tendencia a «quitarse de en medio» para eludir problemas. En su famoso artículo «The Coddling of the American Mind», de 2015, G. Lukianoff y J. Haidt se hacían eco de este problema:

¹²³ Cfr. *ibid.*, p. 30. Y en otro lugar afirma que la «cultura es lo que salva al hombre del naufragio vital, lo que le permite vivir sin que su vida sea tragedia sin sentido o radical envilecimiento» (*ibid.*, p. 28).

¹²⁴ Cfr. *ibid.*, p. 32.

¹²⁵ Cfr. *ibid.*, p. 36.

¹²⁶ D'ORS, Á., «Universidad y sociedad», en D'ORS, Á., *Nuevos papeles...*, cit., p. 34.

¹²⁷ Mathias Döpfner, director de la editorial Springer, que integra el diario alemán *Bild*, afirmaba en una entrevista concedida a *Der Spiegel* que, si bien cualquiera puede decir en Alemania lo que piensa, en cambio son menos los que se atreven a decir lo que piensan, de modo que se da la siguiente paradoja: «en la medida en que manifestar la opinión exige menos valor, menos valentía hay disponible». En efecto, reflexiona Döpfner, es curioso que mientras que bajo Hitler y Stalin había personas que arriesgaban la vida por expresar sus opiniones, en la Alemania de 2019, cuando a lo único que se arriesga uno es a un linchamiento digital, apenas haya quien se atreva a expresar opiniones comprometidas. *Der Spiegel* 45/2.11.2019, versión en español de J.M. Grau, para *Nueva Revista* 172, pp. 107-1

«Está pasando algo extraño en los *colleges* y las universidades de Estados Unidos. Ha comenzado un movimiento, que no tiene dirigentes y es conducido fundamentalmente por los estudiantes para dejar los campus limpios de palabras, ideas y temáticas que pudieran causar malestar o generar ofensas.»¹²⁸

Esto resulta muy extraño en un campus universitario, donde se supone que la enseñanza tendría que desarrollarse bajo un pensamiento crítico. La tesis de estos autores es que una cultura universitaria dedicada a limpiar el discurso y a castigar a los ponentes «parece favorecer modos de pensamiento sorprendentemente similares a aquellos que los terapeutas de comportamiento cognitivo han identificado como causantes de depresión y ansiedad», de modo que este nuevo proteccionismo podría estar llevando a los alumnos a pensar de forma patológica¹²⁹. Estas ideas las desarrollan ampliamente en el libro *La transformación de la mente moderna*¹³⁰.

Según Haidt y Lukianoff, la extraña reacción de estos alumnos tiene su origen en la educación que los niños nacidos a partir de 1980 (los *millennials*) han recibido, la cual gira en torno a la idea de que la vida es demasiado peligrosa, de modo que los adultos se encargan de protegerlos de todo daño. Este modelo educativo ha dado lugar a que los *millennials* hayan interiorizado lo que estos autores denominan «las tres grandes falsedades» que desmontan en su libro: a) la falsedad de la fragilidad: lo que no te mata te hace más débil; b) la falsedad del razonamiento emocional: confía siempre en tus sentimientos; c) la falsedad del «nosotros contra ellos»: la vida es una batalla entre las buenas personas y los malvados¹³¹. En opinión de estos autores, este triple planteamiento está causando problemas a los jóvenes, a los universitarios y en general a las democracias liberales.

En cuanto a los estudiantes universitarios, las protestas no son nuevas, pero sí lo es la premisa de que los estudiantes son frágiles. Este presupuesto genera el caldo de cultivo para varios tipos de «malas ideas en acción», que analizan en la segunda parte de su libro, como son típicamente el recurso a la intimidación y la violencia y las cazas de brujas. Ciertamente, la vida no es justa, pero, como señalan Haidt y Lukianoff, la universidad «es el mejor entorno de la tierra para enfrentarse cara a cara con personas e ideas potencialmente ofensivas e incluso directamente hostiles. Es el gimnasio mental definitivo [...]»¹³². Este argumento, aclaran, es meramente pragmático, no moral; la idea es que te irá mejor si buscas desafíos (antifragilidad), si te liberas de tus distorsiones cognitivas (frente al razonamiento

¹²⁸ LUKIANOFF, G.; HAIDT, J., «The Coddling of the American Mind», en la versión castellana de J. Aranguren «La mimada mente americana», *Nueva Revista*, 165, 2018, pp. 98-124.

¹²⁹ Cfr. *ibid.*, p. 102.

¹³⁰ LUKIANOFF, G.; HAIDT, J., *La transformación de la mente moderna. Cómo las buenas intenciones y las malas ideas están condenando a una generación al fracaso*, trad. de V. Puertollano, Deusto, Barcelona 2019.

¹³¹ Cfr. *ibid.*, p. 23.

¹³² *Ibid.*, p. 29.

emocional), y si adoptas una visión generosa de los demás y buscas matices (frente a la idea de que los que no piensan como yo son los malos). La sobreprotección no evitará el desarrollo de una serie de síntomas preocupantes que se detectan en las nuevas generaciones en niveles alarmantes, como son la ansiedad y la depresión (que podrían tener su origen en causas como las nuevas tecnologías, la educación «paranoica» de los hijos, el declive del juego físico), sino que les hará más frágiles, lo que no hará sino aumentar el problema, al que en el mundo universitario contribuye la «burocracia de la ultraseguridad», que normaliza la denuncia, fragilizando más a los estudiantes y generando una espiral de dependencia moral.

En cambio, estos autores son partidarios del método socrático, que es un método de enseñanza que desarrolla el pensamiento crítico en cuanto que los estudiantes son animados a preguntarse sobre sus propias creencias en la medida en que no las han examinado, así como a poner en cuestión los modos de pensar que han recibido por tradición¹³³.

No puedo detenerme aquí, pero lo cierto que lo que caracteriza al profesor no es preguntar (si bien tiene que poner exámenes en virtud de la función de control de títulos que realiza la Universidad), sino responder. Esto es lo que le coloca en su verdadera función de autoridad, como señala d'Ors¹³⁴. Pero esto requiere por parte del alumno cierta docilidad para atender a la docencia de la autoridad. La docilidad consiste para d'Ors en la confianza que se otorga al profesorado al que se viene a preguntar. «Se viene a él precisamente porque se confía en su autoridad científica, y esa actitud de deferencia es ya la docilidad.»¹³⁵ Si el maestro habla, dice a continuación d'Ors, es porque le han preguntado «y contra su respuesta no cabe ya contestación, sino una nueva pregunta, de lo que puede salir el verdadero diálogo». Y concluye:

«Los que tratan de sustituir el diálogo de preguntas y respuestas por la dialéctica de contestaciones no hacen más que aniquilar la convivencia universitaria.»

La delicada situación que se ha descrito parece situarse, en cambio, en esta *lógica de la contestación*. Pero la contestación está basada en la mera opinión. Y la opinión, como afirma Gadamer, es lo que reprime el preguntar¹³⁶. Esta actitud es incompatible con una verdadera aspiración al saber, que asume una dinámica esencialmente dialéctica. Según Gadamer, solo puede poseer algún saber el que tiene preguntas, pero las preguntas comprenden siempre la oposición del sí y el no, del así y de otro modo¹³⁷. En consecuencia, el que está instalado en una

¹³³ Cfr. LUKIANOFF, G.; HAIDT, J., «La mimada mente americana», cit., p. 102.

¹³⁴ Cfr. D'ORS, Á., «El problema universitario español: ¿cambio de estructura o cambio de conducta?», en D'ORS, Á., *Nuevos papeles...*, cit., p. 112.

¹³⁵ *Ibid.*, pp. 112-113.

¹³⁶ Cfr. GADAMER, H.-G., *Verdad y método*, cit., p. 443.

¹³⁷ Cfr. *ibid.*, p. 442.

opinión está cerrado al «no» y al «otro modo», y ésta es la actitud de los que no quieren saber nada. Éstos son los dogmáticos. En cambio, el hombre experimentado se caracteriza por todo lo contrario, pues es capaz de abrirse a la negatividad de la experiencia, la cual solo se adquiere a través de decepciones. Pero esta dialéctica de expectativa y negación no sigue un movimiento pendular, sino progresivo, porque lo que se produce no es una anulación del conocimiento previo, que se ve contrariado, sino un afinamiento que produce un saber abarcante, de modo que permite acceder a un mejor saber, al llegar a saberse mejor lo que se creía saber pero no se sabía.

En correspondencia con estas ideas, esta actitud de no querer oír lo que no gusta en los campus constituye un ejemplo palmario de lo que no es la Universidad, un lugar dogmático, cerrado al diálogo y a la experiencia.

El concepto de experiencia es básico para las humanidades, pero no hay que olvidar que las ciencias naturales progresan de un modo análogo, gracias a que las teorías que se formulan son falsables, esto es, mejorables. La experiencia es dialéctica y por eso el método más idóneo para avanzar en el conocimiento es el diálogo, el cual no necesariamente tiene lugar a través de un debate o un intercambio actual de posiciones, sino también a través del contacto con los textos que forman la tradición cultural. Pero en ambos casos hay algo fundamental que los procedimentalistas suelen pasar por alto. Lukianoff y Haidt notan acertadamente que, gracias al diálogo, es posible que cada uno descubra los presupuestos acrílicos en que basa sus posiciones. Pero creo que hay que matizar esto. Lo más radical (sin lo cual no tendría sentido trabar diálogo alguno) es que *el sentido último del diálogo es la búsqueda de la verdad, que es el mismo fin de la Universidad*. Escribe Gadamer:

«Si tenemos en cuenta el fenómeno hermenéutico según el modelo de la conversación, entre dos situaciones aparentemente distintas como la comprensión de un texto y el ponerse de acuerdo en una conversación hay un aspecto fundamental: que toda comprensión y todo acuerdo tienen presente alguna cosa que uno tiene ante sí. Igual que uno se pone de acuerdo con su interlocutor sobre una cosa, también el intérprete comprende la cosa que dice su texto. Esta comprensión ocurre necesariamente en forma lingüística, en el sentido de un llegar a hablar la cosa misma.»¹³⁸

Por eso, en una conversación, los dialogantes son menos los directores que los dirigidos. En un lenguaje borgiano diríamos que yo no hablo cosas, sino que son las cosas las que me hablan. En consecuencia nunca se puede saber qué va a salir de una conversación. Comprender lo que alguien dice, aclara Gadamer, es ponerse de acuerdo en la cosa, no ponerse en el lugar del otro y reproducir sus vivencias¹³⁹. Esto solo es psicología. Siguiendo a Tomás de Aquino, para el filósofo alemán, la palabra no es una herramienta en sentido auténtico, sino un espejo en que

¹³⁸ *Ibid.*, p. 457.

¹³⁹ Cfr. *ibid.*, p. 461.

se ve la cosa¹⁴⁰. El lenguaje solo tiene su verdadera existencia en el hecho de que en él se representa el mundo¹⁴¹. La posibilidad de poder poner el mundo ante sí tal y como es resulta muy importante, como vamos a ver abajo, para que uno se mantenga libre con respecto al mundo, como también reconoce Gadamer¹⁴².

La dialéctica en el sentido platónico en que la entiende Hegel no es sino el arte de llevar una conversación y, sobre todo, el arte de descubrir la inadecuación de las opiniones que le dominan a uno, formulando consecuentemente preguntas y más preguntas. La dialéctica es aquí negativa, en la medida en que se dedica a desconcertar opiniones. Pero este desconcierto es al mismo tiempo una aclaración, pues libera la mirada y le permite orientarse adecuadamente hacia la cosa. Las cosas mismas, afirma Gadamer, se hacen valer en cuanto uno se entrega por completo a la fuerza de pensar y no deja valer las ideas y opiniones que parecían lógicas y naturales¹⁴³. En el ámbito de las humanidades, no es posible una separación radical entre el sujeto y el objeto. En el conocimiento también opera el ser propio del sujeto que conoce. Esto designa ciertamente el límite del método, pero no el de la ciencia. Me parece que Gadamer condensa todo su libro en la siguiente frase, que resulta elocuente a la luz del anterior desarrollo:

«Lo que no logra la herramienta del método tiene que conseguirlo, y puede realmente hacerlo, una disciplina del preguntar y el investigar que garantice la verdad»¹⁴⁴.

R. Riemen cita a Goethe cuando éste afirma una idea similar aplicándola al mundo del Derecho y de la ética: «Todas las leyes y normas éticas se dejan reducir a una única regla: la verdad.» Y conecta esta idea con la de libertad, citando a Th. Mann, cuando éste dice: «Lo que nos hace libres no es nuestra negativa a reconocer a nadie por encima de nosotros, sino precisamente el hecho de respetar lo que sea superior.» Esto es, la verdad nos hace libres porque tiene autoridad sobre nosotros. Es ella la que nos da órdenes, no nosotros a ella¹⁴⁵.

Por ello, para Riemen, la misión de los intelectuales consiste en distinguir entre lo que tiene valor y lo que no lo tiene; entre el bien y el mal. El hombre cultivado, a su juicio, se contrapone a aquellos (utilitaristas, materialistas, ideólogos) que reducen todo a la pregunta «¿qué utilidad tiene para mí, de qué me sirve, cómo puedo sacar provecho?». No se puede discernir ninguna verdad,

¹⁴⁰ Cfr. *ibid.*, p. 510.

¹⁴¹ Cfr. *ibid.*, p. 531.

¹⁴² Cfr. *ibid.*, p. 532. Este ponerse ante el mundo está expresado en la profunda narración del Génesis, afirma Gadamer, cuando Adán recibe de Dios la potestad de poner nombres a las cosas.

¹⁴³ Cfr. *ibid.*, p. 556. Uno se pone como frente a un espejo, en que se ve reflejado. Una persona especulativa es lo contrario del dogmatismo de la experiencia cotidiana.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 585.

¹⁴⁵ Cfr. RIEMEN, R., *Nobleza de espíritu. Una idea olvidada*, trad. de Godele de Sterck, Taurus, Madrid, 2019, p. 75.

ningún valor, afirma Riemen, sin la imparcialidad y la responsabilidad necesarias para ir más allá de la fachada y las apariencias. El fundamento de cualquier clase de civilización está en la idea de que el ser humano no debe su dignidad y su verdadera identidad a lo que es (carne y hueso), sino a lo que debe ser: el portador de dichas cualidades vitales eternas. El bárbaro, afirma Riemen citando a Baltasar Gracián, es el que no posee el único conocimiento importante para la dignidad humana: la conciencia de que uno ha de ejercitarse en las virtudes y los valores espirituales garantes de una convivencia armoniosa con el prójimo. Es preciso (cita de nuevo a Gracián) que el hombre se eleve desde lo más bajo, ya que el ser humano también lleva dentro de sí una fuerza ciega y bárbara¹⁴⁶.

Reconoce Riemen que este ideal humano de hombre civilizado de carácter atemporal reviste carácter aristocrático, pero no se trata de una nobleza de sangre, sino del espíritu y todo individuo está llamado a alcanzarla¹⁴⁷. La misión del intelectual es, como ya sabía Sócrates, velar por este ideal. El intelectual es un privilegiado que basa su posición en un cometido básico: distinguir. Escribe Riemen:

«En aras de la pervivencia de la civilización, a los intelectuales les incumbe la tarea de conservar y transmitir el conocimiento de lo mejor y de lo más valioso. Han de ejercitarse en el descubrimiento de la verdad, en la distinción entre lo que tiene valor y lo que no, entre el bien y el mal.»¹⁴⁸

Esto significa que al profesor universitario, como intelectual, le corresponde dar un testimonio, de modo que no le es lícito contemporizar con las ideologías dominantes por el mero hecho de evitarse problemas, cayendo en la autocensura. Todo lo contrario, su misión de búsqueda de la verdad le ha de llevar a exponerla y a denunciar, si es necesario, la mentira, el engaño y la manipulación. Por tanto, el profesor universitario tiene un compromiso con la sociedad y no le es lícito encerrarse en su torre de marfil, volviendo la espalda a los problemas de su tiempo, no al menos cuando se trata de ciertos valores fundamentales como la justicia, la verdad, la dignidad humana o la paz, que obligan al filósofo a posicionarse, pues abstenerse sería «hacerse cómplice de transgresiones imperdonables»¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Cfr. *ibid.*, p. 122.

¹⁴⁷ Cfr. *ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ Gabriel Marcel estimaba necesario que el filósofo se comprometiera con su época, pero no de forma partidista, al estilo de los existencialistas (Sartre y compañía). Cfr. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., «Gabriel Marcel y el compromiso político del filósofo», en AA VV, *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*, t. I, Universidad de Valencia, 1989, p. 334. Frente a los peligros de violencia, fanatismo, belicismo, etc. al filósofo le corresponde, para Marcel, no tanto firmar proclamas o asistir a manifestaciones (que pueden ser instrumentalizadas y que son además ineficaces), sino velar, esto es, adoptar una actitud de vigilancia, permaneciendo alerta ante los acontecimientos, aportando su diagnóstico y apuntando los posibles remedios. Cfr. *ibid.*, pp. 337-338.

Durante el s. xx, en cambio, muchos académicos, escritores, poetas, artistas y científicos renunciaron a la vida civilizada y abrazaron la dictadura y la violencia. Riemen nos invita a tener la valentía de atrevernos a ser sabios en el ejercicio de la justicia y las demás virtudes, en la incondicional fidelidad a la búsqueda de la verdad. La mejor existencia es la que se entrega a la búsqueda de la verdad y el ejercicio de la virtud. El amor hacia la sabiduría humana no implica otra cosa que realizar estas distinciones una y otra vez, optando incondicionalmente por la verdad¹⁵⁰.

3. EL PAPEL DE LAS HUMANIDADES

Como se ha indicado arriba, Hutchins diseñó el programa *The Great Conversation*, en el que un grupo reducido de estudiantes se comprometía a leer cada semana una obra de los clásicos universales del conocimiento. A partir de esa lista se formó la colección *Great Books of the Western World* (54 vols.), de 1952, con el objetivo de aprender a través de la lectura y el debate las cuestiones medulares de la historia de la humanidad (filosofía, literatura, teología, historia, ciencia, medicina...) en las fuentes originales (Aristóteles, Sófocles, Agustín, Heródoto, Newton, Galeno...) ¹⁵¹. A su vez, Lewis, citado arriba también, considera que una buena Universidad debería ayudar a que sus estudiantes se planteen los grandes interrogantes de la vida humana, con el fin de penetrar en la profunda complejidad de ésta ¹⁵². Pues bien, éste es en buena medida el papel de las humanidades.

Pienso que este tipo de formación debería también formar parte de la carrera de Derecho. Sin embargo, como hemos visto arriba, no todos los que asumen un punto de vista academicista en punto a la formación de los alumnos, como es el caso de la autorizada opinión de L. Díez Picazo, parecen dejar un espacio, al menos en el ciclo básico, para las humanidades jurídicas. La opinión más iconoclasta en punto a esta cuestión es la sostenida de manera igualmente autorizada por el notable historiador del Derecho Bartolomé Clavero, el cual opina que las historias y las filosofías constituyen un peso muerto para la carrera de Derecho, porque constituyen un estorbo para dotar a ésta de la necesaria unidad y coherencia, la cual, a su juicio, puede venir dada a través de una fundamentación iusfundamental. Mantener aquellas disciplinas, en su opinión, solo obedece a intereses corporativos, los cuales lamentablemente han hipotecado todas las reformas llevadas a cabo desde 1953¹⁵³.

¹⁵⁰ Cfr. RIEMEN, R., ob. cit., pp. 165-166.

¹⁵¹ Cfr. DÍEZ DE RIVERA, I., «La Universidad de Utopía», *Nueva Revista* 165, 2018, pp. 90-91.

¹⁵² Cfr. LEWIS, H.R., ob. cit., p. 255.

¹⁵³ Cfr. CLAVERO, B., «Retrospección de un historiador jurista en tiempos posboloñeses», *Eunomía* 22, 2022, p. 386.

A. Sentido de las humanidades en la formación universitaria

Con el debido respeto a tan autorizadas opiniones creo que incorporar las humanidades al estudio universitario, y en particular a la carrera de Derecho, es no solo enriquecedor, sino muy necesario. Puede que las humanidades no sean útiles (luego abordo esta cuestión), pero sí tienen sentido. A. Llano ha señalado cuatro maneras de contribuir a la sociedad de las humanidades.

En primer lugar, *permiten pensar el propio tiempo*. A. Llano recoge la famosa frase que hizo circular la revista *Time*, a tenor de la cual «Nunca hemos corrido tan deprisa hacia ninguna parte», y afirma que la crisis de fondo que atravesamos en este cambio de milenio proviene sobre todo de la falta de orientación existencial y ésta probablemente tiene mucho que ver con el olvido de las humanidades, que tratan de las cuestiones centrales de la vida¹⁵⁴. Más concretamente, las humanidades, señala, permiten una *interpretación crítica de la sociedad actual*, sin caer ni en un estilo rígido y unívoco de pensamiento, ni tampoco en el puro y simple relativismo oportunista¹⁵⁵. El pensamiento crítico, afirma Llano, permite vislumbrar soluciones combinatorias a problemas altamente complicados. De este modo, la enseñanza, especialmente la universitaria, puede aspirar, como decimos, a la tarea de pensar el propio tiempo, que es la misión que Hegel encomienda a la filosofía y a la cultura en general¹⁵⁶.

En segundo lugar, las humanidades son un factor de *revitalización de la cultura*. En efecto, según Llano, nuestra civilización dispone de «un tesoro de intuiciones, tradiciones, discursos, relatos, ficciones, figuraciones plásticas, normas y sentimientos sin los cuales no se sabe vivir o no se es capaz de vivir con intensidad»¹⁵⁷. Sin un conocimiento de las grandes creaciones literarias, religiosas y filosóficas (incluso científicas, como aconseja Ortega) que están en la base de nuestra manera de pensar y de sentir no es posible adquirir una profunda comprensión de lo humano. Es preciso rescatarlas del olvido, de su extrañeza, porque siguen todavía hablando al hombre de hoy. Para ello es preciso un contacto directo con las fuentes, con los textos originales. Creo, en efecto, que a través de los clásicos es posible todavía hoy mantener una especie de gramática común que nos permita a todos, dentro de nuestras diferencias culturales y en medio de las múltiples lenguas que manejamos, establecer diálogos fecundos y luminosos, en lugar de reproducir con herramientas conceptuales y lingüísticas más pobres debates antiguos.

En tercer lugar, las humanidades nos allanan la *reflexión sobre las grandes cuestiones personales y sociales*, como ya se ha indicado. Por último, en cuarto lugar, las

¹⁵⁴ Cfr. LLANO, A., «Sentido actual de las humanidades», en ALVIRA, R.; SPANG, K., *Humanidades para el siglo XX*, Eunsa, Pamplona, 2006, p. 55.

¹⁵⁵ Cfr. *ibid.*, p. 51.

¹⁵⁶ Cfr. *ibid.*, p. 51.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 54

humanidades constituyen auténticos *catalizadores de la creatividad*, porque, como señala Llano, aportan amplitud de horizontes y capacidad sistémica o lo que los ilustrados y románticos alemanes de fines del s. XVIII y comienzos del XIX comenzaron a llamar «imaginación trascendental», que es la «facultad de forjar nuevos esquemas conceptuales que no estén extraídos de lo empíricamente dado, pero cuya aplicación a la realidad pueda llegar a realizarse»¹⁵⁸. Las humanidades no se conforman con planteamientos de corto alcance, sino que contribuyen, como dice Llano en el mismo lugar a ganar perspectivas, a abrirse a mundos posibles o a situaciones contra fácticas. Ciertamente, si una de las competencias más recurrentes con las que se quiere dotar a los estudiantes universitarios es la de resolución de problemas, me parece que quienes se forman con un programa basado en los clásicos están en una indudable posición de ventaja competitiva con respecto a quienes han sido formados con miras exclusivamente técnicas y profesionalizantes.

Ahora bien, para que las humanidades resulten fructíferas es preciso evitar dos tendencias: la tendencia a tratarlas como un mero objeto científico mudo e inerte y la tendencia a caer en una especie de hipercriticismo pertinaz, estéril y sistemático.

En efecto, por lo que se refiere a la primera tendencia, hay que notar que lo que caracteriza a los clásicos es su capacidad de interlocución con el presente. Creo que puede convenirse en que aquéllos no constituyen piezas de museo que deban ser examinadas a través de una vitrina o utilizadas a efectos meramente eruditos. R. Alvira previene contra cierto modo de hacer humanidades derivado de la idea de la moderna hermenéutica, que reduce aquéllas a un texto más o menos arqueológico cuya interpretación da lugar a publicaciones científicas, lo que hoy en día parece constituir el ideal del profesor universitario¹⁵⁹. Se corre así el riesgo de olvidar al alumno, cuando de lo que se trata realmente, como dijo Sócrates a través de Platón, es de escribir en las almas¹⁶⁰.

En cuanto a la otra tendencia, ciertamente que las humanidades, como se ha señalado arriba, deben proporcionar al universitario una visión crítica, de modo que no se caiga en el conformismo social, político o ideológico (ep. II.2). Esta dialéctica es indudablemente útil a estos efectos, pero siempre y cuando no se caiga en el extremo opuesto al conformismo, que de alguna manera es el nihilismo, ya que no hay que olvidar que las humanidades se dirigen a afirmar los grandes valores humanos, como también señalamos arriba: la verdad, el bien y la belleza. Afirmar, lamenta Alvira, que la tarea de la Universidad es formar intelectuales críticos no es

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 59.

¹⁵⁹ Cfr. ALVIRA, R., «Sobre la situación del humanismo hoy», en ALVIRA, R.; SPANG, K., ob. cit., pp. 19-20.

¹⁶⁰ Cfr. *ibid.*, p. 21. Este estado de cosas ha conducido, a juicio de Alvira, a una cierta falta de verdadera formación humana de los humanistas, tanto de los profesores, como de los alumnos, pues una formación verdadera, como afirma Alvira, no se basa solo o principalmente en los escritos, sino en la relación directa. Cfr. *ibidem*.

suficiente si al concepto de «crítico» le damos un tono de mero rechazo, desmascaramiento, queja o sospecha, pues esto pone al crítico en una «posición social secundaria (a expensas de lo que haya que criticar), y una formación *negativa*, sin *construcción* de la persona»¹⁶¹. Las humanidades contribuyen a la formación integral de la persona, a su perfeccionamiento posible¹⁶². A través de ellas se contribuye a la formación ética tanto del profesor, como del alumno, pues las humanidades permiten al hombre adquirir una serie de hábitos que le convierten, a decir de K. Spang, en hombre culto, dotado y apto para la convivencia. Para fomentar la capacidad de coexistir pacíficamente el humanismo enseña benevolencia y clemencia, virtudes basadas en el reconocimiento de la dignidad humana¹⁶³.

B. Utilidad de las humanidades

Si es dable afirmar que las humanidades tienen un sentido, no lo es afirmar que son útiles en el sentido literal de la palabra, porque las humanidades constituyen un fin en sí mismas. Por eso, como ha señalado H. Ottman, las humanidades no deberían tratar de emular a las ciencias naturales tratando de justificar su existencia en los mismos términos¹⁶⁴.

El ensayo *La utilidad de lo inútil*¹⁶⁵, de N. Ordine, ha tenido bastante eco y, en general, pone las cosas en sus justos términos. En la primera parte, el autor justifica a través de una serie de autores clásicos el valor intrínseco de lo inútil. Esta tesis está en la línea de las tesis aristotélicas y platónicas arriba examinadas cuando tratamos del carácter liberal de la filosofía. En la segunda parte de su ensayo, Ordine se lamenta de la situación de la Universidad, que tiende cada vez a ser menos exigente con los alumnos para hacer más agradable el aprendizaje y que éstos se gradúen en los plazos estipulados por la ley bajo una orientación burocrática y

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 22. Humanismo, expone Alvira «es “hacia dentro” la filosofía de conocerse a sí mismo, y “hacia fuera” la “filología” del saber decir con verdad, bondad y belleza». *Ibidem*. Por eso lamenta la escisión producida en las facultades de filosofía y letras, que ha dado lugar a dos facultades distintas, olvidando la regla de oro de la unidad en la diversidad, que el humanismo significa tomarse siempre en serio. En definitiva: «Es preciso recuperar el ideal retórico tardo antiguo: la educación de personas que sean capaces de hablar bellamente y con conocimiento y respeto de la verdad y el bien. Eso es un humanista.» *Ibid.*, p. 25. En el mismo sentido, K. Spang ha lamentado que se haya olvidado (por el descuido que encuentra en la opinión pública y ante todo en los planes de estudio) la vinculación intrínseca entre la retórica y las humanidades, cuando hace 2.000 años ya se tenía claro que no puede haber persona culta que no sepa hablar bien ni nadie que pueda hablar bien sin ser culto. Cfr. SPANG, K., «Humanidades y retórica», en ALVIRA, R.; SPANG, K., ob. cit., p. 125.

¹⁶² Alvira define el humanismo señalando que «persigue acercar al hombre a su perfección posible». Cfr. ALVIRA, R., «Sobre el humanismo», *Revista Empresa y Humanismo* 1, 1999, p. 133.

¹⁶³ Cfr. SPANG, K., «Humanidades...», cit., p. 129.

¹⁶⁴ Cfr. OTTMANN, H., «Las ciencias del espíritu en el mundo técnico-industrial o por qué no deben justificarse con argumentos de utilidad», en ALVIRA, R.; SPANG, K., ob. cit., p. 76.

¹⁶⁵ ORDINE, N., *La inutilidad de lo inútil. Manifiesto*, trad. de J. Bayod, Acantilado, Madrid, 2016.

profesionalizante¹⁶⁶. Sin embargo, como señala Ordine, ningún oficio puede ejercerse de manera consciente si las competencias técnicas que exige no se subordinan a una formación cultural más amplia, capaz de animar a los alumnos a cultivar su espíritu con autonomía y dar libre curso a su *curiositas*. Y añade:

«Identificar al ser humano con su mera profesión constituye un error gravísimo: en cualquier hombre hay algo esencial que va mucho más allá del oficio que ejerce. Sin esta dimensión pedagógica, completamente ajena a toda forma de utilitarismo, sería muy difícil, ante el futuro, continuar imaginando ciudadanos responsables, capaces de abandonar los propios egoísmos para abrazar el bien común, para expresar solidaridad, para defender la tolerancia, para reivindicar la libertad, para proteger la naturaleza, para apoyar la justicia...»¹⁶⁷.

Por último, Ordine se lamenta de que los clásicos de la filosofía y de la literatura ocupen un lugar cada vez más marginal en las escuelas y universidades. A los alumnos solo se les hace leer literatura secundaria, olvidando las fuentes. Es muy difícil que la pasión por la filosofía o por la poesía o por la historia del arte o por la música brote de la lectura de materiales didácticos¹⁶⁸.

En definitiva, las humanidades permiten sustraer al universitario del río de Heráclito, en que todo fluye al ritmo de los afanes utilitarios, y, sobre la base del contacto directo y actual con los grandes clásicos, le colocan en una posición crítica, siempre que no considere aquéllos bajo un aspecto meramente textual y arqueológico y no entienda ésta como un simple afán destructor y nihilista. De este modo se perfila un tipo humano que, creciendo hacia adentro, sabe respetar sus límites, mostrándose respetuoso y abierto a los demás, a quienes considera sus semejantes.

C. Las disciplinas humanísticas en la carrera de Derecho

D'Ors se lamentaba de la creciente masificación que en los años ochenta comenzaban a sufrir las aulas de Derecho; con todo afirmaba que las Facultades de Derecho no debían renunciar a formar «letrados», en lugar de meros «gestores», pues no se trata de convertir a aquéllas en escuelas de especialización profesional, sino que su enseñanza había de ser «eminentemente teórica y fundamental, en la seguridad de que el aprendizaje de las técnicas profesionales singulares que vendrá después resultará más fecunda a nuestros alumnos cuanto menos hayamos abdicado de nuestro nivel universitario»¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Cfr. *ibid.*, p. 80.

¹⁶⁷ *Ibid.*, pp. 81-82.

¹⁶⁸ Cfr. *ibid.*, p. 97.

¹⁶⁹ D'ORS, Á., «Sobre las asignaturas histórico-jurídicas del primer año de Derecho», en D'ORS, Á., *Nuevos papeles...*, cit., p. 128.

A Cicerón, abogado y gran orador (entre otras muchas cosas), no le bastó, en efecto, conocer el Derecho romano para desplegar sus facultades, sino que, como él mismo afirma, tuvo que recurrir a la filosofía y a la historia. Hablando de sí mismo sostenía que era un orador salido no de los talleres de los rétores, sino de los paseos de la Academia¹⁷⁰, con lo que hacía referencia a que conocer filosofía es necesario para ser un buen orador, porque «sin la filosofía, nadie puede hablar con amplitud y abundancia sobre temas de envergadura y variedad»¹⁷¹. Además de la filosofía, el buen orador, según Cicerón, tiene que estar formado en la dialéctica, o el arte de la discusión, y en historia, «puesto que el recuerdo del pasado y el recurso a los ejemplos históricos proporcionan, con gran deleite, autoridad y crédito a un discurso»¹⁷².

Desde la Codificación, el Derecho romano no constituye el Derecho vigente cuyo conocimiento debe dominar todo jurista, pero creo que proporciona una formación humanística muy necesaria para el alumno de Derecho. Y en ésta pueden ser integradas perfectamente las materias a que hace referencia Cicerón: la historia y la filosofía, las cuales se imparten oficialmente a través de sendas disciplinas académicas de cierta tradición universitaria: la Historia del Derecho y la Filosofía del Derecho. En las líneas que siguen voy a efectuar algunas reflexiones, necesariamente muy generales, acerca de estas tres disciplinas.

Como vimos arriba, el academicismo entraña un compromiso teórico con la carrera de Derecho, en la medida en que se busca formar al alumno en las materias que constituyen el eje de la carrera y enfocadas desde un punto de vista general, dejando las partes y las ramas más especiales para los estudios de postgrado, pero no todos quienes comparten esta premisa se muestran conformes con la presencia de las humanidades en la formación básica de los juristas.

En relación con la *Historia del Derecho*, B. Clavero, eminente especialista en esta disciplina, considera, sin embargo, como se ha indicado arriba, que no solo no se gana nada con su impartición en los estudios de grado, sino que constituye un estorbo para la necesaria unidad y coherencia de la carrera. Aunque yo no soy especialista en la materia y, por tanto, me guardo mucho de emitir una opinión categórica al respecto, y más frente a una opinión especialmente autorizada, creo

¹⁷⁰ Cfr. CICERÓN, M.T., *El orador*, 12; se ha consultado la trad. E. Sánchez Salor, Alianza, Madrid, 2001, p. 31.

¹⁷¹ *Ibid.*, 14-15 (p. 32). Y más adelante dice: «Y es que sin esta ciencia que acabo de citar [filosofía] no podrá hablar ni explicar con profundidad, con amplitud y con abundancia, nada sobre la religión, nada sobre la muerte, nada sobre la piedad, nada sobre el amor a la patria, nada sobre el bien y el mal, nada sobre la virtud y el vicio, nada sobre las obligaciones, nada sobre el dolor, nada sobre el placer, nada sobre las pasiones y pecados del alma, temas que muchas veces se presentan en las causas y que son tratados con excesiva sequedad» (118, p. 78).

¹⁷² *Ibid.*, 120 (p. 80). En general, como señala Spang, no hay retórica sin humanidades, ni humanidades sin retórica, dos saberes imprescindibles para el *otium* y el *negotium*. Cfr. SPANG, K., «Humanidades y retórica», cit., p. 126.

que la mencionada opinión puede aceptarse si concebimos la historia del Derecho en el sentido usual arriba indicado, reducida a un mero objeto de estudio erudito, a una mera fuente o colección de antigüedades, de la que extraer investigaciones que permiten a los profesores universitarios promocionarse en la carrera y ganar sus sexenios, con un eventual olvido de los alumnos, e incluso de la sociedad. Pero si hacemos esto, caemos en el error de entender la Historia del Derecho como un estudio teórico, olvidando que no solo el Derecho es un conocimiento práctico, sino que la propia Historia es también en el fondo un conocimiento práctico, y con «práctico» no me refiero a útil (aunque la erudición es útil a efectos retóricos), sino a *operativo*.

Constituye un lugar común afirmar que la historia es maestra de vida, pero algo de verdad hay en esto. En efecto, como señala García Gallo, la razón por la que los juristas ilustrados del s. XVIII sintieron interés por la historia de las instituciones y de la cultura y en particular la jurídica¹⁷³, estuvo determinada por la necesidad de alcanzar una formación más completa y comprender mejor el Derecho (vigente)¹⁷⁴. La Historia del Derecho tiene, según García Gallo, como objeto el estudio, el origen y transformaciones del Derecho a través del tiempo¹⁷⁵. Pero esto se puede hacer bajo dos orientaciones principales: la orientación histórica, que estudia la Historia del Derecho como una parte o complemento de la Historia general, y la orientación jurídica, que centra su atención en el Derecho, y trata de conocer éste, no solo en su estado actual, sino en el pasado, para saber cómo ha nacido y se ha desarrollado hasta llegar a ser el que hoy es. Concebida de esta manera la Historia del Derecho es por su finalidad y contenido una ciencia jurídica que opera auxiliada por el método histórico¹⁷⁶. García Gallo conecta el valor de la Historia del Derecho con la noción iusfilosófica de «experiencia jurídica». Lo interesante no es estudiar dogmáticamente unos conceptos abstractos, sino analizar cómo han sido resueltos los problemas por el Derecho. La experiencia jurídica frente al análisis dogmático permite conocer las distintas soluciones aplicadas en el tiempo a un mismo problema o institución y apreciar su eficacia¹⁷⁷. Más abajo vuelvo sobre la fundamentación filosófica del carácter práctico de la Historia en general.

En cuanto al *Derecho romano*, del que tampoco soy especialista, y de nuevo hablo sin autoridad y con las debidas cautelas, creo que podríamos prescindir de él en

¹⁷³ En el s. XVIII, los historiadores tuvieron que buscar nuevas fuentes de conocimiento, porque las crónicas no se habían ocupado de determinados aspectos económicos, culturales, eclesiásticos e institucionales, de modo que acudieron a las viejas leyes civiles y eclesiásticas, documentos privados, etc. Cfr. GARCÍA GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho Español*, vol. I (*El origen y la evolución del Derecho*), Madrid, 1984, p. 9. No obstante, las primeras cátedras de Historia del Derecho español no se crearon en las facultades de Derecho de las universidades españolas hasta 1883.

¹⁷⁴ Cfr. *ibid.*, p. 11.

¹⁷⁵ Cfr. *ibid.*, p. 15.

¹⁷⁶ Cfr. *ibid.*, p. 16.

¹⁷⁷ Cfr. *ibid.*, p. 18.

los planes de estudios de la carrera de Derecho si cayéramos en error de reverenciar el *Corpus iuris* de un modo dogmático, como el Derecho positivo de nuestros días, cuando en puridad tanto el Derecho positivo, como el Derecho romano son susceptibles de ser apreciados críticamente. Otra cosa, afirma d'Ors, sería confundir la ciencia jurídica con la teología, que sí cuenta, en virtud de ciertos presupuestos de Derecho divino revelado, con verdadero carácter dogmático¹⁷⁸.

Aquí se abren dos caminos para el Derecho romano en relación con los estudios de Derecho. Su contribución al Derecho global o su contribución a la formación del carácter moral o del espíritu crítico del estudiante.

En relación con el primer camino, R. Mentxaka sostiene que la docencia del Derecho romano histórico se podría complementar con la del Derecho vigente, según el sistema alemán, lo que dotaría a los docentes universitarios de los mecanismos necesarios para efectuar «la tan necesaria comparación jurídica encaminada a extraer esos principios jurídicos comunes [...] necesarios para avanzar en la construcción europea»¹⁷⁹. A su juicio, en una economía mundial en que las relaciones humanas han superado fronteras deberíamos cuestionarnos la futura formación jurídica en la que todavía se sigue partiendo del conocimiento del Derecho nacional¹⁸⁰. Es preciso, pues, señala en el mismo lugar, «aceptar la existencia de un Derecho no estatal que nace de acuerdos, convenios, etc., cuyos principales protagonistas son las organizaciones empresariales, las organizaciones no gubernamentales, etc.», un Derecho flexible «que supera en rapidez al otorgado por los parlamentos y los Estados y que se escapa a las vías jurisdiccionales estatales usualmente el arbitraje consensuado que proporciona una eficaz resolución de controversias». Es para articular este Derecho global que cabe recurrir a los principios de Derecho del *ius commune* e indirectamente al Derecho romano en que se fundamentan¹⁸¹.

Sin perjuicio de esta plausible opinión, la propuesta de d'Ors me parece que va más a la raíz. En efecto, para este ilustre romanista, la virtud ejemplar del Derecho romano, por la que debe seguir siendo estudiado en la actualidad, consiste en haber sido fundamentalmente un derecho científico, es decir, jurisprudencial, y no un orden impuesto por el legislador. Los jurisprudentes romanos se interesaban por encontrar y conservar las soluciones convenientes para los conflictos que surgen entre las personas acerca del aprovechamiento privado de las cosas. Sus soluciones debían ser aplicadas por los jueces al dar éstos sus sentencias en los litigios causados por tales conflictos¹⁸². Por ello, para d'Ors, el

¹⁷⁸ Cfr. D'ORS, Á., «Filología y Derecho romano», en D'ORS, Á., *Nuevos papeles...*, cit., *passim*.

¹⁷⁹ MENTXAKA, R., «Reflexiones de una romanista analógica sobre la formación jurídica (¿y virtual?) del siglo XXI», *Eunomia* 22, 2022, p. 396.

¹⁸⁰ Cfr. *ibid.*, p. 398.

¹⁸¹ Cfr. *ibid.*, p. 395.

¹⁸² Cfr. D'ORS, Á., *Derecho privado romano*, Pamplona, Eunsa, 1989, §§ 1-2.

Derecho romano tiene un fin exclusivamente formativo, que es preparar la forma mental y el espíritu de libertad del joven jurista; habilitarle para servirse del Derecho positivo sin convertirse en su servidor¹⁸³.

Entendido en el sentido del realismo clásico aristotélico-tomista, el saber moral no podrá revestir nunca el carácter previo de los saberes susceptibles de ser enseñados, de modo que se constituye en el remedio más eficaz contra todo dogmatismo; no solo contra un Derecho natural dogmático, sino también contra el dogmatismo positivista. Según d'Ors, la *perspectiva filológica* que cabe adoptar para el estudio del Derecho romano le salva precisamente de caer en la decadencia dogmatizante señalada¹⁸⁴.

Creo que la alusión que hace d'Ors al iusnaturalismo clásico de inspiración aristotélica es especialmente atinada, porque éste sirve a Gadamer, precisamente, para explicar la dimensión práctica o aplicativa de las disciplinas humanísticas. En efecto, para Gadamer, la aplicación del texto es un momento constitutivo del proceso hermenéutico¹⁸⁵. Y esto es así no solo por lo que se refiere a la hermenéutica que llevan a cabo el jurista y el teólogo, sino también en la hermenéutica filológica y en la histórica, donde *a priori* parecería no ser el caso. En efecto, en cuanto a la hermenéutica jurídica, es claro que una ley no pide ser entendida históricamente, sino que la interpretación debe concretarla en su validez jurídica. Del mismo modo, el texto de un mensaje religioso no desea ser comprendido como un mero documento histórico, sino de manera que pueda ejercer su efecto redentor. En ambos casos esto implica que si el texto, ley o mensaje de salvación, ha de ser entendido adecuadamente, esto es, de acuerdo con las pretensiones que él mismo mantiene, *debe ser comprendido en cada momento y en cada situación concreta de manera nueva y distinta*¹⁸⁶.

Por eso, para Gadamer, *las humanidades forman parte del saber moral* (si entendemos éste según la *phrónesis* aristotélica). En efecto, para el Estagirita, el que actúa debe ver la situación concreta a la luz de lo que se exige de él en general, pues un saber general que no supiera aplicarse a la situación concreta carecería de sentido¹⁸⁷. En la ética aristotélica, el problema del método está enteramente determinado por el objeto; de igual modo, el problema hermenéutico, afirma Gadamer, se aparta evidentemente de un saber puro, separado del ser¹⁸⁸. Por eso, la ética no es cuestión de método, sino de resultado. Para ver esto resulta particularmente útil la distinción que hace Aristóteles entre *tekhné* o técnica y *phrónesis* o prudencia o saber moral.

¹⁸³ Cfr. D'ORS, Á., «El Derecho romano en la carrera de Derecho», en D'ORS, Á., *Nuevos papeles...*, cit., p. 136.

¹⁸⁴ Cfr. D'ORS, Á., «Filología y Derecho romano», en D'ORS, Á., *Nuevos papeles...*, cit., *passim*.

¹⁸⁵ Cfr. GADAMER, H.G., *Verdad y método*, cit., p. 379.

¹⁸⁶ Cfr. *ibid.*, p. 380.

¹⁸⁷ Cfr. *ibid.*, p. 384.

¹⁸⁸ Cfr. *ibid.*, p. 385.

Así, en la *tekhné*, la producción está dominada por el *eidos*, la idea, que es previa al proceso productivo, mientras que el saber moral se constituye *en relación con las circunstancias concretas en que se produce*. Esto se ve claramente en el Derecho, como señala acertadamente Gadamer. Lo que es justo no se determina por entero con independencia de la situación que me pide justicia, mientras que el *eidos* de lo que quiere fabricar el artesano está enteramente determinado por el uso para el que se determina. Así no es exacto concebir la justicia como una *tekhné* para aplicar leyes y reglas a un caso concreto, por mucho que podamos hablar de metodología jurídica o del arte del jurista. En efecto, el que diseña un objeto puede verse obligado a adaptarse a las circunstancias y modificar su plan. Pero esto no implica perfeccionamiento, sino más bien parece una imperfección dolorosa. En cambio, el que aplica el derecho en una situación concreta se verá obligado seguramente a hacer concesiones respecto a la ley, pero no porque no sea posible hacer las cosas mejor, *sino porque de otro modo no sería justo*¹⁸⁹.

Cualquier jurista que tenga cierta práctica y no esté cegado por los prejuicios sabe que la ley siempre es deficiente y que hay que modelarla en relación con los hechos de cada caso concreto. El mismo positivismo jurídico ha acabado asumiendo que no es posible una aplicación puramente, mecánica de la ley, sino que ésta debe ser acomodada a través de valoraciones¹⁹⁰. Es en este punto que Gadamer reivindica la concepción aristotélica del *Derecho natural*, el cual poco tiene que ver con la deformación posterior por obra del racionalismo¹⁹¹, sino con la *epieikeia* o equidad, que es siempre mudable dentro de las coordenadas generales de la naturaleza de las cosas.

Estas consideraciones metodológicas acerca de la dimensión aplicativa y práctica de las humanidades sobre el modelo del Derecho natural nos dan pie a hacer unas observaciones finales sobre el valor formativo de esta materia: *a)* En un sentido racionalista o moderno puede ser asumido como la fundamentación de los derechos humanos o de los derechos fundamentales si no se quiere caer en el historicismo, que resulta funesto o autodestructivo como fundamento de los mencionados derechos, pues todo lo que se ha tenido la voluntad de poner se puede igualmente quitar. *b)* En segundo lugar, en un sentido clásico, como realismo jurídico, sirve para que el jurista tome conciencia de su ineludible responsabilidad a la hora de la determinación de lo justo, para lo que el Derecho positivo solo le presta un auxilio inicial, relativo y no siempre excluyente. *c)* En tercer lugar, el Derecho natural permite formar una conciencia crítica frente a los dictados del poder que permite rechazar fundadamente aquello que en ningún caso puede llevar a una solución justa y que en los casos más flagrantes

¹⁸⁹ Cfr. *ibid.*, p. 389.

¹⁹⁰ Cfr. SERNA, P., «Sobre las respuestas al positivismo jurídico», *Persona y Derecho* 37, 1997, pp. 304 ss.

¹⁹¹ Cfr. SERNA, P., «Modernidad, posmodernidad y derecho natural. Un iusnaturalismo posible», *Persona y Derecho* 20, 1989, p. 167.

permite afirmar que tal o cual disposición no es Derecho¹⁹². Esto también puede fundamentarse desde un punto de vista axiológico¹⁹³. Con esto no se quiere decir que tenga que haber una asignatura específica de Derecho natural en la carrera de Derecho, pero sí que el tema no puede ser eludido, al menos dentro de la teoría de la justicia.

Añadiré unas últimas y sucintas observaciones relativas a la *Filosofía del Derecho*. J.M. Gil Ruiz, especialista en esta disciplina, se ha preguntado cuáles son las competencias jurídicas que requiere la profesión de abogado y procurador y qué se entiende por formación jurídica¹⁹⁴. Según lo ya apuntado arriba, la reforma universitaria tiende a acomodarse a las exigencias del mercado, a cuya luz se determinará después el papel que les corresponde a los saberes jurídicos (y en especial a la Filosofía del Derecho). Para Gil Ruiz esto lleva a entender el Derecho como mera técnica de organización social. En su lugar propone el procedimiento inverso: plantearse primero la idea de Derecho para determinar después el modelo de jurista que lo haga posible y el tipo de destrezas que éste requiere¹⁹⁵.

Si entendemos el Derecho como un mero texto legal, entonces el modelo de jurista adecuado será el que se limita a la mera sistematización dogmática y conceptual de las leyes. Esta visión se corresponde con la tradicional formación descriptiva, no práctica y genérica propia del siglo XIX, en que la legitimidad de la ley está presupuesta y el jurista se considera vinculado política y moralmente a ella. Bajo esta óptica la disciplina de la Filosofía del Derecho se convierte en una asignatura molesta e inútil. El jurista se convierte en un mero técnico, al servicio del poder político¹⁹⁶.

Ahora bien, si entendemos el Derecho en función del actual panorama de globalización de la economía y de desbordamiento de las fronteras estatales, en que el mercado impone sus condiciones, entonces el modelo de jurista más idóneo será aquél más familiarizado con las técnicas de organización social. Bajo este punto de vista tampoco tiene sentido plantearse conocimientos de Filosofía del Derecho¹⁹⁷.

Ante este sombrío panorama, en que bajo ambos supuestos el jurista queda reducido a un mero servidor del poder o de los intereses oligárquicos del mercado, es

¹⁹² Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, I-II, q. 95, a. 2 c. Se ha consultado la ed. de la BAC, Madrid, 2011,

¹⁹³ Cfr. RADBRUCH, G., *Cinco minutos de filosofía del derecho* (1945), Themis, Bogotá, 1999, pp. 69-72. Sobre la juridicidad de las leyes injustas, vid. SEOANE, J.A., «Three Ways of Approaching Unjust Laws: Aquinas, Radbruch and Alexy», *Rechtstheorie* 37/3, (2006, pp. 307-327.

¹⁹⁴ Cfr. GIL RUIZ, J.M., «La Filosofía del Derecho de ayer y de hoy. ¿Habrà futuro?», en PUY MUÑOZ, F. (coord.), *La universidad humanista en un mundo globalizado*, Reus, Madrid, 2007, p. 37.

¹⁹⁵ Cfr. *ibid.*, p. 40.

¹⁹⁶ Cfr. *ibid.*, pp. 42-44.

¹⁹⁷ Cfr. *ibid.*, pp. 44-49.

posible concebir el Derecho que conforma el orden social bajo su aspecto de *justicia*. Este concepto de Derecho requiere una formación *crítica y humanista* en el jurista: «Se trata de un jurista que, siendo conocedor del derecho existente, sea capaz de elevarse sobre él de forma crítica y reflexiva, o sea, humanista, y de plantear alternativas racionalmente justas y socialmente comprometidas»¹⁹⁸.

En efecto, es posible y deseable un estudio de la realidad jurídica en términos descriptivos y meramente analíticos, pero esto no es suficiente, como señala P. Serna, porque equivale a convertir la pregunta por el «cómo» en la última pregunta de la teoría jurídica, pero he aquí que ésta no puede ser la última pregunta tratándose de una construcción humana como el Derecho, por lo que «no solo resulta legítimo, sino necesario, interrogarse por su *por qué* y su *para qué*, esto es, intentar acceder a una comprensión de la finalidad o propósito para el cual han sido creadas»¹⁹⁹. Solo esta perspectiva de comprensión, explica Serna, es capaz de acceder al «por qué» o al «para qué» que completan la imagen formal y estructural aportada por la descripción, mostrando la conexión interna entre lo formal y lo sustantivo. Solamente situando los elementos particulares del Derecho que resultan de su descripción y análisis en su horizonte significativo o de sentido es posible llegar a una comprensión cabal de la realidad jurídica²⁰⁰. Y de esto no se pueden encargar las disciplinas positivas de la carrera.

IV. RECAPITULACIÓN

El Proceso de Bolonia, con carácter general, ha pretendido imprimir un giro copernicano en la docencia universitaria. Dejando de lado si este giro ha sido realmente efectivo o en cierta medida aparente, uno de sus ejes consiste en considerar al alumno, según la idea clásica, no tanto como un vaso que hay que llenar, sino como una llama que hay que prender. Así, pues, no se trata tanto de que el alumno adquiera mecánicamente unos conocimientos, como de que incorpore una serie de competencias. El punto clave está en determinar qué clase de competencias son las que hay que inculcar en el estudiante. En el reciente debate sobre la docencia universitaria llevado a cabo en la revista *Eunomía*, no se advierte, ni siquiera entre quienes efectúan sus aportaciones desde el mundo profesional, una especial inclinación hacia una capacitación profesionalizante del universitario. Sin embargo, es éste el camino que parecen estar asumiendo, tanto las Universidades, como las autoridades que dirigen el Proceso de Bolonia, con la idea de favorecer la inserción laboral de los egresados.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 49.

¹⁹⁹ SERNA, P., «Presupuestos programáticos para la elaboración de un concepto hermenéutico-ontológico de Derecho», *Revista Portuguesa de Filosofia* 70/2-3 (2014), p. 207.

²⁰⁰ Cfr. *ibid.*, p. 208.

En este trabajo hemos señalado dos grandes problemas con que se encuentra la opción profesionalizante. En primer lugar, dificulta que la Universidad pueda desarrollar su fin propio, lo que entraña una cierta desvirtuación de ésta y le impide efectuar su contribución social más específica. En segundo lugar, no es capaz ni siquiera de llevar a cabo con competencia el nuevo papel asignado. Por eso nos hemos decantado por una postura academicista, la cual encuentra su fundamento sobre tres bases. En primer lugar, los estudios universitarios son en buena medida estudios liberales, en la medida en que buscan el saber por sí mismo y no al servicio de ninguna otra cosa. En segundo lugar, el universitario está llamado a ser un referente axiológico para la sociedad, lo que solo puede cumplir si se toma en serio el anterior postulado. En tercer lugar, la Universidad, y la carrera de Derecho en particular, no pueden dejar de ofrecer una formación humanística, la cual se caracteriza al mismo tiempo por su valor y su falta de utilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ROJO, V. *et alii*, «Perfiles docentes para el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) en el ámbito universitario español», *RELIEVE. Revista Electrónica de Investigación y Evaluación Educativa* 15/1, 2009, pp. 1-18.
- ALVESSON, M., «Do we have something to say? From re-search to roi-search and back again», *Organization* 20/1, 2012, pp. 79-90.
- ALVIRA, R., «Sobre el humanismo», *Revista Empresa y Humanismo* 1, 1999, pp. 133-135.
- , «Sobre la situación de las humanidades hoy», en ALVIRA, R.; SPANG, K., *Humanidades para el siglo XX*, Eunsa, Pamplona, 2006, pp. 13-25.
- ARISTÓTELES, *Acerca del alma*, ed. de Gredos, trad. de T. Calo, Madrid, 1994.
- , *Ética a Nicómaco*, ed. biligüe del CEPC, trad. de J. Marías, Madrid, s.f.e. y ed. de Gredos, trad. de J. Pallí, Madrid, 2012.
- , *Metafísica*, ed. trilingüe de V. García Yebra, Gredos, Madrid, 1998.
- ATIENZA, M., «Cinco ideas para la formación del jurista de mediados del siglo XXI», *Eunomía*, 22, 2022, pp. 365-378.
- BARONA VILAR, S., «Psicoanálisis de la enseñanza del derecho en el siglo XXI. ¿Evolución, revolución o caquexia?», *Eunomía*, 22, 2022, pp. 411-440.
- BELLVER, V.; TALAVERA, P., «Ortega y la misión de la cultura en la Universidad. La concepción orteguiana del profesor universitario», *El Basilisco*, 2.^a época, n.º 31, 2001, pp. 89-94.
- CICERÓN, M.T., *El orador*, trad. E. Sánchez Salor, Alianza, Madrid, 2001.
- CLAVERO, B., «Retrospección de un historiador jurista en tiempos posboloñeses», *Eunomía* 22, 2022, pp. 379-388.

- D'ORS, Á., *Derecho privado romano*, Eunsa, Pamplona, 1989.
- , Á., *Nuevos papeles del oficio universitario*, Eunsa, Pamplona, 1980.
- DAVEY, T.; GALÁN, V., «La Universidad en el 2040», *Nueva Revista* 30 abril 2021. <https://www.nuevarevista.net/la-universidad-en-el-2040/>
- DÍEZ DE RIVERA, I., «La Universidad de Utopía», *Nueva Revista* 165, 2018, pp. 90-91.
- DÍEZ PICAZO, L., «Sobre la enseñanza del Derecho en España. Un alegato», *Eunomia* 22, 2022, pp. 469-475.
- FARAMIÑÁN, J.M. de, «Against Bolonia», *Revista de Estudios Jurídicos* n.º 10, 2010 (Segunda Época), pp. 1-11.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I; MADINABEITIA EZKURRA, A., «La transformación docente de la universidad a veinte años de Bolonia: balance y claves para un futuro por definir», *Profesorado. Revista de currículum y formación del profesorado* 24/2, 2020, pp. 28-52.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., «Gabriel Marcel y el compromiso político del filósofo», en AA VV, *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*, t. I, Universidad de Valencia, 1989, pp. 333-344.
- FORMENT, E., «Ortega y Gasset y la misión de la Universidad», *Espíritu* XLVIII, 1999, pp. 83-100.
- GADAMER, H.-G., *Verdad o método*, Sígueme, Salamanca, 2012.
- GARCÍA GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho Español*, vol. I (El origen y la evolución del Derecho), Madrid, 1984.
- GIL RUIZ, J.M., «La Filosofía del Derecho de ayer y de hoy. ¿Habrán futuro?», en PUY MUÑOZ, F. (coord.), *La universidad humanista en un mundo globalizado*, Reus, Madrid, 2007, pp. 37-56.
- GOYANES, M.; RODRÍGUEZ GÓMEZ, E.F., «¿Por qué publicamos? Prevalencia, motivaciones y consecuencias de publicar o perecer», *El profesional de la información* 27/3, 2018, pp. 548-558.
- HEIDEGGER, M., *Introducción a la metafísica*, trad. de A. Ackermann, Gedisa, Barcelona, 1993.
- HUTCHINS, R.M., *La universidad de utopía*, trad. de N. Rosenblatt, Eudeba, Buenos Aires, 1961.
- , «Los fines de la educación», trad. de J. Aranguren, *Nueva Revista* 166, 2019, pp. 166-181.
- JASPERS, K., *La idea de universidad*, trad. de S. Martín, Eunsa, Pamplona, 2013.
- LAVAL, Ch., *La escuela no es una empresa. El ataque neoliberal a la enseñanza pública*, trad. de J. Terré, Paidós, Barcelona, 2004.
- LEWIS, H.R., *Excellence Without Soul. Does Liberal Education Have a Future?*, Public Affairs, Nueva York, 2007.
- LLANO, A., «Sentido actual de las humanidades», en ALVIRA, R.; SPANG, K., *Humanidades para el siglo XX*, Eunsa, Pamplona, 2006, pp. 47-60.

- LUKIANOFF, G.; HAIDT, J., «The Coddling of the American Mind», en la versión castellana de J. Aranguren «La mimada mente americana», *Nueva Revista*, 165, 2018, pp. 98-124.
- , *La transformación de la mente moderna. Cómo las buenas intenciones y las malas ideas están condenando a una generación al fracaso*, trad. de V. Puertollano, Deusto, Barcelona, 2019.
- MARTÍN REBOLLO, L., «Sobre la formación del jurista del siglo XXI (un retablo más o menos utópico con Bolonia como fondo)», *Eunomía*, 22, 2022, pp. 446-468.
- MENOR SÁNCHEZ, P., «Reflexiones sobre la formación de los abogados del siglo XXI», *Eunomía* 23, 2022, pp. 425-431.
- MENTXAKA, R., «Reflexiones de una romanista analógica sobre la formación jurídica (¿y virtual?) del siglo XXI», *Eunomía* 22, 2022, pp. 389-404.
- NEWMAN, J.H., «El saber como fin en sí mismo», en NEWMAN, J.H., *Discursos sobre el fin y la naturaleza de la educación universitaria*, 2.^a eds., trad. de J. Morales, Eunsa, Barañáin, 2011, pp. 123-142.
- ORDINE, N., *La inutilidad de lo inútil. Manifiesto*, trad. de J. Bayod, Acantilado, Madrid, 2016.
- ORTEGA y GASSET, J., «Misión de la Universidad», en ORTEGA y GASSET, J., *Misión de la Universidad y otros ensayos afines*, Madrid, Revista de Occidente, 1965, pp. 14-78.
- , «Sobre las carreras», en ORTEGA y GASSET, J., *Misión de la Universidad y otros escritos afines*, Madrid, Revista de Occidente, 1965, pp. 127-154.
- OTTMANN, H., «Las ciencias del espíritu en el mundo técnico-industrial o por qué no deben justificarse con argumentos de utilidad», en ALVIRA, R.; SPANG, K., *Humanidades para el siglo XX*, Eunsa, Pamplona, 2006, pp. 75-84.
- PERCEVAL, J.M.; FORNIELES ALCARAZ, J., «Confucio contra Sócrates: la perversa relación entre la investigación y la acreditación», *Anàlisi* 36, 2008, pp. 213-224.
- PIEPER, J., «¿Qué significa filosofar?», en PIEPER, J., *El ocio y la vida intelectual*, Rialp, Madrid, 1983, pp. 77-169.
- , «Lo académico, el funcionario y el sofista», en PIEPER, J., *El ocio y la vida intelectual*, Rialp, Madrid, 1983, pp. 171-228.
- , «Ocio y culto», en PIEPER, J., *El ocio y la vida intelectual*, Rialp, Madrid, 1983, pp. 9-76.
- , *Defensa de la filosofía*, trad. de A.E. Lator, Herder, Barcelona, 1973.
- PLATÓN, *Teeteto*, ed. de Gredos, Madrid, 2007.
- POLO, L., «El profesor universitario», en POLO, L., *Claves de la universidad y del profesor universitario*, Eunsa, Pamplona, 2018, pp. 4-42.
- , «La crisis de la Universidad», en POLO, L., *Claves de la universidad y del profesor universitario*, Eunsa, Pamplona, 2018, pp. 63-92.
- RADBRUCH, G., *Cinco minutos de filosofía del derecho* (1945), Themis, Bogotá, 1999.
- RIEMEN, R., *Nobleza de espíritu. Una idea olvidada*, trad. de Godele de Sterck, Taurus, Madrid, 2019.

- SÁENZ CASTRO, D., «La formación del jurista en el siglo XXI desde la perspectiva del ejercicio profesional de la abogacía», *Eunomía* 23, 2022, pp. 432-437.
- SEOANE, J.A., «Three Ways of Approaching Unjust Laws: Aquinas, Radbruch and Alexy», *Rechtstheorie* 37/3, 2006, pp. 307-327.
- SERNA, P., «Presupuestos programáticos para la elaboración de un concepto hermenéutico-ontológico de Derecho», *Revista Portuguesa de Filosofia* 70/2-3, 2014, pp. 205-230.
- , «Modernidad, posmodernidad y derecho natural. Un iusnaturalismo posible», *Persona y Derecho* 20, 1989, pp. 155-188.
- , «Sobre las respuestas al positivismo jurídico», *Persona y Derecho* 37, 1997, pp. 279-314.
- , *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México, 2006.
- SHEKMAN, R., «How journals like 'Nature', 'Science' y 'Cell' are damaging science», *The Guardian*, 9 de diciembre de 2013, recogido en la edición de 12 de diciembre de 2013 de *El País*.
- SOLÉ BLANCH, J., «El cambio educativo ante la innovación tecnológica, la pedagogía de las competencias y el discurso de la educación emocional», *Teri* 32/1, 2020, pp. 101-121.
- SPANG, K., «Humanidades y retórica», en ALVIRA, R.; SPANG, K., *Humanidades para el siglo XX*, Eunsa, Pamplona, 2006, pp. 125-148.
- TEJADA, J.; RUIZ, C., «Evaluación de competencias profesionales en Educación Superior: Retos e implicaciones», *REDU. Revista de Docencia Universitaria* 18/1, 2020.
- UNIVERSIDAD DE DEUSTO, *Marco pedagógico UD. Orientaciones generales*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001.
- ZORNOZA, J., «La formación del jurista a mediados del siglo XXI. Más preguntas que respuestas», *Eunomía* 22, 2022, pp. 476-483.
- ZABALZA, M.A., «Ser profesor universitario hoy», *La cuestión universitaria* 5, 2009, pp. 68-80.

LA SOCIEDAD OCULTA. EL REALISMO JURÍDICO PRAGMÁTICO DE VILHELM AUBERT

THE HIDDEN SOCIETY. VILHELM AUBERT'S PRAGMATIC LEGAL REALISM

DIANA GIL LAMUELA

Graduada en Derecho

Universidad Mälardalen, Västerås (Suecia)

RESUMEN

Este trabajo supone una aproximación al Realismo jurídico, en concreto, al Realismo jurídico noruego de Vilhelm Aubert pues se trata de un modelo digno de estudio. La transversalidad del autor conecta entre sí el Pragmatismo, el Utilitarismo y la Sociología bajo un marco jurídico realista. El concepto de Derecho de Vilhelm Aubert refleja su Pragmatismo, motivando y delimitando su concepto de Derecho y la función del Derecho, mientras que se vale de la Sociología para recorrer escenarios como la salud mental, el amor y los sueños. Utilizando la esencia subyacente perteneciente a la Sociología, Vilhelm Aubert se introduce profundamente en las acciones rutinarias de la vida del ser humano.

Palabras clave: Realismo jurídico, Noruega, Pragmatismo, Derecho, Sociología.

ABSTRACT

This current research supposes an approximation to Legal Realism, in particular, to Vilhelm Aubert's Norwegian Legal Realism, since it supposes a model worthy of study. The transversality of the author connects Pragmatism, Utilitarianism, and Sociology with each other under a realistic legal framework. Vilhelm Aubert's concept of Law reflects his Pragmatism, motivating and delimiting his

concept of Law and the function of Law, while he uses Sociology to explore scenarios such as mental health, love, and dreams. The essence of Vilhelm Aubert's Sociology is the right way of deeply going through people's actions on daily basis.

Key words: Legal realism, Norway, Pragmatism, Law, Sociology.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. UN EJEMPLO DE TEORÍA DEL DERECHO PRAGMÁTICA: VILHELM AUBERT. 1. UNA CONCEPCIÓN SOCIOLÓGICA DEL DERECHO: DERECHO Y SOCIOLOGÍA. 2. CONTINUITY AND DEVELOPMENT IN LAW AND SOCIETY. III. LA SOCIEDAD OCULTA. 1. «THE CRIMINAL AND THE SICK» Y «LEGAL JUSTICE AND MENTAL HEALTH». 2. «A NOTE ON LOVE». 3. «SLEEP: A SOCIOLOGICAL INTERPRETATION». IV. CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

¿Cuál es la base del Derecho? Positivismo y Iusnaturalismo no han sido capaces de arrojar luz a la discusión, pues son corrientes del deber ser y metafísicas. Por eso nace el Realismo, como elemento de seguridad, cuyo único papel es la descripción de la realidad. El Realismo nace de la necesidad, de la falta de practicidad de las corrientes precedentes.

Las primeras normas de estructuración de la sociedad se dan con fines organizativos, pero sin planteamiento filosófico; darán solución a los conflictos colectivos, pero no se preguntarán el por qué del Derecho impuesto. Haciendo un somero repaso de las cuatro corrientes filosóficas que sustentan el Derecho se permite encontrar el contexto del Derecho. Por orden cronológico, el Iusnaturalismo engloba el Derecho como un conjunto de normas ético-físicas y morales que provienen de la naturaleza, que son eternas, inamovibles e idénticas en todo tiempo y en todo lugar. Cree en los valores absolutos de libertad, igualdad y justicia, entre otros reseñables. El Positivismo, por el contrario, determina el Derecho como las normas que la sociedad impone, actuando a su vez de cizalla a razón de querer romper con las ideas iusnaturalistas. Para el Positivismo es Derecho lo que está escrito y por ello debe ser obedecido. El Historicismo, por otro lado, trata de exaltar la Historia como elemento necesario del presente, y a su vez, estudiar todas sus variantes con una visión política, religiosa, científica, artística, siempre que repercuta en la vida del hombre. Tiene las creencias de que el sistema de hoy nace en la historia, o en la costumbre, que nuestros predecesores tejieron. Conociendo las raíces sobre las que se sustentan las corrientes anteriores, y por ende el Derecho, y validando sus vacíos respecto de su aplicación

práctica jurídica, en las sucesivas líneas se ofrece una visión que tiene como novedad la interrelación del Realismo con otras corrientes como el Pragmatismo y el Utilitarismo para que puedan ser reconocidas como unidad integradora y no como corrientes aisladas e individualizadas, y puedan servir de instrumento de mejora y entendimiento de la función social y real del Derecho.

El Realismo es en sí mismo utilitario. La descripción de la realidad, algo propio del Realismo, solo implica utilidad, conocer cómo funciona el Derecho. Trata de clarificar la funcionalidad de la estructura construida a lo largo de toda la historia sobre la que se sostiene el Derecho y la condición de obligatoriedad que la respalda. No obstante, al Realismo, que hace una descripción total del panorama social, sin búsquedas metafísicas y anhelos, se sitúa lejos del Utilitarismo respecto de la idea de que en sí mismo no aspira al placer y al dolor, porque es una corriente que no evoluciona. Sin embargo, sí trata de ser útil en la descripción de la realidad en vista de que las precedentes corrientes no saben resolver los conflictos que originan las leyes impuestas, ni desvelan su esencia de obediencia. Es útil porque da una respuesta clara y precisa de por qué se obedecen esas leyes. El Utilitarismo es el motivo que el ordenamiento utiliza como máxima para guardar respeto al mismo. Todas las normas deben pasar por el filtro de la utilidad.

El Realismo conecta con el Pragmatismo, sin olvidar su cualidad utilitarista, aunque alejada del placer y del dolor por su abstracción. La verdad del Realismo estará basada en sus efectos prácticos. A través de la descripción del Derecho y de la determinación de la fuerza que ejerce el Estado sobre sus ciudadanos, se determina la *praxis* del sistema. Es decir, el sistema ejerce esa coacción porque de otra manera no existiría sometimiento al mismo. Por eso es práctico, además de expresar y dibujar el panorama, ofrece una razón a la obediencia, da respuestas.

Lo sucesivo es un estudio proactivo del Derecho y de la vida humana a través del Realismo jurídico noruego de Vilhelm Aubert como Realismo pragmático y utilitario. Nace de la necesidad de justificar el por qué del acatamiento del Derecho, conectado con la búsqueda de la función real y social del Derecho¹. Vilhelm Aubert consigue conectar la sociedad con el ámbito jurídico mediante una visión pragmática. Sus raíces metodológicas son el Empirismo lógico y el Realismo jurídico crítico respecto de su investigación en Derecho y en Sociología del Derecho. Sus estudios se basaban en prestar atención a las normas, las expectativas y las instituciones, considerando las variaciones entre las áreas jurídicas y las sociales sin estar interesado en lo superficial del Derecho, sino en su función real y social².

Así mismo, las fluctuaciones intelectuales sociológicas y jurídicas de Vilhelm Aubert supusieron una continua y significativa evolución de sus pensamientos

¹ SAND, Inger-Johanne, «Vilhelm Aubert. Sociología del Derecho en la Noruega de posguerra» (trad. Diana Gil Lamuela), en VICENTE Y GUERRERO, Guillermo (ed.), *Filosofía del Derecho en la Noruega contemporánea*, en prensa.

² *Ibidem*.

con impronta en todos sus trabajos, pero especialmente en aquellos que versan sobre la sociedad y sus problemas. Por ende, en la segunda parte se exponen algunos de sus estudios sociológicos. La parte sociológica de Aubert es la más humana, a razón de tratar temas que vertebran la actualidad. A través de su artículo sobre la salud mental manifiesta una existencia llena de vida y de suerte para aquellos que consiguen vivir en paz con el Derecho y con la sociedad. Con su estudio más vital, el artículo sobre el amor, hace mella, en lo más profundo del ámbito emocional de una persona, cénit que regula todas las relaciones interpersonales. Sin olvidar, la realidad que vislumbra a través del acto de dormir y los sueños, ajenos a la conciencia más superflua del ser humano.

En la adopción de espíritu crítico dentro de la sociedad impuesta, entender la aplicación del Derecho y saber cuál es el *quid* del mismo, con ayuda de la Sociología como ciencia que estudia la sociedad en relación con el contexto histórico-cultural, se convierte en un instrumento clave.

II. UN EJEMPLO DE TEORÍA DEL DERECHO PRAGMÁTICA: VILHELM AUBERT

Como Realismo escandinavo, el Realismo jurídico noruego se desarrolla libremente a partir de 1945 tras el fin del yugo de la Alemania nazi durante el transcurso de la II Guerra Mundial. Se trata de una corriente empirista, que rechaza todo tipo de formalismos y rehúye de la metafísica. Este camino empírico conecta y fomenta el estudio del Realismo jurídico americano. El contacto con el Realismo americano surge con Torstein Eckhoff tras su estancia en Estados Unidos. El pleno desarrollo de los pensamientos realistas noruegos no hubiera alcanzado tal calibre si en sí mismos no conservaran un carácter autóctono y propio. Su Empirismo patrio permitió su asentamiento y aceptación tras un periodo bélico. Suponen la base para el posterior desarrollo de la Filosofía Jurídica con nuevo enfoque pragmático, empírico y utilitario, como lo anticipaba Anton Martin Schweigaard, cuyos trabajos fueron primordiales para conseguir estos avances en la forma de concebir la Filosofía. Schweigaard, conocido como «padre de la Filosofía del Derecho noruego» y «precursor nacional de las ideas realistas», fue quien en la década de los años treinta del siglo XIX sentó las bases para la construcción de una nueva Ciencia del Derecho profundamente antime tafísica y basada en el peso de la experiencia³. Pero esta labor no queda inmóvil en él, sino que tiene difusores de auténtico peso como Fredrik Stang, Ragnar Knoph o Torstein Eckhoff.

³ VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, «El pragmatismo de A. M. Schweigaard: un guante nórdico contra la Filosofía idealista alemana», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 44, 2021, pp. 124-144, en especial pp. 137-141.

Centrando la atención en el Realismo jurídico noruego de Vilhelm Aubert, como ejemplo de teoría utilitaria y pragmática, Aubert sustentará toda su teoría sobre los cimientos sociológicos. La Sociología no tiene otra capacidad o función que la observación y crítica de la realidad a través de la percepción. La Sociología es completamente práctica, no en sí misma, porque no es su función la de servir a la *praxis*, sino que es práctica en su estudio. Da la capacidad de criticar las actitudes sociales predominantes en un momento de tiempo determinado, y a través de la crítica, mejora la realidad y la práctica, sin olvidar su revestimiento utilitario. De igual modo Vilhelm Aubert abraza el Utilitarismo en el ámbito de las sanciones y recompensas. Tiene que existir un modelo diverso de sanciones que sea útil y que esté individualizado respecto a la toma de decisiones; es decir, que se tenga en cuenta al sujeto en concreto y a sus circunstancias personales, por ello, no podría compartir la realidad de los sistemas penales que existen actualmente.

Vilhelm Aubert (1922-1988), oriundo de Oslo, es uno de los principales representantes del Realismo jurídico noruego guiado por uno de sus maestros, el catedrático de Filosofía e introductor en Escandinavia del Empirismo lógico del Círculo de Viena, Arne Naess. Torstein Eckhoff, también principal representante del movimiento jurídico-sociológico, consideró a Aubert el creador de la Sociología en su país. Su dedicación a las leyes comenzó con el aprendizaje del Derecho y su interés hacia la Justicia⁴.

Fue considerado el padre de la Sociología jurídica en Noruega. Su primer trabajo fue «Om rettsvitenskapens logiske grunnlag»⁵, publicado en la principal revista jurídica noruega: *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, en el que se centró en la Ciencia del Derecho y en la lógica de las proposiciones jurídicas, preguntándose si las proposiciones jurídicas presentan cierta lógica. Renegó de las corrientes iusnaturalistas, por tratarse de términos meramente metafísicos, aunque posteriormente, este pensamiento, le causó problemas respecto de su propio concepto de validez normativa. Esto mismo, como elemento adicional y no excluyente de su tradición empírica y realista, complica el cambio de orientación en su estudio, de la Filosofía a la Sociología. En sus inicios en la Sociología se adhiere al Realismo americano con la concepción de Holmes y a su creencia en la actividad judicial como fuente de Derecho⁶.

Fue partícipe de la resistencia organizada cuando se produjo la ocupación alemana entre 1940 y 1945, y no podía faltar su análisis mediante escritos como

⁴ AUBERT, Vilhelm, *Continuity and development in law and society*, Norwegian University Press, Oslo, 1989.

⁵ AUBERT, Vilhelm, «Om rettsvitenskapens logiske grunnlag» (Sobre el fundamento lógico de la Ciencia del Derecho), *Tidsskrift for rettsvitenskap*, núm. 56, 1943, pp. 174-200.

⁶ HOLMES, Oliver Wendell, *La senda del Derecho* (trad. José Ignacio Solar Cayón), Marcial Pons, Madrid, 2012.

«Secrecy: the underground as a social System»⁷. Fue esta ocupación el motivo que propició el interés por la Sociología jurídica en un momento posterior a su iniciación en la Filosofía del Derecho. Utiliza estas dos disciplinas, junto con sus conocimientos en Psicología, como desahogo a la ocupación nazi de Noruega más que como respuesta al Derecho. Este cambio tarda en producirse nada menos que cinco años, cuando publica en 1948 «Noen problemområder i retts-sosiologien»⁸, y así desarrolla la concepción de que la Sociología no puede entenderse en soledad, sino que debe separarse en los distintos campos de estudio, es decir, la Sociología jurídica, en este caso, como rama de la Sociología en general. Menciona a sociólogos tan trascendentes como Max Weber y Emile Durkheim, o realistas americanos como Karl Llewellyn y Roscoe Pound⁹.

Se doctoró en 1954, con *Om straffens sosiale funksjon*¹⁰, donde repara en la función social del castigo y de las penas, siempre preocupado por la orientación que deben tomar estas relaciones. No obstante, a propósito de su tesis doctoral, retornó a la conclusión de que la función real del castigo tiene dos metas: que el delincuente se reintegre después del cumplimiento de la pena, y el posterior desánimo de cometer delitos.

Eckhoff y Aubert encabezaron el llamado *Grupo de Sociología Jurídica de Oslo*¹¹, mediante el cual se especializaron en las relaciones de carácter socio-jurídico. Ambos realizaron la primera investigación práctica de Sociología jurídica en Noruega, llamada *En lov i søkelyset: sosialpsykologisk undersøkelse av den norske hushjelplov*¹², con objeto de estudiar el impacto en las condiciones de trabajo de las empleadas del servicio doméstico tras la Ley noruega de 1948. Publicada en 1952, supuso una investigación empírica presentando la Sociología del Derecho como ciencia separada. La investigación se realizó mediante entrevistas personales y encuestas posteriormente analizadas, que como resultado, obtuvieron una gran disparidad entre la Ley y la vida real de las personas. Este estudio supuso una nueva era de actuación analizando la influencia que las leyes vierten sobre la realidad, y valorando su eficacia o ineficacia a través de su cumplimiento.

⁷ AUBERT, Vilhelm, «Secrecy: the underground as a social system», *The hidden society*, The Bedminster Press, New Brunswick (New Jersey), 1982, pp. 288-310.

⁸ AUBERT, Vilhelm, «Noen problemområder i rettsosiologien» (Algunas esferas problemáticas de la Sociología del Derecho), *Tidsskrift for rettsvitenskap*, núm. 61, 1948, pp. 432-465.

⁹ POUND, Roscoe, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, TEA, 1972.

¹⁰ AUBERT, Vilhelm, *Om straffens sosiale funksjon* (Sobre la función social del castigo), Oslo, Akademisk Forlag, 1954.

¹¹ Término acuñado por Guillermo Vicente. Sobre las principales aportaciones sociojurídicas del *Institutt for Samfunnsforskning* encabezado por el propio Aubert véase: VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, «Nacimiento y primeros pasos de la Sociología del Derecho en Noruega...», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2015, pp. 111-132, la cita en p. 117.

¹² AUBERT, V., ECKHOFF, T., y SVERI, K., *En lov i søkelyset: sosialpsykologisk undersøkelse av den norske hushjelplov* (Una ley en el candelerio. Una investigación de psicología social sobre el servicio doméstico noruego), Oslo, Akademisk Forlag, 1952.

También realizó investigaciones en las que mostraba la estructura social noruega, con su sistema ocupacional y los graduados de la Universidad de Oslo, *The professions in Norwegian social structure*¹³, y estudió las condiciones de vida de las comunidades del norte de Noruega, *Isolation and integration: a community study in Northern Norway*¹⁴. En 1956, publicó «Krigsrettsdommeney militærnektersaker»¹⁵ acerca de la previsibilidad de los jueces, estudiando sentencias, estableciendo el tratamiento no igualitario de los objetores de conciencia; y en 1963, «The structure of legal thinking»¹⁶, donde determinó que la previsibilidad de los jueces se hace complicada cuando sus sentencias se basan en incertidumbres probabilísticas, y no hay seguridad sobre sus decisiones¹⁷.

Analizó también campos como la psiquiatría y la medicina, posteriormente expuesto en «Predictability in life and in science»¹⁸ y «Chance in social affairs»¹⁹. *The hidden society*, que recoge alguno de los artículos mencionados, fue publicada en 1965, está inspirada en el interaccionismo simbólico²⁰ y en la Escuela de Chicago, manifiesta el tratamiento de temas fundamentales y humanos, como es el sueño, el amor, la resistencia organizada, o la psiquiatría, entre los que destaca «White-collar crime and social structure»²¹. Así mismo, uno de sus últimos trabajos fue en 1961 *Rettssosiologi*²², de obligado estudio para los alumnos universitarios noruegos.

Como persona interesada por la Sociología se dedicó al estudio del ámbito jurídico, pero siempre mediante la óptica del Realismo. La interrelación de estas dos orientaciones contribuyó a un núcleo común: la vida.

¹³ AUBERT, V., TORGENSEN, U., TANGEN, K., LINDBEKK, T., POLLAN, S. y KJELLBERG, F., *The professions in Norwegian social structure (1720-1955)*, 2 vols., Oslo, Institute for social research (Institutt for samfunnsforskning), vol. I: 1961, vol. II: 1962.

¹⁴ AUBERT, V., DAHL BRATREIN, H., IRGENS-JENSEN, O., KJELLBERG, F. y MATHIESEN, P., *Isolation and integration: a community study in Northern Norway*, Oslo, Institute for social research (Institutt for samfunnsforskning), 1970.

¹⁵ AUBERT, Vilhelm, «Krigsrettsdommene y militærnektersaker» (Juicios de los tribunales militares en casos de objeción de conciencia), *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 69, 1956.

¹⁶ AUBERT, Vilhelm, «The structure of legal thinking», en: *Legal essays. A tribute to Frede Castberg on the occasion of this 70th birthday 4 July 1963*, Oslo, Universitetsforlaget, 1963.

¹⁷ VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, «Nacimiento y primeros pasos de la Sociología del Derecho en Noruega...», op. cit., p. 127.

¹⁸ AUBERT, Vilhelm, «Predictability in life and in science», *The hidden society*, op. cit., pp. 116-136.

¹⁹ AUBERT, Vilhelm, «Chance in social affairs» *The Hidden society*, op. cit., pp. 137-167.

²⁰ Implicaría conocer la sociedad a través de la hermenéutica. Es decir, interpretar los símbolos que utiliza. Se puede observar la simbología de los objetos en su escrito acerca de los sueños y la simbología que utilizaba Freud.

²¹ AUBERT, Vilhelm, «White-collar crime and social structure», *The American Journal of Sociology*, vol. LVIII, núm. 3, 1952, pp. 263-271.

²² AUBERT, Vilhelm, *Rettssosiologi* (Sociología del Derecho), Oslo, Institutt for Rettssosiologi og forvaltningslaere, Universitetsforlaget, 1961.

1. UNA CONCEPCIÓN SOCIOLÓGICA DEL DERECHO: DERECHO Y SOCIOLOGÍA

La idea de Derecho de Aubert está altamente ligada a la Sociología. La Sociología como coadyuvante del Derecho y de la práctica jurídica estudia cómo son las relaciones entre los individuos en la sociedad²³. Para Aubert, la Sociología y el Derecho tienen un lenguaje parecido. Lo que los diferencia es que en sí mismo, todo lo que nos revele el lenguaje relacionado con el Derecho va a tener connotaciones normativas; mientras que el lenguaje y por consiguiente la comunicación de la Sociología simplemente tendrá intención de describir la realidad como es. Tal y como trataría de realizarlo el Realismo²⁴.

La realidad de los juristas es el estudio del Derecho, con el que empieza a funcionar el engranaje; y sin frenos, suponen ser la viva imagen de los cambios sociales. Las normas jurídicas son órdenes, cuya principal intención consiste en influir en las acciones de los operadores jurídicos y del sistema legal, y por ende, serán el fundamento de las resoluciones judiciales y puede que en un futuro, el motor de cambio. Los sociólogos mantienen la vista en la actitud de los juristas y en su forma de resolver los conflictos, ocasionando que los juristas se consideren maestros de los sociólogos. Se convierten en dos profesiones estrechamente relacionadas. Aubert entiende la Sociología jurídica como ente independiente de la Sociología en general, de igual manera que se diferencian entre sí la medicina, de la industria o de la familia²⁵. El dedicarse al estudio concreto de una rama científica tiene la ventaja de facilitar el trabajo a los legisladores o incluso a los tribunales cuando dictan sentencia. La Sociología jurídica supone ser rama de la Sociología genérica, de la Sociología de todas las ciencias, pero, es aquella que puede tomarse como referencia en la solución de un problema.

2. CONTINUITY AND DEVELOPMENT IN LAW AND SOCIETY

A través de la Sociología y el Realismo se comprende por qué se atiende a la ley y por qué no, abarcando el matiz social-filosófico y el descriptivo. El Realismo jurídico diferencia entre la vigencia, la eficacia y la validez del derecho. La vigencia sería la forma en que se entiende que el Derecho pertenece al sistema; la eficacia, implicaría que un Derecho sea practicable; mientras que la validez no tendría una definición estándar y por ello difiere según el autor. Vilhelm Aubert entiende la validez del Derecho como el respeto a las instituciones, al sistema organizado y a la estructura que conforma el Estado. Será Derecho válido aquel que promueven, propugnen o aprueben las instituciones en virtud de su legitimidad, respetando el proceso con sus respectivas formalidades. El criterio de validez es fruto de las

²³ AUBERT, Vilhelm (ed.), *La Sociología del Derecho*, Tiempo Nuevo, Caracas, 1971, «Introducción», p. 8.

²⁴ AUBERT, Vilhelm (ed.), *La Sociología del Derecho*, op. cit., p. 7.

²⁵ AUBERT, Vilhelm (ed.), *La Sociología del Derecho*, op. cit., p. 12.

respuestas que las autoridades dan sobre los conflictos y cómo el poder responde a ellos²⁶. Sin embargo, genera un desequilibrio con la idea de revolución contra el Derecho nazi en la época de ocupación, pues difícilmente puede luchar contra un Derecho que es coincidente con el concepto de validez que él comprende²⁷.

Aubert se pregunta si el Derecho es un conjunto de simples preceptos legales, de hechos o si es metafísica. Para Aubert el Derecho es una ciencia normativa que siempre tiene respuestas para las preguntas normativas porque ella misma crea su propia realidad²⁸. Esta respuesta difiere si nos enfocamos en el Positivismo, en el Iusnaturalismo o en el Realismo. Para la Sociología, el Derecho es mucho más, incluiría la realidad social de los ciudadanos no permitiendo dar una noción de Derecho concreta. La Sociología no se interesa tanto como los juristas en dar un concepto²⁹.

Para Aubert, las normas tienen que otorgar una seguridad o una previsibilidad para los ciudadanos y no solo en la relación jerárquica ciudadano-autoridad; sino también en el Estado consigo mismo porque implica el control de la arbitrariedad a la hora de aplicar el Derecho coactivo del Estado³⁰. Por ello se plantea qué clase de previsibilidad pueden ofrecer las proposiciones jurídicas de los jueces. Los órganos de gobierno competentes son los que tienen que satisfacer esa idea de hacer predecibles las decisiones que los jueces tomen, debido al papel central que ejerce el juez en los Derechos anglosajones pues son ellos los que toman las decisiones aplicando las normas, luchando por su independencia y por el estudio de su comportamiento. Tiene que existir una correlación entre los que gobiernan y los ciudadanos, y este vínculo lo conforma la ley³¹.

La Jurisprudencia crea precedentes estudiando las sentencias judiciales, aun a menudo sin ser fuente de Derecho, como por ejemplo ocurre en el caso del Derecho español. Sin embargo, solo se entiende como Jurisprudencia la procedente del Tribunal Supremo, y no se analizan con el mismo ahínco las sentencias de tribunales inferiores. Tampoco se analizan el sinfín de individualidades que conforman a una persona, y que también pertenece al juez; no hay preocupación, más allá de sus votos, de entender y buscar cuál es la influencia que han ejercido sobre él los factores externos, y no solo el Derecho positivo. La actitud de los jueces no es solo influenciable por la normativa, sino que se recurre también a esas opiniones, pasiones, inconvenientes, prejuicios, e ideas que dominan su mente o ideología, y que, por consiguiente, tienen que ser estudiadas por el

²⁶ AUBERT, Vilhelm, *Continuity and development in law and society*, op. cit., p. 61.

²⁷ VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, «Nacimiento y primeros pasos de la Sociología del Derecho en Noruega...», op. cit., 122.

²⁸ AUBERT, Vilhelm, *Continuity and development in law and society*, op. cit., pp. 112-114.

²⁹ AUBERT, Vilhelm, *Continuity and development in law and society*, op. cit., p. 70.

³⁰ AUBERT, Vilhelm, *Continuity and development in law and society*, op. cit., p. 63.

³¹ AUBERT, Vilhelm, *Continuity and development in law and society*, op. cit., p. 67.

jurista. La estructura de las leyes y del sistema legal a menudo produce desencuentros entre el Estado y los ciudadanos, por eso el Estado debe dar armas legales para que se defienda la persona. Armas, que se tornan vacuas sin conocer la previsibilidad de las situaciones, y sin la independencia de los mismos jueces. Mas es un fracaso, como decía Jerome Frank, encontrar en el sistema legal una falta de previsibilidad del mismo, la cual, es requerida por las personas.

Así mismo, Aubert pide que se tenga en cuenta la particularidad de cada caso y sobre todo que la respuesta del sistema no sea arbitraria. Una de las funciones del Derecho que asume necesaria es la de orientar socialmente las conductas de los ciudadanos, en consonancia con Ross³² y su teoría de que el ser humano necesita de una guía en su forma de actuar porque no existe moral que alumbré el camino. Bien apuntaba extrayendo una conversación entre Pericles y otro ateniense llamado Alcibiades, cuyo punto de coincidencia es que el Derecho está gobernado por la fuerza más que por el consentimiento en el momento en que dicho consentimiento no existe en la sociedad, siendo intrascendente si el poder de la fuerza de quien impone las leyes es procedente de una promulgación o de cualquier otra fuente³³. Vilhelm Aubert da especial importancia en la idea de remisión del Derecho a los conceptos de justicia, castigo y pena. Afirma que el poder y la justicia son dos conceptos si no antagónicos, conflictivos, que siempre van a estar presentes, y cuyo debate es imposible que llegue algún día a su término³⁴.

El concepto *nulle poena sine lege*³⁵ está presente en un sistema legal que no pena a alguien por un delito que no está tipificado. Esto supone relacionarlo con la previsibilidad de la que a menudo habla Aubert, cotejando con la salvaguarda de las expectativas sociales mayoritarias³⁶. Existe predicción de las consecuencias de nuestras acciones en la totalidad de sus casos. Siempre existirá alguna acción desorbitada que no encaje en ninguna premisa mayor, y esta es la que hará preocuparse por la previsibilidad; pero sin ser lo habitual.

Vilhelm Aubert en su tesis doctoral sobre la función social del castigo hace crítica del sistema penal instituido que no satisface las necesidades sobre las que realmente debe dar cobertura. Para él la intención de la pena o sanción radica en su diversidad de funciones sociales, entre ellas el castigo debe servir para disuadir de posibles conductas criminales futuras y la integración de los criminales en la sociedad. Por ello, es importante la función distributiva del Derecho,

³² Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 2014.

³³ AUBERT, Vilhelm, *Continuity and development in law and society*, op. cit., p. 34.

³⁴ Dentro del Realismo jurídico noruego, el autor que ha tratado el valor de la justicia con mayor profundidad ha sido: ECKHOFF, Torstein, *Justice: its Determinant in Social Interaction*, Rotterdam, Rotterdam University Press, 1974.

³⁵ AUBERT, Vilhelm, *Continuity and development in law and society*, op. cit., p. 80.

³⁶ AUBERT, Vilhelm, *Continuity and development in law and society*, op. cit., p. 62.

sobre bienes, servicios y obligaciones en la sociedad, de las que establecer el castigo como una institución legal forma parte de las obligaciones del Estado³⁷.

Vilhelm Aubert se pregunta por qué no se hace más ahínco en el estudio de los castigos y de las recompensas del sistema. Están estrictamente unidos, el Estado de bienestar y el funcionamiento normativo, con las sanciones o recompensas que legítimamente el Estado otorga sobre sus ciudadanos. Bentham entiende como objetivo de los mandos superiores promover y fomentar la felicidad teniendo por bandera los índices de placer y dolor, con las recompensas y sus castigos. Utilizar la promesa o su incumplimiento como vinculación al sistema de recompensas y medirlo a través de ventajas y desventajas. Entiende el castigo como infinito, poderoso y certero, a diferencia de las recompensas³⁸.

III. LA SOCIEDAD OCULTA

1. «THE CRIMINAL AND THE SICK»³⁹ Y «LEGAL JUSTICE AND MENTAL HEALTH»⁴⁰

La sociedad oculta de Vilhelm Aubert, encadena algo más que un reflejo de la realidad. Es precisamente la otra cara de la moneda, otra perspectiva que está en penumbras, en la que predomina la invisibilidad. Es demostrar que hay una realidad oculta en toda la existencia. Se debe mirar a través de los ojos de la contemplación y de la reflexión que la inteligencia y la conciencia nos brindan, y se debe escuchar con paciencia el silencio de las acciones cotidianas para lograr su comprensión.

El Pragmatismo que se trasluce del Realismo jurídico que apadrina Aubert, respecto de la salud mental, aparece recogido desde dos ópticas reflexivas que originan preguntas: ¿son personas que simplemente no cumplen con las expectativas que la sociedad le impone, o es que de verdad tienen un problema existente y real? El tiempo de la vida, las horas, los minutos para el criminal, el criminal que está condenado, es un tiempo vacío, pasa por él de puntillas, no es una vivencia de la vida intensamente, al final es un tiempo que solo contabiliza el sufrimiento del mismo. Por ello, hasta qué punto los objetivos del castigo son la prevención o la reinserción del criminal.

Detalla que la función que él cumple escribiendo sobre las profesiones de Psiquiatría y de Abogacía, enfrentándolas, fomenta dos vías de resolución de conflictos humanos poniéndolos en parangón con el sistema legal impuesto. Siendo

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ AUBERT, Vilhelm, *Continuity and development in law and society*, op. cit., pp. 139-143.

³⁹ AUBERT, Vilhelm, «The criminal and the sick», *The hidden society*, op. cit., pp. 25-54.

⁴⁰ AUBERT, Vilhelm, «Legal justice and mental health», *The hidden society*, op. cit., pp. 55-82.

necesario como requisito para la conexión de sendos problemas el estudio de la realidad respecto de las desviaciones mentales⁴¹. Hace una reflexión hacia un tema interesante e importante, como son los reformatorios, e insiste en que en lugar de entenderlos como castigo deberían facilitarles recursos para que la estancia de los internos fuera productiva y de verdad cumpliera con la función que tienen asignada. De esta manera tanto profesores como niños, que estén allí, tanto por mala conducta como con objeto de enseñar, deberían tener unos objetivos comunes. La fuerza que rodea el aparato coactivo del Estado es uno de los brazos del sistema con el que se consigue precisamente que las personas cumplan con el tipo de sanción que está ligado a una acción, en este caso, los niños acuden a estos reformatorios, pero con notable carencia de su consentimiento⁴². Analiza en profundidad a aquel abogado que maneja conflictos tan preocupantes relacionados con psicópatas criminales, problemas de drogadicción o de alcohol o jóvenes delincuentes; de hecho, la Ley noruega establece una cooperación entre estos campos laborales⁴³.

Los estudios de Aubert sobre las leyes difieren de su aplicación práctica, si bien, por lo menos, se les dotaba de una función latente de posible evolución en el futuro. El estudio de sendas profesiones implica cómo cada una de ellas mitiga o reduce los conflictos humanos, a su manera, según sus criterios autónomos, y establece la compatibilidad entre las normas que las regulan y, por ende, la colisión que se produce entre ellas. Ahora bien, la diferencia entre estas profesiones radica en el carácter científico que engloba la Psiquiatría, lo que no encuentra en la Abogacía. De hecho, si no se estableciera una conexión entre la criminalidad y la enfermedad no se podría establecer un tratamiento científico⁴⁴.

Vilhelm Aubert advierte que la Psicología no puede tratarse como aplicación de la ciencia, y tampoco coincide en que el Derecho lo sea. El Derecho, sin ser ciencia, requiere de un alto pensamiento sistemático, sin ser empírico puesto que el Empirismo se ha ido desarrollando mientras que el Derecho es estático⁴⁵. En parangón con la Psicología que, con su nivel pragmático, quiere dar respuesta a los problemas que se dan en las personas respecto de su esfera completamente individual, es decir, a través de un acto dar solución al conjunto del cuerpo y personalidad del paciente, el Derecho, como campo no científico, quiere dar respuesta a casos específicos, en los que se encontrarán multiplicidad de soluciones⁴⁶.

⁴¹ AUBERT, Vilhelm, «Legal justice and mental health», op. cit., p. 56.

⁴² AUBERT, Vilhelm, «Legal justice and mental health», op. cit., p. 61.

⁴³ AUBERT, Vilhelm, «Legal justice and mental health», op. cit., p. 55.

⁴⁴ AUBERT, Vilhelm, «Legal justice and mental health», op. cit., p. 82.

⁴⁵ AUBERT, Vilhelm, «Legal justice and mental health», op. cit., p. 57.

⁴⁶ AUBERT, Vilhelm, «Legal justice and mental health», op. cit., p. 58.

A pesar de la distancia existente entre ambas, a razón de sus características, el Derecho como disciplina involucra la salud mental, precisamente porque la regula. Un legislador dubitativo que aprueba leyes coherentes o no, pragmáticas o no, útiles o no, siempre va a ser respetado a diferencia de un médico, quien no podría hacer pruebas con sus pacientes para comprobar si algo, todavía no experimentado en la práctica, tiene capacidad funcional. En cualquier caso, es irónico, porque cuando el legislador no hace bien su trabajo, o no actúa con razón del cargo que ocupa, utiliza a los ciudadanos, como tales⁴⁷. El paciente que acude al doctor lo hace de forma voluntaria con intención de solucionar su problema y además el médico no siempre tiene que aplicar el mismo tratamiento a las personas que tienen los mismos síntomas, porque hay que salvar las particularidades personales. Sin embargo, los juristas no ejercen la misma función que los médicos, pues los juristas por el contrario no tratan de encontrar la solución a la criminalidad particular.

La influencia que tienen cada una de ellas sobre el destino de la persona es diferente, siendo prospectiva la solución que la Psicología o Psiquiatría plantea al paciente porque es un pronóstico con un tratamiento que camina hacia el futuro, importan los efectos que le reporte dicho tratamiento; empero, la aplicación del Derecho por el juez, aunque afecte a su futuro, es retroactivo, porque juzga algo del pasado. Esta reflexión de Aubert detalla una realidad como es la de la responsabilidad de los médicos frente a la de los juristas. No es equivalente la responsabilidad entre ambas profesiones, pues esta última no es responsable de todo el proceso que se aplique al cliente por la injerencia de otras instancias en el proceso⁴⁸. En el ámbito del Derecho se puede tomar una decisión, aunque las consecuencias para el reo no vayan a ser favorables sin importar el impacto sobre la persona, mientras que, en el campo de la medicina, el profesional es responsable del impacto de su tratamiento sobre el paciente⁴⁹.

De ahí, la idea de destino que se liga a la actuación del juez en la aplicación impersonal de la justicia, visión por la cual se permite que el juez se abstraiga de los sentimientos o lazos profundos que le puedan unir al criminal y aplicar la ley al caso como corresponde. El criminal decide tener una conducta patológica y el destino queda personificado en los jueces para su castigo. El paciente enfermo es justo lo contrario, un títere del destino⁵⁰. Motivo por el que Vilhelm Aubert cree en el destino, precisamente en el término de que una persona con problemas mentales no elige tenerlos y un criminal de la justicia sí decide actuar así⁵¹. En contraposición con lo que decía el socialista utópico británico Robert Owen, cuando apuntaba que no se debería castigar a un criminal porque él no decide

⁴⁷ AUBERT, Vilhelm, «Legal justice and mental health», op. cit., pp. 75-77.

⁴⁸ AUBERT, Vilhelm, «The criminal and the sick», op. cit., pp. 48-50.

⁴⁹ AUBERT, Vilhelm, «Legal justice and mental health», op. cit., p. 77.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ AUBERT, Vilhelm, «The criminal and the sick», op. cit., p. 37.

quién es, ni siquiera está en su poder decidir ser un criminal, sino que es un conjunto y suma de factores, condicionantes, vivencias, experiencias, que le hacen ser como es⁵². O en palabras de Ortega y Gasset: «Yo soy yo, y mis circunstancias». Para Aubert, el criminal puede llegar a sanar a diferencia del enfermo. La cura para el criminal sería un cambio en la moral, retornar a términos neutrales de moralidad.⁵³

En palabras de Aubert, este artículo supervisa unas circunstancias que existen con el objetivo de llegar a comprenderlas. Estudiar la actitud de otras personas para predeterminar unos modelos desde el ámbito sociológico. La «lógica» a la que nosotros estamos acostumbrados queda no solo lejos de poder ser practicada por este tipo de personas en su vida diaria, sino que resulta totalmente imposible⁵⁴. Solo teniendo como lucero el Pragmatismo de Aubert se puede llegar no solo a estudiar las facetas que rodean las situaciones humanas y hacerlas verdaderas mediante la experiencia como sería función del Empirismo, sino hacerlas prácticas, darle utilidad a esa verdad, hacerla funcionar en la sociedad. De nada sirven los conocimientos en su versión empirista si no se sabe cómo aprovecharlos en la realidad, visión pragmática.

2. «A NOTE ON LOVE»⁵⁵

El Pragmatismo de Aubert se proyecta con decisión en otros campos del universo social como pueden ser el mundo del amor y el de los sueños. Lo que analiza Aubert no es el amor en sí mismo, sino las emociones que este evoca. Es donde quiere poner el acento. Quiere darle visibilidad porque en la sociedad se encuentra como la última de las prioridades cuando realmente debería encabezarlas⁵⁶. La literatura europea tradicional juega un papel importante en el amor según la idea de Aubert, porque insiste en lo que a él le interesa como es la emoción, cuando lo extraen de toda estructura social o familiar. Apunta a que la literatura como disciplina enseña una «cultura del amor» y quiebra con ello toda la intimidad que la sociedad ha construido a su alrededor⁵⁷. Los novelistas se han encargado de descubrir la naturalidad que supone el amor, pero ello no obsta a que una gran parte de esa óptica acostumbra a un amor diferente, él lo determina como una emoción, sentimiento o estado de ánimo exagerado.

A pesar de no darle, en los centros de trabajo y estudio, el tiempo que merece para poder compartir ámbitos de relación social con amigos o parejas, sano y

⁵² STUART MILL, John, *El utilitarismo*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1984, p. 184.

⁵³ AUBERT, Vilhelm, «The criminal and the sick», op. cit., p. 44.

⁵⁴ AUBERT, Vilhelm, «The criminal and the sick», op. cit., p. 27.

⁵⁵ AUBERT, Vilhelm, «A note on love», *The hidden society*, op. cit., pp. 201-235.

⁵⁶ AUBERT, Vilhelm, «A note on love», op. cit., p. 201.

⁵⁷ AUBERT, Vilhelm, «A note on love», op. cit., p. 202.

sin conflictos, supone ser el centro de la vida social de la persona. Cabe incluso el suicidio «por amor», o la expresión «fall in love»⁵⁸, caer enfermo debido a los efectos biológicos que produce. Aubert considera esta visión precaria, sin embargo, la analiza. La relaciona con la expresión física del enamorado porque el amor supone ser una lanza directa a la vertiente biológica del ser humano. Y esto lo lleva a cabo convenciendo al lector de que toda enfermedad está vinculada a una causa determinada, la pregunta es cuál es la causa del amor.

Su visión sobre el amor está caracterizada por considerarlo no planeado e imprevisible⁵⁹. No hay elección por parte del ser humano, apunta a que estas cosas pasan, y que no son las leyes de la naturaleza las que eligen, sino que es el azar o el destino el que lo predetermina⁶⁰. El concebir de esta manera al amor, como un estado, mejor que como una útil elección del ser humano, es lo que permite vincular la concepción biológica con la sociológica⁶¹. Demuestra su continua búsqueda de servir a la sociedad, de que sus estudios queden totalmente contrastados y respaldados por la realidad, fundamentados en ella misma, en las experiencias de las personas tejiendo la esfera pragmática.

Forma de ser prácticos que aplica Aubert es entender que existe el azar en el amor. Aunque a simple vista no se entienda la relación entre ser prácticos y el azar, realmente sí existe y se encuentra en la conexión del siguiente pensamiento: por qué a unos se les considera afortunados en el amor y a otros no, evitando de este modo personas frustradas⁶². Entiende que en el amor no hay reglas, y que, por lo tanto, la meritocracia que se aplica a otros ámbitos sociales aquí no juega. Pero, óbice de dar un lugar al azar es que se generan unas acciones impredecibles, inesperadas y lejos de cualquier control, que hace del amor un juego peligroso.

Sin embargo, observando a los hombres y a las mujeres, determina que estas últimas son caprichosas y menos previsibles que ellos, y que esta vertiente de las mujeres es lo que provoca conscientemente la falta de previsibilidad de los hombres. Lo explica a través del aprendizaje de una actitud misteriosa que las madres enseñan a las hijas para conseguir el impacto en la actitud de los hombres, que puede tornar y vulnerar el juego del azar⁶³. La no previsión unida a la irracionalidad que connota al amor es el camino que conduce a que muchas personas enamoradas sigan adelante, a pesar de las auténticas barreras sociales a las que están sometidos ya sea por razón de edad, de ideologías, etnias, de lugar de residencia, entre muchos otros⁶⁴.

⁵⁸ AUBERT, Vilhelm, «A note on love», op. cit., p. 209.

⁵⁹ AUBERT, Vilhelm, «A note on love», op. cit., p. 211.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ AUBERT, Vilhelm, «A note on love», op. cit., p. 212.

⁶² AUBERT, Vilhelm, «A note on love», op. cit., p. 214.

⁶³ AUBERT, Vilhelm, «A note on love», op. cit., p. 215.

⁶⁴ AUBERT, Vilhelm, «A note on love», op. cit., p. 219.

El amor es el punto de encuentro entre la vida social y la vida individual y personal de cada uno. El amor es aquello que vertebra la sociedad. Sin embargo, la vida de algunos apremia cuando el amor se lleva a lo absurdo, como diría Oscar Wilde: «A cada hombre le mata lo que ama»⁶⁵. Entre otras desviaciones que manifiesta, es el halo de intimidad y secreto que lo rodea, sobre todo en el ámbito de las relaciones sexuales. Siempre se le reserva una zona de reclusión, soledad y secretismo. La monogamia forma parte de esta privación puesto que ocasiona conocimiento de una relación con una única persona y en un momento determinado. Sin embargo, las relaciones sexuales obtienen una intensidad significativa en la intimidad, y por supuesto incrementada en la descripción que se hace en la literatura o en el cine, que siempre las perfila y las dota de perfección y pasión, Aubert entiende al ser humano como animales en el momento de los encuentros sexuales⁶⁶.

En la cultura noruega la educación que se da en el ámbito familiar no es más que cómo cocinar o cómo llevar a cabo las tareas del hogar⁶⁷. Esto supone que la información que adquieren los jóvenes procede de la calle, y las emociones y sentimientos del amor que calan sobre ellos adolece de una exigua información sobre los mismos, manejo y predominancia del pensamiento de que no se debe revelar cómo uno se siente. Los sociólogos huyen de explicar el amor tanto familiar como matrimonial.

El egoísmo es un concepto presente en el lenguaje amoroso que en otros ámbitos de la vida no queda tan normalizado. El amor tendría connotaciones de bendición, e imposible sería dotarlo de una carga de justicia. Para Aubert lo que existe dentro de las relaciones es totalmente imposible de conocer desde fuera, desde la perspectiva de un observador ajeno a la misma. De hecho, cuando habla de su cultura convence que los hombres están más acostumbrados a recibir y las mujeres a dar, que a su vez, esta bilateralidad asimétrica es el reflejo del reparto de las actividades en nuestra sociedad⁶⁸. La sociedad suele entender el amor como una carga o como un regalo y por supuesto difieren en el concepto de qué es lo que realmente se ama: el amor en sí mismo, estar enamorado o los primeros momentos de ilusión donde el amor aún no se ha asentado. El amor en su vertiente oscura, como implicaría la pérdida de un familiar o de tu amado, tiene efectos destructivos sobre la identidad de las personas⁶⁹.

Aubert también trata la posible relación entre el cuerpo y el alma, y posiblemente cree que es el único ámbito de la vida donde andan así de interconectados ambos. Una profesión que menciona y demuestra estos antagonicos es el de la

⁶⁵ Citado por: AUBERT, Vilhelm, «A note on love», op. cit., p. 203.

⁶⁶ AUBERT, Vilhelm, «A note on love», op. cit., p. 212.

⁶⁷ AUBERT, Vilhelm, «A note on love», op. cit., p. 206.

⁶⁸ AUBERT, Vilhelm, «A note on love», op. cit., pp. 222-223.

⁶⁹ AUBERT, Vilhelm, «A note on love», op. cit., p. 224.

prostitución, donde por lo general hay más cuerpo que alma, y donde algunos clientes van en busca de atención y de amor, según testimonios que forman parte del sector. A su vez, convence al lector de que la diferencia entre los hombres y las mujeres es abismal en su forma de concebir las relaciones, y esto está predeterminado por aquellos hombres que pueden desear con más facilidad a las mujeres sin amarlas, frente a las mujeres que pueden amar vehementemente en más ocasiones de las que desean. Menciona a Friedrich Nietzsche, con una de las connotaciones que rodean a estos conceptos diferenciales entre mujeres y hombres⁷⁰.

Otro concepto que interrelaciona y que no se podía olvidar es el de la libertad. Apuesta por el fomento del amor mediante la conceptualización de una buena realización personal dibujada sobre la libertad, única manera posible de duración de las relaciones, aunque los sentimientos evolucionen o se desvanezcan. Es una forma de no sentirse como en una prisión⁷¹. El tiempo es otro factor que envuelve este contenido, ¿el amor puede ser eterno o realmente solo efímero? Es complicado compaginar, en términos de tiempo, el amor y el resto de tareas. Se plantea realmente como un problema en cuanto a compatibilizar el ciclo de vida de cada ser humano. Ya no solo respecto del amor, que es lo que interesa en este estudio, sino también respecto de la felicidad. Menciona a Goethe, a un hombre que dice haber sido feliz no más de cuatro semanas en toda su vida⁷²; o las desviaciones del amor, cuando las edades entre los amantes difieren en gran rango.

Por último, la absoluta diferencia entre los sexos y sus identidades. En el ámbito familiar, tanto el niño como la niña se guían desde pequeños por su figura materna, pero en la pubertad es el niño el que no puede seguir ese camino y necesita encontrar a la figura paterna para que le acompañe en el cambio⁷³. Quizá el motivo por el que hay personas que no terminan de crecer estriba en la carencia de dichas figuras en algún momento de su existencia cuando las necesitaban.

Por eso la Sociología de Aubert, que abraza el Pragmatismo, cumple un completo y necesario papel. En todo lo mencionado, explica realidades naturales y ordinarias, que nadie piensa porque se está muy ocupado en cumplir con la función social atribuida, pero que una vez estudiadas se hace conciencia de toda la psicología sumergida que rodea las acciones biológicas. Es la «finalidad decisiva con carácter utilitario» que comparte el Pragmatismo. Sus estudios se basan en lo que ya existe, en la experiencia, nada que menciona es algo nuevo socialmente, salvo su percepción.

⁷⁰ AUBERT, Vilhelm, «A note on love», op. cit., pp. 226-227.

⁷¹ AUBERT, Vilhelm, «A note on love», op. cit., p. 227.

⁷² AUBERT, Vilhelm, «A note on love», op. cit., p. 230. Véase: GOETHE, Johann, *Las desventuras del joven Werther*, Cátedra, Madrid, 2014.

⁷³ AUBERT, Vilhelm, «A note on love», op. cit., p. 233.

3. «SLEEP: A SOCIOLOGICAL INTERPRETATION»⁷⁴

El sueño para Aubert implica aislamiento del mundo, evasión, falta de interacción. Dormir es el evento social que experimenta el ser humano cuando acaece la noche, es una necesidad biológica, un estado psicológico y a veces incluso se puede comparar con la muerte⁷⁵. La idea de caer dormido se toma como acto motivado y voluntario relacionado con connotaciones morales y psicológicas. No obstante, los científicos no se han encargado de demostrar la unión existente entre el resto de las funciones vitales y el sueño. Aunque no solo está dotado de estas connotaciones mencionadas, sino también como recompensa a una conducta humana habitualmente realizada. Debido al interés humano, en estas líneas Aubert se dedica a explicar el concepto del sueño y del dormir⁷⁶.

Hace mención y agradece a la literatura que se anima a tratar este asunto, aun con las particularidades de cada autor, como Miguel de Cervantes⁷⁷, otorgándole determinadas connotaciones psicológicas, dejando a un lado su carácter simplista por ser un acto que realizamos naturalmente. No siempre está motivado en una necesidad biológica, por ejemplo, la hipnosis, la cual implica una actitud completamente activa frente a la pasividad que supone entrar en sueño. También estudia desviaciones del sueño como el insomnio. También enfatiza la importancia de las acciones como ponerse el pijama, abrir la cama o cerrar los ojos, entre otras, como parte del ritual de dormir. Por ello, así como se apuntaba al principio que se trataba de una necesidad biológica, engloba en sí mismo mucho más⁷⁸.

El sueño también es necesario para el ser humano, de hecho, se entiende que el cuerpo humano está creado para actuar y funcionar durante el día, y para dormir por la noche. El problema que vincula con la posible indefensión y con la inseguridad es que durante los sueños se pierde la noción de uno mismo, y esta noción se vuelve incierta. Se hacen vulnerables frente a los posibles peligros. Sin embargo, las sociedades de hoy tienen como solución el traspaso de la seguridad a manos de profesionales, ya sean guardias de seguridad, porteros o la misma policía⁷⁹. La noche es más apropiada para dormir por motivo de la temperatura y de estar en los respectivos hogares reclusos. Las actividades que se realizan por el día, como la pesca, la caza, la agricultura, no sería posible efectuarlas en horas bajas de luz⁸⁰. El dormir también se relaciona con la residencia

⁷⁴ AUBERT, Vilhelm, «Sleep: a sociological interpretation», *The hidden society*, op. cit., pp. 168–200.

⁷⁵ AUBERT, Vilhelm, «Sleep: a sociological interpretation», op. cit., p. 175.

⁷⁶ AUBERT, Vilhelm, «Sleep: a sociological interpretation», op. cit., pp. 168-169.

⁷⁷ AUBERT, Vilhelm, «Sleep: a sociological interpretation», op. cit., p. 169.

⁷⁸ AUBERT, Vilhelm, «Sleep: a sociological interpretation», op. cit., p. 170.

⁷⁹ AUBERT, Vilhelm, «Sleep: a sociological interpretation», op. cit., p. 197.

⁸⁰ AUBERT, Vilhelm, «Sleep: a sociological interpretation», op. cit., p. 188.

habitual o como parámetro de localización en caso de búsqueda. Uno vive donde duerme, y se adscribe al lugar de residencia donde duerme⁸¹. De hecho, se está acostumbrado a que los padres controlen dónde duermen sus hijos con muchísima más frecuencia y preocupación que dónde van a pasar el día, siguiendo la reflexión de Aubert sobre los adolescentes⁸². Se producen alteraciones en el comportamiento cuando esta rutina cambia.

Aubert se cuestiona si los sueños son reales, si forman parte de la realidad, si son réplica del contexto social en el que se vive, o si son la proyección de la conciencia más profunda. El hecho de que se pueda soñar, independientemente de en qué radique su motivo, nos confirma que los seres humanos están llenos de connotaciones filosóficas. Esta afirmación lleva a Aubert a preguntarse sobre la existencia real del ser humano ¿quién es realmente?, ¿aquel que vive o aquel que sueña? Apunta a que la respuesta se puede encontrar diversificada por las diferentes culturas. Para la cultura noruega sin duda el ser humano es quien vive, no quien sueña, siendo los sueños la parte irracional de las personas, diferenciándose de otras culturas que intentan encontrar en los sueños una razón para vincular al ser humano a un compromiso.

En la sociedad noruega se rechaza cualquier tipo de mención de validez, responsabilidad o realidad que caracterice el sueño. El Pragmatismo que aquí denota Aubert precisamente sienta una base entre lo que se es y lo que se puede llegar a ser con esos pensamientos posteriormente materializados a través de sueños. Esta búsqueda del valor de la responsabilidad en el sueño que es aceptado por algunas culturas, queda unido a la aceptación de estas últimas de otros factores como la validez y la realidad. Conceptos que, a propósito, Aubert reniega por la inexistencia de los mismos en su sociedad⁸³. La relación que existe entre lo que se sueña y la realidad es la materia prima que conforma el día a día, tal y como apuntaba Freud⁸⁴.

Así mismo, Aubert determina que el hábito de dormir, está ligeramente relacionado con las condiciones atmosféricas y ambientales en todo el mundo, no solo ya en su cultura. Por eso se producen alteraciones en el comportamiento cuando esta rutina cambia, tiene sus consecuencias el hecho de alterar el hábito de dormir. Hay una gran conexión entre el impacto psicológico del sueño y las necesidades físicas que afectarán significativamente al campo de la Sociología. Sin embargo, despoja de cualquier conexión sociológica a las necesidades alimenticias y a las ventajas ambientales⁸⁵.

⁸¹ AUBERT, Vilhelm, «Sleep: a sociological interpretation», op. cit., pp. 179 y 197.

⁸² AUBERT, Vilhelm, «Sleep: a sociological interpretation», op. cit., p. 196.

⁸³ AUBERT, Vilhelm, «Sleep: a sociological interpretation», op. cit., pp. 171-173.

⁸⁴ AUBERT, Vilhelm, «Sleep: a sociological interpretation», op. cit., p. 173.

⁸⁵ AUBERT, Vilhelm, «Sleep: a sociological interpretation», op. cit., p. 189.

Teniendo en cuenta la idea de Talcott Parsons, sociólogo estadounidense partidario de un enfoque funcionalista, el dormir marca un antes y un después en la secuencia de los días. El despertar es volver a empezar una cadena de actividades que se han visto interrumpidas en el pasado. Y en efecto, dormir se tomaría como la «fase latente» que permite este proceso⁸⁶. Vilhelm Aubert lo asemeja como un rito, como si fuera algo determinante y ceremonial, sin faltar expresiones de la vida diaria que nos proporcionan esta idea inconscientemente⁸⁷. Estas expresiones nos conducen a una protección de uno mismo acerca de nuestra posible carga de responsabilidad sobre un mal día, es una manera de acallarlas.

El día, sin embargo, está asociado a un millón de expectativas y de actividades, pero ninguna de ellas comparte la protección y el respeto que se siente por el sueño. Se anda con sigilo cuando alguien duerme. Aubert demuestra su Pragmatismo en la expresión de cosas cotidianas, considera que dormir conlleva a la innovación o la creatividad para algunos sectores profesionales. También lo conecta con las relaciones sexuales. Si bien estas dos opciones por tendentes a crear problemas demuestran la percepción oscura del sueño. Esta percepción de turbiedad de la noche también asoma en los conflictos que se ocasionan con más asiduidad con las fuerzas de seguridad del Estado⁸⁸.

Las interacciones que destaca respecto del sueño son dos: aquellos sueños de los que se es consciente y posteriormente se recuerdan al despertar, y en contraposición, aquellos que carecen de consciencia para el ser humano pero que se sumergen en los lugares recónditos de la mente. Los sueños en algunas culturas son considerados como experiencias⁸⁹, sirven de base a las teorías elaboradas por la religión como método de conexión con el mundo sobrenatural. Son una forma de tener contacto con la divinidad, y de ahí la importancia que se le da a los momentos previos al sueño⁹⁰.

Aubert menciona a la teoría del sueño que plantea Sigmund Freud para mantener que los sueños son vistos como una forma de aprendizaje⁹¹. En la obra de Freud, como aurora que gira en torno a su teoría, establece una dicotomía en la versión interior de los sueños: el contenido manifiesto y el contenido latente. Lo difícil es la interpretación de los mismos. Pero, al final, los sueños suelen ser fruto de un conjunto de realidades que la mente ha experimentado previamente. En el análisis del sueño por momentos, estudiando los correspondientes fragmentos se alcanza un significado que normalmente supone ser el antagonismo de lo sucedido en la realidad⁹².

⁸⁶ AUBERT, Vilhelm, «Sleep: a sociological interpretation» op. cit., p. 176.

⁸⁷ «Hoy es un nuevo día»: AUBERT, Vilhelm, «Sleep: a sociological interpretation», op. cit., p. 177.

⁸⁸ AUBERT, Vilhelm, «Sleep: a sociological interpretation», op. cit., p. 180.

⁸⁹ AUBERT, Vilhelm, «Sleep: a sociological interpretation», op. cit., p. 182.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² FREUD, Sigmund, *La interpretación de los sueños*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.

Aubert manifiesta que las horas mínimas que necesita dormir un adulto son unas siete aproximadamente, variando según las circunstancias personales de cada uno, teniendo en cuenta que este dato se reduce con los años. Sin embargo, Aubert, con intención de responder a las necesidades humanas en su vertiente práctica, dota de prioridad a la vertiente psicológica de los sueños. La mayor actividad motora de nuestro organismo suele darse en las órbitas de los ojos y suele estar asociada al contenido de los sueños⁹³.

En la misma estructura familiar se observa la diferencia de actitud en los miembros fruto de lo que Aubert considera el *timing* de dormir. Los más jóvenes siempre se van a dormir antes que los progenitores, y estos siempre esperan a que los pequeños duerman. De hecho, los niños son recompensados con irse más tarde a dormir en ocasiones. Es un método utilizado desde tiempos inmemoriales e implica que los niños se formen en el aprendizaje de la valía del tiempo⁹⁴. El mundo es consciente de que se producen alteraciones del sueño en los momentos que Aubert detalla, como es el periodo vacacional o los rituales del fin de semana en la cultura occidental, como es alterar el ciclo del sueño el sábado e intentar volver a la rutina previamente modificada para hacer frente al lunes.

Para concluir, subrayar que Vilhelm Aubert ha sabido detallar con precisión y facilidad aparente algunos de los elementos que componen la vida del ser humano, unir cada pieza de nuestro puzzle funcional y darle una visibilidad no percibida por el mundo. La riqueza de pensamiento plenamente explotada a través de la escritura de sus artículos está completamente en equilibrio con su capacidad expresiva. Sus ideas se deslizan imparables creadoras de una lectura continua. La salud mental, el amor y el sueño, son tres de las nociones que articulan las relaciones sociales en un mundo global y social. Cuando las personas viven compartiendo su espacio es necesario que exista una conexión para poder sobrevivir. Y estas tres, son conexiones que nacen de lo más íntimo del alma cuyas virtudes deben ser objeto de conocimiento para aprender a su buen uso. Vilhelm Aubert alimenta ese aprendizaje a través de su obra.

IV. CONCLUSIÓN

Tras recorrer las disciplinas que dan forma y contenido al estudio se intenta dar visión al problema de matiz que puede adquirir el Realismo jurídico respecto de estas divergentes corrientes, creyendo en el Utilitarismo como espíritu y esencia del mismo, dotado siempre de una intención pragmática. El Utilitarismo

⁹³ Datos que nos proporcionan los psicólogos Kleitman y Dement. AUBERT, Vilhelm, «Sleep: a sociological interpretation», op. cit., p. 185.

⁹⁴ AUBERT, Vilhelm, «Sleep: a sociological interpretation», op. cit., p. 194.

impregna y recubre todo el Realismo jurídico noruego. A su vez, el Pragmatismo es la línea continua que actúa como guía y salva la vertiente de la Sociología. Se elige claramente al Pragmatismo como lucero, como orientación, porque es la única manera de dar la visión clarividente que merecen los dos asuntos principales: el Realismo y la Sociología.

Mediante la Sociología se adquiere activamente la conciencia de que no estriban muchas diferencias entre las personas de diferentes lugares del mundo en lo que se refiere a cosas importantes como la salud mental, el sueño o el amor. A través de las conclusiones que Aubert hace sobre el sueño denota toda la realidad a la que estamos sometidos, aunque sea inconscientemente. Desde el siglo motivado por el respeto hacia quien duerme hasta la adulteración en los cambios de hora de dormir, algo que ocurre asiduamente. Por otro lado, también se siguen unos patrones en el amor que Aubert describe a la perfección. La influencia de los padres en nuestras futuras relaciones o las diferentes virtudes que rodean y diferencian a los hombres y a las mujeres. El amor, aquel personaje principal de nuestras vidas. Presente a lo largo de la vida y con significativa carencia de guías que promuevan y eduquen en el buen hábito relacional. Igualmente resalta la tímida línea que separa la salud mental de la criminalidad, de la virulencia de no tener límites en la sociedad como del tremendo error que a veces se comete por medio de las leyes en la regulación de estos conflictos.

Concluyo subrayando la evidente carga sociológica que acompaña a las ideas de Vilhelm Aubert. También la notable trascendencia de las mismas, dentro del universo social en el que se enmarcan. El interés naciente de lectura imparable de sus artículos se expresa en la mimetización de lo que uno lee y de lo que a uno le pasa. Admite comparación. Exige interés por el reflejo de uno mismo en las líneas.

V. BIBLIOGRAFÍA

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS PRIMARIAS

- AUBERT, Vilhelm, «Om rettsvitenskapens logiske grunnlag» (Sobre el fundamento lógico de la Ciencia del Derecho), *Tidsskrift for rettsvitenskap*, núm. 56, 1943, pp. 174-200.
- AUBERT, Vilhelm, «Noen problemområder i retts sosiologien» (Algunas esferas problemáticas de la Sociología del Derecho), *Tidsskrift for rettsvitenskap*, núm. 61, 1948, pp. 432-465.
- AUBERT, Vilhelm, «White-collar crime and social structure», *The American Journal of Sociology*, vol. LVIII, núm. 3, 1952, pp. 263-271.
- AUBERT, Vilhelm, ECKHOFF, Torstein, y SVERI, Knut, *En lov i søkelyset: sosialpsykologisk undersøkelse av den norske hushjelplov* (Una ley en el candelero. Una investigación de psicología social sobre el servicio doméstico noruego), Oslo, Akademisk Forlag, 1952.

- AUBERT, Vilhelm, *Om straffens sosiale funksjon* (Sobre la función social del castigo), Oslo, Akademisk Forlag, 1954.
- AUBERT, Vilhelm, «Krigsrettsdommene y militærnektersaker» (Juicios de los tribunales militares en casos de objeción de conciencia), *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 69, 1956, pp. 403-423.
- AUBERT, Vilhelm, *Retts sosiologi* (Sociología del Derecho), Oslo, Institutt for Retts sosiologi og forvaltningslaere, Universitetsforlaget, 1961.
- AUBERT, Vilhelm, TORGENSEN, U., TANGEN, K., LINDBEKK, T., POLLAN, S. y KJELLBERG, F., *The professions in Norwegian social structure (1720-1955)*, 2 vols., Oslo, Institute for social research (Institutt for samfunnsforskning), vol. I: 1961, vol. II, 1962.
- AUBERT, Vilhelm, «The structure of legal thinking», en: *Legal essays. A tribute to Frede Castberg on the occasion of this 70th birthday 4 july 1963*, Oslo, Universitetsforlaget, 1963, pp. 41-63.
- AUBERT, Vilhelm, DAHL BRATREIN, H., IRGENS-JENSEN, O., KJELLBERG, F. y MATHIESEN, P., *Isolation and integration: a community study in Northern Norway*, Oslo, Institute for social research (Institutt for samfunnsforskning), 1970.
- AUBERT, Vilhelm (ed.), *La Sociología del Derecho*, Caracas, Tiempo Nuevo, 1971.
- AUBERT, Vilhelm, «The criminal and the sick», *The hidden society*, New Brunswick (New Jersey), The Bedminster Press, 1982, pp. 25-54.
- AUBERT, Vilhelm, «Legal justice and mental health», *The hidden society*, New Brunswick (New Jersey), The Bedminster Press, 1982, pp. 55-82.
- AUBERT, Vilhelm, «A note on love», *The hidden society*, New Brunswick (New Jersey) The Bedminster Press, 1982, pp. 201-235.
- AUBERT, Vilhelm, «Sleep: a sociological interpretation», *The hidden society*, New Brunswick (New Jersey), The Bedminster Press, 1982, pp. 168-200.
- AUBERT, Vilhelm, «Secrecy: the underground as a social system», *The hidden society*, New Brunswick (New Jersey), The Bedminster Press, 1982, pp. 288-310.
- AUBERT, Vilhelm, «Predictability in life and in science», *The hidden society*, New Brunswick (New Jersey), The Bedminster Press, 1982, pp. 116-136.
- AUBERT, Vilhelm, «Chance in social affairs» *The Hidden society*, New Brunswick (New Jersey), The Bedminster Press, 1982, pp. 137-167.
- AUBERT, Vilhelm, *Continuity and development in law and society*, Oslo, Norwegian University Press, 1989.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS SECUNDARIAS

- ECKHOFF, Torstein, *Justice: its Determinant in Social Interaction*, Rotterdam, Rotterdam University Press, 1974.
- FREUD, Sigmund, *La interpretación de los sueños*, Madrid, Alianza Editorial, vol.1, 1993.
- GOETHE, Johann, *Las desventuras del joven Werther*, Madrid, Cátedra, 2014.

- HOLMES, Oliver Wendell, *La senda del Derecho* (traducción José Ignacio Solar Cayón), Madrid, Marcial Pons, 2012.
- POUND, Roscoe, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, TEA, 1972.
- ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 2014.
- SAND, Inger-Johanne, «Vilhelm Aubert. Sociología del Derecho en la Noruega de posguerra» (traducción Diana Gil Lamuela), en VICENTE Y GUERRERO, Guillermo (ed.), *Filosofía del Derecho en la Noruega contemporánea*, en prensa.
- STUART MILL, John, *El utilitarismo*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1984.
- VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, «Nacimiento y primeros pasos de la Sociología del Derecho en Noruega. Vilhelm Aubert y el Grupo de Oslo», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2015, pp. 111-132.
- VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, «El pragmatismo de A. M. Schweigaard: un guante nórdico contra la Filosofía idealista alemana», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 44, 2021, pp. 124-144.

**NOTAS Y CUESTIONES
PRÁCTICAS**

NOTES AND PRACTICAL ISSUES

LA CASA EN ARAGÓN. APUNTES

THE HOUSE IN ARAGON. NOTES

MAURICIO MURILLO GARCÍA-ATANCE

Magistrado

Audiencia Provincial de Zaragoza

SUMARIO

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTO. 3. ORÍGENES HISTÓRICOS. 4. LEGISLACIÓN APLICABLE. 5. FUTURO DE LA INSTITUCIÓN. 6. A MODO DE RESUMEN. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Pese a ser licenciado en Derecho, hasta no bien avanzada mi vida profesional, no tuve nunca una noción exacta de lo que era la Casa aragonesa, o Casa en Aragón.

Oí hablar de la Casa durante mis estudios de Derecho en Zaragoza, pero era un concepto o institución al que no se prestaba atención al no tener una regulación expresa y concreta en nuestras leyes, máxime cuando el derecho foral o especial de Aragón no era una asignatura autónoma como es ahora. E incluso en la tierra baja, en la margen izquierda del río Ebro, en concreto en los Monegros, oía denominar determinadas propiedades rurales como de Casa Arruga, o de Casa Mompeón, pertenecientes a determinadas familias de toda la vida de un pueblo y que se transmitían por herencia desde tiempo inmemorial.

Cuando la vida me llevó al Alto Aragón, y en concreto a la localidad de Hoz de Jaca, y hacerme una vivienda, adquirí un solar junto a mi esposa de una determinada Casa de la localidad, Casa Águeda, descubriendo que en el pueblo existían

diferentes de ellas, y haciéndome ver que el concepto “casa” no era una entelequia y que respondía a una realidad que merecía la pena conocer.

De toda la vida son: Águeda, Agustín, Aznar, Aznarico, Barrera, Begola, Castán, Chana, Chico, Chicotrancó, Cicuta, Farranchaco, Ferrer, Galantón, Jaime, Mairal, Macho, Martillén, Mercat, Pío, Sarrano, Vicén, Vieja, Víu y Torre, a las que se añaden Escuela por ser la casa del maestro y hoy vacía, y la del Cura o Iglesia, Mosén que no vive en Hoz residiendo en la cercana Biescas.

Me dejo probablemente alguna de las históricas, unas con gente y otras ya vacías, y al conjunto de todas ellas nos añadimos los recién llegados que queriendo emular tal denominación, vamos bautizando nuestras parcelas y viviendas con el “Casa” por delante.

El estudio de la institución anima a estudiar otros institutos consuetudinarios como el “Quiñón”, del que no había una regulación expresa salvo la recogida recientemente en la Orden de nueve de Julio de 2013, del Departamento de Política Territorial e Interior de la Diputación General de Aragón, que aprueba los estatutos de la Mancomunidad del Quiñón de Panticosa, con sede en el Ayuntamiento de esta localidad al ser el más grande y el que le da el nombre, y referida en concreto a ganado y pastos, lo que introduce una importante dosis de seguridad jurídica en la materia.

2. CONCEPTO

Partiendo de la necesidad de hacer rentable la tierra con unidades productivas autosuficientes, ya desde tiempo inmemorial y en las diferentes civilizaciones que han ido surgiendo, se han ido configurando diferentes tipos de “casas” que han ido recibiendo diferentes regulaciones, y que en palabras de Joaquín Costa han formado una serie de formas de cooperativismo agrario.

En lo que a nosotros respecta la unidad resultante de “casa” se ha configurado históricamente de variadas formas.

Tenemos en primer lugar el “casamiento en casa”, que es la facultad, caso de enviudar, que se reserva en los capítulos matrimoniales el cónyuge “forastero” (es decir el que viene a casar en casa extraña con un heredero) de contraer nuevo matrimonio sobre la casa y bienes de éste, es decir, sin perder el usufructo foral que a su vez puede transmitir a su vez al nuevo cónyuge.

Otra fórmula es el “agermanamiento o hermandad” que es el heredamiento mutuo de los cónyuges en caso de que no tengan hijos. Sería una fórmula del actual testamento mancomunado.

La siguiente fórmula sería el “acogimiento o casamiento a sobre bienes”, que es el acto y contrato en virtud del cual una familia heredada, con hijos o sin ellos,

recibe en su compañía a otra u otras familias, de parientes o extraños, en el acto de constituirse, o constituida ya, y con hijos o sin ellos, formando entre todas una comunidad familiar.

“Unión o juntar dos casas” que se produce por el enlace matrimonial de un heredero con una heredera.

“Heredamiento in solidum” que se dio históricamente y que consistía en que unos padres instituían herederos a dos hijos con la condición de vivir juntos y de que nombrasen heredero universal al primer hijo de cualquiera de ellos que naciera primero, o “al más digno y capaz”, y si hubiera discordia el hijo y su cónyuge que la promoviese debía salir de la casa sin derecho a nada.

De todas estas fórmulas indicadas, algunas de ellas son evidentemente transpolables a la realidad actual como el agermanamiento que se regulará actualmente por las normas de la sucesión paccionada (artículos 377 y siguientes del Código de Derecho Foral de Aragón) o del testamento mancomunado (artículos 417 y siguientes del CDFA), o juntar dos casas debiendo recurrirse para su regulación legal a las fórmulas previstas en la vigente legislación sobre el consorcio conyugal (Libro II, Título IV, artículos 210 y siguientes, del Código de Derecho Foral de Aragón).

En base a todo lo antedicho, y nacida de la necesidad de aunar esfuerzos para rentabilizar el patrimonio, de ahí la existencia de los “tiones” y los “donados”, podría definirse la CASA como una comunidad doméstica para mantener la indivisibilidad del patrimonio y orientada al objetivo de la unidad y la consistencia familiar (J. Costa).

Ya hablaremos de su origen y antecedentes pero lo cierto es que pueden distinguirse como dos formas de “casa”; una, de origen familiar, y otra, de mero interés económico nacida de asociacionismo agrario del que tan dado era hablar a Joaquín Costa.

Como quiera que la realidad observada y que permanece en el ámbito de la institución que estudiamos, nos quedaremos con la Casa que hace referencia al patrimonio familiar, y que comprende a los “tiones”, hermanos del titular de la Casa, solteros y sin descendencia que permanecen en la Casa aportando su trabajo y actividad en general y son mantenidos y alimentados por la misma.

El otro concepto de Casa, aunque tiene la finalidad de mantener un patrimonio conjunto, va más allá de la familia, o bien siendo la casa de origen familiar, ésta tiene las suficientes posibilidades de mantener y acrecentar su patrimonio y trabajo, y permite la anexión de personas ajenas al núcleo familiar quienes voluntariamente acceden a la casa y trabajan y son tratados de la misma manera que los tiones. Son los denominados “donados”.

En ocasiones no son personas individuales sino familias enteras, y en este caso hablamos de “acogimiento”; desde aquí, en aras a mantener bienes comunes y patrimonio material e inmaterial, se puede hablar de “Hermandades”, “Cofradías” o “Fraternidades”.

3. ORÍGENES HISTÓRICOS

Podemos afirmar que el origen de la “casa aragonesa”, y sin por ello obviar las diferentes formas de “cooperativismo agrario” que históricamente se producen en suelo patrio, lo está en el hecho de la propiedad colectiva (Martín-Ballesteros Hernández), y por cuanto cabe el pacto conyugal para su formación.

Si buscamos alguna denominación de “casa” en nuestra historia del derecho aragonés, la podemos encontrar, allá por el año 770, tras la conquista de Jaca por el Conde Aznar, nieto del Duque de Aquitania Eudón el Grande, tras la muerte en campo de batalla del Rey de Pamplona, García Íñiguez I, y del que dependía el territorio, en que el condado de Aragón se constituye en una suerte de república para cuya dirección se eligió un Senado o Junta de doce señores, con el título de “ricos-hombres” de naturaleza de Aragón que otorgan cinco leyes, luego seis, que serán la base de la constitución de la monarquía aragonesa.

De aquí nacerá la famosa frase del juramento de los Reyes de Aragón que reza así: Nos que valemos tanto como Vos, y todos juntos podemos más que Vos, os elegimos Rey con tal que guardéis nuestro Fueros y Libertades, “et si non, non”.

Estas casas realmente no responden al concepto que estamos estudiando pero no puede obviarse que, derivadas del derecho de Castas del Reino Visigodo, las mismas tenían como misión el mantenimiento de un conjunto de bienes y servicios en la persona del heredero o sucesor en el tiempo.

En referencia a Martín-Ballesteros Hernández, encontramos una primera referencia a la comunidad doméstica que es la casa en el siglo XI, en la relación de “Documentos correspondientes al reinado de Ramiro I” (Zaragoza, 1904), donde se relata cómo durante el reinado de Ramiro I (1034-1063), el Abad del Monasterio de Fanlo compró un lagar, parte del cual era propiedad de don Sancho, su “tión” y sus hermanos, y otra parte de doña Toda, su hijo García López y todos sus hermanos.

A su vez Martín Ballesteros Costea, citando a Hinojosa, refiere un documento del año 1166, perteneciente al territorio de Jaca, en donde se consigna la enajenación de una villa realizada por don Jimeno, sus hermanos y toda su “hermandad”...., a la Abadesa de Santa Susana. Otro documento similar menciona la donación de varias piezas de tierra que habían pertenecido a la “hermandad” de Lope Fortún.

Seguimos avanzando en el tiempo y nos encontramos con los deliciosos manuales elaborados por Manuel Gómez de Valenzuela, que recibió hasta cuatro premios de Investigación Histórica “Villa de Sallent”, donde estudia y reflexiona sobre la vida en el Valle de Tena durante los siglos XV, XVI, XVII y XVIII, y donde entre otras muchas cuestiones como sería la organización política del valle, la Iglesia, la economía, las vías de comunicación, la hacienda local y la vida cotidiana, hace referencia a la institución de la casa a la que se refiere como el “conjunto formado por familia, servidores, bienes inmuebles —como casa, pajar, campos,

fenares y huertos—, bienes muebles y bienes por sí movientes, ganados gruesos y menudos, animales de labor y de corral, aperos de labranza y los ajares y muebles, ostillas, de uso doméstico”.

La casa se regía por los señores y mayores, la más antigua generación de la familia, y con ellos convivían los señores jóvenes: el hijo, no hija, sucesor en la jefatura de la casa y de su patrimonio.

A modo de ejemplo se puede citar un testamento del año 1425 de El Pueyo, donde Sancho Palaço dispone rigurosamente el orden jerárquico de la familia: *“Lexo a mi muller senyora y mallora, que no la puedan quitar de su vida. Item, lexo herebero a mi fillo Petro Palaço”.*

Si los hijos menores seguían viviendo en la casa, estaban obligados a trabajar en su beneficio a las órdenes del señor y mayor de ella, y se les denominaba *mozos cabaleros*, ya que el cabal era la dote que aportaba el hombre que casaba con moza heredera de otra casa.

El clan familiar excedía de las meras relaciones paternofiliales o fraternales y la conservación de la casa y la prolongación de la estirpe constituían una verdadera obsesión entre los tensinos, de manera que el amo regía la casa con total autoridad, acatando los demás miembros de la misma sus mandamientos consientes de que era la única garantía de supervivencia en ese duro entorno.

Así en 1509 Juan de Val, de Panticosa, compareció ante el juez ordinario del valle y le manifestó que era tutor de su tía Toda, hermana de su padre, *la qual era biexa e inocente y que ninguno de los hotros parientes la había querido recoxer.*

En 1697 la panticuta María Clara del Val instituía heredero universal a su primogénito Pedro Juan, a quien encomendaba *a mi hijo y hermano suyo Lorenzo para que fuera sustentado y asistido en su casa y compañía sano y enfermo, y se le trate con amor y caridad en el trabajo que padece*

En este punto de la casa no he encontrado referencias concretas de pobladores de Hoz, si bien esta localidad aparece en documentos relativos a los Concejos y Consejos del Quíñon y del valle en general.

De esta manera la casa aragonesa mantiene su vigencia hasta la segunda mitad del siglo XX en el que la revolución de las comunicaciones y el acceso a otras fuentes de riqueza van a revolucionar su futuro.

4. LEGISLACIÓN APLICABLE

La “casa”, vinculada a una necesidad de mantener el patrimonio familiar sin disgregarse al objeto de conseguir su autosuficiencia y, en su caso, desarrollo se basa esencialmente en una costumbre inveterada en el tiempo, no existiendo una regulación legal específica aplicable a la misma.

Dicha costumbre o uso impondrá que el patrimonio conjunto de la casa se mantenga y no se venda o enajene a terceros, salvo por cuestiones de estricta necesidad. Es decir, se pondrá vender un bien perteneciente a la casa siempre y cuando redunde ello en su propia subsistencia, o bien se haga al objeto de realizar algún otro tipo de inversión que redunde en su beneficio.

Ya hemos comentado que la casa aragonesa se basa en la continuidad de la misma con su patrimonio en conjunto, o bien por la unión de dos casas distintas conformando una nueva, y ello permite deducir que la regla general que afectará al matrimonio que la sustenta, es la existencia de un régimen económico matrimonial basado en la comunidad, y con la presencia del derecho expectante de viudedad foral que a la muerte de uno de los cónyuges, se consolidará en el usufructo viudal hasta el fallecimiento del supérstite.

El Código de Derecho Foral, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de Marzo, establece la libertad de pacto entre los cónyuges (artículo 193 CDF) de manera que los mismos pueden establecer las reglas que van a regir su régimen económico matrimonial sin más limitaciones que las derivadas del principio *standum est chartae* (artículo 195.1 CDF).

Si no se hicieran capitulaciones, la norma subsidiaria es la del consorcio conyugal (artículos 210 y ss CDF), que es un régimen esencial de comunidad y en donde la consideración de qué bienes son comunes y cuáles son privativos de cada cónyuge se encuentra concienzudamente regulada, si bien no se puede olvidar que los bienes aportados por los cónyuges, lo serán en beneficio de la casa común.

Este régimen es el que más se adecuaría a la institución de la Casa que estamos estudiando.

No obstante, si observamos la regulación establecida en el Código de Derecho Foral, la misma no está pensando en la institución de la Casa, pues el prolijo detalle de qué bienes son comunes y cuáles son privativos no la tiene presente.

El Código de Derecho Foral regula asimismo el régimen de separación de bienes (artículos 203 y ss CDF) pero su esencia y naturaleza no casa con la presente institución.

Y en lo que afecta al Derecho de Sucesiones la peculiaridad del mismo permite que los cónyuges puedan hacer lo que se denomina testamento mancomunado (artículo 417 CDFA) por el que cada uno instituye heredero de sus bienes de libre disposición al otro (el cincuenta por ciento), y le permite determinar qué bienes de la otra mitad de su caudal hereditario (la legítima de los descendientes se encuentra contemplada en el artículo 486 del CDFA) se destinan a éstos. Esto es lo que se denomina “Fiducia” y se encuentra regulada en los artículos 439 y ss del CDFA

De esta manera un bien específico se puede atribuir a un hijo concreto, y así sucesivamente, pues en caso contrario heredarían todos por igual, existiendo la

posibilidad de, nombrando a todos los hijos y sin omitir a ninguno, asignar todos los bienes a uno solo de los descendientes (artículos 503 y ss del CDEFA).

Si se diera este último supuesto, asignar todos los bienes a uno solo de los hijos, tendríamos de facto la perduración de la Casa, y así se contemplaba en el artículo 102 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, hoy derogado por el Código de Derecho Foral de Aragón, en donde expresamente se decía: “En el nombramiento de heredero, pactado en consideración a la conservación del patrimonio familiar o de la casa, cuando el instituyente se reserve el “señorío mayor” u otras facultades análogas....”

La normativa anterior, por referencia, hacía mención de la “casa” como queda dicho, y en el actual Código de Derecho Foral de Aragón, ninguna referencia encuentro a la misma no debiéndose asimilar a tal institución las normas relativas al consorcio conyugal y a la troncalidad.

5. FUTURO DE LA INSTITUCIÓN

La facilidad de las comunicaciones con las mejoras en las redes viarias, y los avances en telefonía e internet, van a permitir y facilitar que los miembros de las diferentes familias y casas ubicadas en el valle, puedan acceder a un mundo que hace cincuenta o sesenta años era impensable.

La economía, sin ser de subsistencia, venía lastrada por una inercia de apego al terreno donde se venía retroalimentando y venía pasando de padres a hijos manteniéndose la unidad económica y familiar como ocurría hace cien o trescientos años.

La casa, con todo su patrimonio, la venía poseyendo y titularizando el hijo mayor normalmente, de manera que los demás hijos varones, o quedaban como tiones, o tenían que marcharse a la tierra baja o a otros lugares para poder labrarse un futuro.

El fenómeno de la emigración será una constante como había venido ocurriendo con anterioridad de manera que muchos “segundones”, con ayuda de sus padres, y a veces sin ella, debían buscarse la vida como comerciantes o artesanos.

Las hijas normalmente se casaban con gente del valle o de poblaciones cercanas, y fundando nuevas familias, consolidaban su destino.

Nos parecerá algo impensable en el momento actual pero eso era algo normal.

El servicio militar, que obligaba a muchos quintos a marchar a otros puntos de España, servía para abrir horizontes que en estos valles se quedaban muy estrechos.

Hoy ya no hay servicio militar pero las cosas han cambiado radicalmente.

Todos tienen en la práctica medios autónomos y propios de locomoción, y si no los tienen pueden acceder a servicios y transportes públicos que permiten una movilidad inusitada. Las carreteras no tienen nada que ver con lo que había.

Los fondos estructurales de la Unión Europea, en gran parte, se emplearon en la mejora y desarrollo de la red viaria de manera que podemos presumir de tener una de las mejores redes del mundo, y eso nos ha cambiado.

Venir al Pirineo, o Pirineos como dicen fuera de Aragón, que se me antojaba cuando era niño como una aventura, recuérdese el famoso “canfranero”, desde Zaragoza, no implica más allá de hora y media de tiempo, y de hecho tantos y tantos, y no solo de tierras de Aragón, sino de otros lugares de España como madrileños, navarros, valencianos, vascos o catalanes, por ser los más numerosos, hemos ido viniendo y construyendo nuestras segundas residencias, de manera que gran parte de nuestro tiempo lo disfrutamos en esta parte de España.

En lo que afecta a los habitantes del valle, y de otros valles pirenaicos, ha supuesto lo mismo pero al revés, ellos han podido salir y relacionarse con otras personas lo que ha implicado e implica la formación de matrimonios o parejas, o perspectivas laborales, que han impulsado un movimiento migratorio ad extra de parte de la población de acá.

Cierto es que también la venida de población ha fomentado una nueva economía que permite que parte de la población autóctona permanezca como es el sector servicios y de construcción.

Se ha multiplicado la construcción de nuevas viviendas que necesitan mantenimiento y cuidado por lo que las empresas de servicios tienen futuro.

Las actividades de montaña y de esquí, con estupendas estaciones, permiten una oferta deportiva sin parangón, y favorecen la permanencia, incluso llegada de nuevas personas que acaban afincándose en el valle.

Pero ¿qué pasa con la “casa”, con esa institución tan tradicional nuestra? El sistema económico que la sustentaba ha cambiado radicalmente, y su futuro no puede ser como el que era.

De hecho muchos han vendido parte del patrimonio de la “casa” a terceros para que éstos puedan construirse una vivienda o montar un negocio. De facto el sector pecuario, bovino y ovino, va disminuyendo progresivamente pues qué futuro espera a un joven de estos valles si se dedica a esta actividad que implica una disponibilidad cien por cien a la misma.

Como la casa, tradicionalmente, queda en manos del hijo varón mayor, qué puede ofrecer a una chica que conoce y con la que quiere compartir su vida. ¿Vivir en casa de sus padres y cuidarles? Eso es lo que se venía haciendo, y el futuro no va por este camino. Dudo mucho que vaya por este camino.

Y si hay parejas que lo hacen, que las hay, la educación de los hijos implica que tengan que desplazarse a centros más populosos, como es el caso de Biescas,

Sabiñánigo o Jaca, diariamente a recibir educación. Y cuando llegan a la edad universitaria, si desean cursar estudios de este tipo, la necesidad de ir a poblaciones como Huesca o Zaragoza, se constituye como algo inevitable. Ciertamente es que la comunicación es excelente, pero la incomodidad también alcanza un alto grado de inconveniencia.

Si se vende parte del patrimonio de una casa, como digo, ¿qué pueden decir los demás hijos que han tenido que irse a otro sitio a vivir y buscarse la vida? ¿Les dará el hermano mayor parte del valor de lo vendido? Tengamos en cuenta que la misión y función de la casa es mantener un patrimonio unido, y la dinámica actual va en contra de ello.

No podemos hablar de un futuro halagüeño sino todo lo contrario en lo que a la Casa se refiere.

6. A MODO DE RESUMEN

Como conclusión, y dado el devenir de los acontecimientos, en donde concurren razones sociológicas y económicas, la clara mejora de las comunicaciones, la globalización de la economía, su interdependencia, y en definitiva, la superación de la economía de subsistencia que implicaba la necesidad de mantener un patrimonio unido y autosuficiente, conllevan a que la institución de la Casa esté en camino de desaparecer, y si la misma se mantiene en cuanto a su denominación lo será por mera inercia ya que la esencia de la misma habrá variado sustancialmente sin que por ello pueda considerarse que la Casa aragonesa sea distinta de otras unidades productivas pues la característica de su autosuficiencia habrá desaparecido.

Es el devenir de las cosas.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BERNAD MAINAR, Rafael. «Una relectura de la obra jurídica de Joaquín Costa en los albores del siglo XXI: la huella del Derecho Consuetudinario en el Código de derecho Foral de Aragón», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, tomo XXVI-XXVII, Zaragoza, 2021.
- BLAS, Andrés. *Derecho Civil Aragonés*, Imprenta de Santos Larxé, Madrid, 1873.
- COSTA, Joaquín, *El derecho del Alto Aragón*, RGLJ, 1880.
- , *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, Guara, Zaragoza 1981.
- , *Colectivismo agrario en España*, Guara, Zaragoza, 1983.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Comunidad conyugal continuada», RCDI, 1968.

- FRANCO Y LÓPEZ, Luis y GUILLÉN Y CARABANTES, Felipe, *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, Imprenta de M. Peiró, Zaragoza, Julio 1841. Reimpresión por Institución «Fernando el Católico», Zaragoza.
- GÓMEZ DE VALENZUELA, Manuel. *La vida en el Valle de Tena en el siglo XV*. II Premio de investigación histórica “Villa de Sallent”, Instituto de Estudios Altoragoneses. Huesca, 2001.
- , *La vida en el Valle de Tena en el siglo XVI*. III Premio de investigación histórica “Villa de Sallent”, Instituto de Estudios Altoragoneses, Huesca, 2003.
- , *La vida en el Valle de Tena en el siglo XVII*. IV Premio de investigación histórica “Villa de Sallent”, Instituto de Estudios Altoragoneses, Huesca, 2005.
- , *La vida en el Valle de Tena en el siglo XVIII*. VI Premio de investigación histórica “Villa de Sallent”, Instituto de Estudios Altoragoneses, Huesca, 2006.
- IZQUIERDO SANZ, Maxim, Los Quiñones en el Valle de Tena, Panticosa, Sallent, Tramacastilla (isaro.com)
- MARTÍN-BALLESTEROS COSTEA, Luis, *La Casa en el derecho aragonés*, Zaragoza, 1944.
- , *El asociacionismo agrario en el derecho foral histórico*, Madrid, 1987.

COMENTARIOS SOBRE EL ARTÍCULO 267.2-D) DEL CDFA

COMMENTS ON THE ARTICLE 267.2-D) OF THE CDFA

JOSÉ LUIS HIDALGO

Abogado

Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza

Entiendo que dicho precepto pretende no solo salvaguardar los intereses de la sociedad mercantil, sino también los del cónyuge administrador, al darle la opción de incluir en su lote liquidatorio las acciones o participaciones sociales, protegiendo así su propio trabajo como medio de supervivencia.

Sin embargo, el legislador no se ha planteado el efecto pernicioso de tal privilegio, y que evidentemente queda al albur del propio contador.

Véase el siguiente supuesto de hecho coincidente con un caso real, que se está tramitando ante el Juzgado de Primera Instancia 16 de Zaragoza:

1. Familia compuesta por un matrimonio y sus dos hijas, de 20 y 18 años respectivamente.
2. Matrimonio en régimen consorcial que obtiene el divorcio, sin entrar a resolver la liquidación de dicho consorcio.
3. Vivienda familiar común de ambos cónyuges, adquirida con anterioridad al matrimonio.
4. Uso de la vivienda, adjudicado al esposo, y que queda con la hija mayor, dado que tiene menos ingresos (teóricos) que la esposa. A día de hoy las dos hijas residen con la madre.
5. La esposa quedó con la hija menor, y tuvo que abandonar el domicilio familiar.
6. La esposa es funcionaria interina. El esposo trabaja en una empresa (S.L.) de juguetes, de la que es socio al 50 % con su hermano, y ambos son administradores solidarios. Dichas participaciones son consorciales.

7. Además de dichas participaciones consorciales, existen dos coches, una plaza de parking y alguna pequeña deuda hipotecaria común, sin trascendencia.
8. El inventario formulado ha quedado en base a estas circunstancias.
9. Ahora se está tramitando la liquidación con un contador-partidor ya designado.

CONSECUENCIAS Y PROPUESTAS

1. Evidentemente la vivienda no entra en la liquidación, motivo que ha dado lugar a la acción de división ejercitada por la esposa, a fin de terminar lo antes posible con su relación. El exesposo carecía de interés, y menos de urgencia, al tener el uso de la vivienda adjudicada por el Juez de familia. A día de hoy, se ha adjudicado él mismo la vivienda en la subasta correspondiente.
2. El exesposo, que es administrador solidario, y que guarda una magnífica relación con su hermano, pretende —no ejercitando el derecho preferente que le ampara a través del art. 267.2-d)— que las participaciones se repartan al 50 %, lo mismo que el resto de los bienes, procediendo a valorar la plaza de aparcamiento para su venta a tercero y atribuyendo a cada uno el vehículo usado por él.

Aparentemente la propuesta parece lógica y prudente.

Si salvaguardamos lo referente a la plaza de aparcamiento y a los vehículos, entramos a analizar la situación real que pesa a la hora de proceder a la adjudicación o reparto de los otros bienes:

- a) El esposo no tiene inconveniente alguno en que su esposa se adjudique el 50 % de las participaciones sociales, dado que es administrador solidario, y en unión con su hermano alcanzan un 75 % del capital social.
 - b) La esposa que es funcionaria interina no conoce el negocio, solo sería socia minoritaria, y su voto en las Juntas Generales solo representaría a la minoría insatisfecha, en su caso. Aparte del derecho a la información anual, y al derecho de solicitar anualmente la correspondiente auditoría, cualquier pretensión que esgrimiese debería pasar por el Juzgado, caso de no contar con el apoyo de su excónyuge.
 - c) Y todo esto con el riesgo de acuerdos de posibles reducciones de capital y posteriores ampliaciones que la misma no podría suscribir, dentro de un juego torticero.
3. ¿A dónde nos lleva esto? Pues a que la esposa queda en manos de su excónyuge, sin que pueda hacer nada, salvo que el contador-partidor busque la correspondiente compensación económica (previa valoración de la sociedad), suponiendo que el esposo pueda y quiera atenderla económicamente, y la acepte.

4. La realidad es que el esposo jugó con la necesidad de la esposa, obligándola a ejercer la acción de división sobre el piso común y ajeno a la sociedad consorcial, y someter a la esposa a la “tiranía” de las reglas de una sociedad mercantil con una participación minoritaria con previsibles movimientos, al constituirse en un socio realmente no deseado.
5. La propuesta debería de pasar por conseguir una valoración real de la sociedad, y en consecuencia del 50 % del capital social. Su adjudicación al cónyuge administrador, y a su compensación económica a la esposa.

La carencia de una regulación específica al respecto, y sobre todo la creación de un derecho opcional a favor del que resulta administrador de la sociedad, dificulta la solución, pues justifica la actuación del mismo en un claro desequilibrio para el no administrador, en este caso, la esposa.

COMENTARIOS DE SENTENCIAS

COMMENTS OF JUDGEMENTS

**SOBRE LA EXORBITANTE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 541
DEL CÓDIGO CIVIL (SERVIDUMBRE POR SIGNO APARENTE
O POR DESTINO DE PADRE DE FAMILIA) EN ARAGÓN:
UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

***ON THE EXORBITANT APPLICATION OF ARTICLE 541
OF THE CIVIL CODE (EASEMENT BY APPARENT SIGN
OR BY DESTINY OF FATHER OF A FAMILY) IN ARAGON:
A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS***

JOSÉ LUIS ARGUDO PÉRIZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El artículo 541 del Código civil ha alterado la aplicación del Derecho civil aragonés desde la Compilación de 1967 al servir de justificación para introducir otros signos aparentes, propios del Código civil pero no del Derecho aragonés, en la constitución de servidumbres de luces y vistas, criterio que tuvo que corregir la jurisprudencia aragonesa. Con el Código del Derecho Foral de Aragón de 2011 se regula expresamente la servidumbre por signo aparente, pero los Tribunales aragoneses han seguido aplicando el artículo 541 del Código civil cuando la servidumbre se ha constituido con anterioridad a 2011, pese a lo que establece la disposición transitoria 23.^a sobre la aplicación inmediata del Código foral aragonés desde su entrada en vigor.

Palabras clave: Servidumbre artículo 541 Código civil. Servidumbre signo aparente o por destino padre de familia. Derecho aragonés. Análisis jurisprudencial.

ABSTRACT

Article 541 of the Civil Code has altered the application of Aragonese civil law since the Compilation of 1967 by serving as a justification to introduce other apparent signs, typical of the Civil Code but not of Aragonese Law, in the constitution of easements of lights and views, criterion that had to correct the Aragonese jurisprudence. With the Code of Foral Law of Aragon of 2011, the easement by apparent sign is expressly regulated, but the Aragonese Courts have continued to apply article 541 of the Civil Code when the easement has been constituted prior to 2011, despite what is established in the provision transitory 23rd on the immediate application of the Aragonese Foral Code from its entry into force.

Key words: Easement of article 541 Civil Code. Easement by apparent sign or by destiny of father of a family. Aragonese Law. Jurisprudential analysis.

SUMARIO

I. LA SERVIDUMBRE POR DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA: LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 541 DEL CÓDIGO CIVIL A LAS SERVIDUMBRES DE LUCES Y VISTAS POR REMISIÓN DEL ARTÍCULO 145 DE LA COMPILACIÓN ARAGONESA (1967-2010). 1. LAS INTERPRETACIONES DOCTRINALES DEL ARTÍCULO 145 DE LA COMPILACIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DE LA SERVIDUMBRE DEL PADRE DE FAMILIA. 2. LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL: LA SAP DE ZARAGOZA DE 9 DE JULIO DE 1994 Y SENTENCIAS POSTERIORES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES. 3. EL MANTENIMIENTO DE LA POSICIÓN DOCTRINAL TRADICIONAL POR LAS AUDIENCIAS DE HUESCA Y TERUEL. 4. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN DE 4 DE FEBRERO DE 2004 Y 16 DE DICIEMBRE DE 2005. II. EL ARTÍCULO 566 DEL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN Y SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES ARAGONESES (2011-2021). 1. LA REGULACIÓN DE LA SERVIDUMBRE POR SIGNO APARENTE EN EL CÓDIGO FORAL ARAGONÉS. 2. LA APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA VIGÉSIMO TERCERA DEL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN. 3. SENTENCIAS DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 541 CC Y 566 CDFA DESDE LA ENTRADA EN VIGOR DEL CÓDIGO FORAL ARAGONÉS. 4. COMPETENCIA EN RECURSOS DE CASACIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE OCTUBRE DE 2019. 5. DIFERENCIAS ENTRE LA CONSTITUCIÓN DE LA SERVIDUMBRE SOBRE FINCA PROPIA (ART. 564 CDFA) Y POR SIGNO APARENTE (ART. 566 CDFA)

I. LA SERVIDUMBRE POR DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA: LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 541 DEL CÓDIGO CIVIL A LAS SERVIDUMBRES DE LUCES Y VISTAS POR REMISIÓN DEL ARTÍCULO 145 DE LA COMPILACIÓN ARAGONESA (1967-2010)

El Libro III de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, de 8 de abril de 1967, adoptada e integrada en el Ordenamiento jurídico aragonés por Ley 3/1985, de 21 de mayo, de las Cortes de Aragón, regulaba los derechos reales bajo la denominación «derecho de bienes», y se dividía en dos títulos, bajo los epígrafes «De las relaciones de vecindad» (arts. 143 y 144), y «De las servidumbres» (arts. 145 a 148).

Con relación a las luces y vistas, la regulación era doble, en sede de relaciones de vecindad en el art. 144 («régimen normal de luces y vistas»), y en sede de servidumbres en el art. 145 cuyo tenor literal era el siguiente:

Artículo 145. Luces y vistas.- Los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas. No lo son la falta de protección señalada en el artículo anterior ni tampoco los voladizos sobre fundo propio. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 541 del Código Civil.

La constitución de la servidumbre por signo aparente, o «por destino del padre de familia» según la doctrina tradicional, de un servicio fundiario entre dos inmuebles pertenecientes al mismo dueño, carecía de antecedentes forales en Aragón (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón [STSJA] 4 de febrero de 2004, voto particular del magistrado Luis Fernández Álvarez), al igual que en el Derecho navarro, y el legislador catalán no la reguló hasta 1990, por la polémica surgida sobre la aplicación supletoria del art. 541 CC¹. En Aragón el problema lo originó la confusa remisión que el art. 145 de la Compilación de 1967 hizo al art. 541 CC en sede de servidumbres de luces y vistas que originó un amplio debate doctrinal y jurisprudencial sobre los signos aparentes de luces y vistas (solo los de la Compilación o si la remisión incluía también los del Código civil).

La doctrina estaba de acuerdo en que el fundamento del problema radicaba en la propia redacción del art. 145 («Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 541 CC») por la remisión que el art. 145 de la Compilación hacía al art. 541 CC, que originó un vidrioso problema por su deficiente redacción. La remisión a los signos aparentes del Código civil en la constitución de la servidumbre de luces y vistas por signo aparente o destino del padre de familia, se originó ya en la redacción de los Anteproyectos de la Compilación, y así en el Anteproyecto de la Comisión de jurisprudencia aragoneses de 1962 se añadió un párrafo, que no figuraba en el del Seminario de la Comisión del año anterior, que establecía: «No obstante, a los efectos de lo dispuesto en el art. 541 CC serán signos aparentes los que determinan dicho Código». En el Anteproyecto redactado por la Sección especial de la Comisión General de

¹ Regulado en la actualidad en el art. 566-3.2 del Código civil de Cataluña.

Codificación de 1965 se complica la redacción («*Los voladizos... sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, salvo para lo dispuesto en el art. 541 CC. No lo son la falta de protección...*»), y el texto legal de la Compilación de 1967 fue traslado literal del Anteproyecto de Sección especial de la Comisión General de Codificación, en 1966.

La clave parece estar por tanto en el mismo texto del art. 541 CC al estatuir que «*la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura*».

Reiterada jurisprudencia, citada por la STS de 29 de julio de 2000 (RJ 2000\6205), ha determinado los requisitos que deben cumplirse para declarar la realidad y subsistencia de la servidumbre contemplada en el art. 541, siendo necesario acreditar: 1.º La existencia de dos predios pertenecientes a un único propietario; 2.º Un estado de hecho del que resulte por signos visibles y evidentes que uno de ellos presta al otro un servicio determinante de semejante gravamen, en el supuesto de que alguno cambiara de titularidad dominical; 3.º Que tal forma de exteriorización hubiera sido impuesta por el dueño común de los dos; 4.º Que persistiere en el momento de transmitirse a tercera persona cualquiera de dichas fincas; 5.º Que en la escritura correspondiente no se exprese nada en contra de la pervivencia del indicado derecho real.

El contenido de la servidumbre que surja de este modo vendrá necesariamente determinado por la existencia del signo aparente y el estado o relación de servicio establecido en el mismo fundo antes de la división «establecido por el propietario»², pero no podía decirse que en Aragón fuesen signos inequívocos

² La STS de 30 de octubre de 1959 (RJ 1959/3971) afirma que para la correcta interpretación del art. 541 CC es preciso que se trate de una inequívoca situación de servicio, de un estado de hecho entre ambos predios del cual resulta por signos visibles y evidentes que el uno presta al otro un servicio determinante de una servidumbre si cualquiera de ellos perteneciera a distinto dueño. La sentencia de 18 de marzo de 1999 (RJ 1999\1857) añade la exigencia de que «este signo aparente esté materialmente constituido y configurado en la realidad de los hechos, como una conducta inequívoca por parte del propietario del fundo único, cuando se trata de separar ambos, y muestra expresa de su voluntad». Y la SAP Zaragoza (secc.4.ª) de 29 abril 1994 expresa la importancia del signo aparente de servidumbre «hasta el punto de resultar incluso prevalente la apreciación de esa realidad física a la mención en contrario en las escrituras de que las fincas se transmiten libres de cargas (SSTS de 7 de marzo de 1991 y 13 de mayo de 1986)».

Y hay que recordar también que en orden a su registración, la doctrina y la jurisprudencia se muestran de acuerdo en que al bastar la existencia de un signo aparente sin necesidad de acto escrito, no precisa su inscripción a los efectos de ser invocada. *Vid.* STS 18 noviembre 1992 (RJ 1992\9236).

La aplicación de la servidumbre por destino del padre de familia a las servidumbres de luces y vistas en Aragón, originaba el riesgo de desvirtuar el sistema de signos aparentes de las servidumbres en Aragón (arts. 144 y 145 Compilación) de larga tradición foral. Introducir una dualidad de signos aparentes en la adquisición de servidumbres por usucapión o por destino de padre de familia, parecía avalar la tesis de que en lugar de producirse la constitución de forma voluntaria, ésta se producía *ex lege* por el

(art. 532 CC) para constituir una servidumbre aparente positiva de luces y vistas otros elementos que los voladizos sobre fundo ajeno (art. 145 Compilación), y no los huecos o ventanas no protegidos (art. 144 Compilación)³.

simple cumplimiento de los requisitos, tal como describía LLÁCER MATACÁS, M. R., *El título constitutivo de servidumbre en el artículo 541 del Código Civil*, Barcelona, 1996, p. 121: «es una figura donde confluyen elementos de origen legal y de origen voluntarista», ya que la sede histórica de esta servidumbre es «históricamente voluntarista, derivando hacia una presunción de voluntad tácita», aunque reconoce la autora (p. 123) que si bien el art. 541 presenta la mencionada sede voluntarista, en ella se incardina una presunción legal absoluta que hace referencia al conocimiento de un hecho indicio fundamental: el signo aparente. Con ello deviene bastante exigua la posibilidad de demostrar la voluntad contraria a la servidumbre, que también defiende GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, Madrid, Montecorvo, 1984, p. 522: «cuando se producen una serie de elementos — los contemplados en el art. 541— crea la servidumbre», concluyendo que es indiferente, a efectos prácticos, que se adopte el criterio voluntarista o el exclusivamente legal, «pues en ambos supuestos concluimos que es la Ley quien crea la servidumbre», añadiendo LACRUZ y LUNA, *Elementos de derecho Civil...*, III, 2.º, p. 119, que «es perfectamente posible que, al separarse la propiedad de las fincas, el adquirente del predio sirviente, el del dominante o ambos desconozcan la existencia del signo de servidumbre, lo que, impidiendo la voluntariedad, no obsta, desde luego, a que opere el precepto considerado».

³ Vid. ARGUDO PÉRIZ, J. L., «Parte sexta. Las servidumbres en el Derecho aragonés», en REBOLLEDO VARELA, A. L. (director), *Tratado de Servidumbres*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007 (2.ª ed), pp. 1294 y ss., y 1344 y ss.

Aplicando el Derecho civil común, BONET CORREA, J., «Sentencias comentadas: La naturaleza jurídica y los requisitos del título constitutivo de las servidumbres por destino del padre de familia (comentario a las Sentencias del T.S. de 11 de junio y 30 de diciembre de 1975)», *Anuario de Derecho Civil*, 1977, pp. 470-476, comenta la STS de 30 de diciembre de 1975, que considera la constitución de una servidumbre de luces y vistas por los signos aparentes, que consistían en una ventanas que daban a unos patios de los que recibían luz y vistas, lo que no plantea objeción jurídica en territorio de Derecho común en consideración al art. 581 CC.

La STS de 30 de octubre de 1983 niega que la existencia de grandes ventanas sin protección construidas hacia más de cien años en pared propia colindante con patio vecino de un edificio de Teruel origine una servidumbre de luces y vistas aplicando el derecho de las Observancias, integrando la situación estudiada en «las relaciones de vecindad, sin haberse acreditado la constitución de servidumbre por acto o pacto expreso ni por presunción prescriptiva; no aplicable la inmemorial (por otro lado solo prevista para las servidumbres no aparentes, según art. 148 de la Compilación) por su frontal contradicción con ese estado de tolerancia vecinal, en ningún caso título habilitante según sentencia de 14 de mayo de 1861, recaída en caso de Aragón». Y la SAP Huesca de 21 de enero de 1993 afirma que «el hecho de que en un muro propio que recaiga en finca ajena existan huecos de cualquier dimensión no puede presuponer la existencia de una servidumbre, puesto que al abrirlos se ejercitó un derecho y ello aun cuando carezcan de toda protección, pues realmente tal apertura representa una mera tolerancia del dueño de la finca sobre la que recaen los huecos quien en cualquier momento puede exigir la colocación de las mencionadas protecciones». O como expresa la SAPZ 31 marzo 2003 (Roj: SAP Z 801/2003 - ECLI:ES:APZ:2003:801, Francisco Acín Garós) FD CUARTO.- «En definitiva, a pesar de que en la pared del piso de los demandados que da al patio de luces del actor existía un hueco -galería- carente de protecciones, existiendo ya el mismo cuando el edificio en su totalidad pertenecía al causahabiente de las partes, los demandados no adquirieron en el momento de la separación de las propiedades, “ipso iure”, ex art 541 C.C., una servidumbre de luces y vistas, pues en ese momento no concurría el requisito indispensable de la existencia de un signo aparente de servidumbre, no constituyéndola la falta de aquella protección según lo dispuesto por el art 145 de la Compilación. Por lo que, recayendo sobre fundo del actor las ventanas posteriormente abiertas en la galería cerrada, aquel puede exigir que dichos huecos se provean de las protecciones a que ese artículo se refiere, frente a lo que entendió la sentencia de instancia, que con estimación del recurso debe ser revocada».

1. LAS INTERPRETACIONES DOCTRINALES DEL ARTÍCULO 145 DE LA COMPILACIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DE LA SERVIDUMBRE DEL PADRE DE FAMILIA

Como indica SANCHO REBULLIDA, el texto del artículo 145 Compilación ocasionaría una interpretación estricta y aislada, «limitada a admitir en Aragón la constitución de servidumbres por disposición del padre de familia», lo que entraría en contradicción con la permisón de la Compilación de una amplia supletoriedad del Código civil en materia de servidumbres, con el propio sistema de fuentes (art. 1º.2 Compilación), y con el criterio de la Comisión General de Codificación de evitar las reiteraciones obvias o innecesarias⁴.

La importancia de los signos aparentes de servidumbre, que quedan en el mismo plano de eficacia que el título o una prueba (BONET CORREA), lleva a SANCHO REBULLIDA a considerar que la Compilación no ha querido decir nada diferente a lo que se señalaba en el Anteproyecto de 1962, pero encuentra la dificultad de determinar qué signos aparentes existen en el Código que no se mencionen en la Compilación, ya que el Código civil se basa en el concepto genérico de apariencia del art. 532 y no realiza una enumeración concreta, lo que le conduce a establecer un paralelismo entre los arts. 581 y 582 CC y el art. 145 Compilación, que le reafirma en la conclusión de lo que se deducía del Anteproyecto citado: «la falta de defensas y la existencia de voladizos no distanciados no son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas salvo que, establecidos tales signos por el propietario de dos fincas, enajenara una sin establecer nada en contrario en el título de enajenación y sin hacer desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura (art. 541 CC)»⁵.

MERINO suscribió también esta conclusión, y deja traslucir una interpretación del art. 145, correspondiendo en su primer inciso, voladizo sobre fundo ajeno, a los signos aparentes que permiten la adquisición de la servidumbre por usucapión, y el resto (huecos sin protección y voladizos no distanciados), o ambos, como signos aparentes para la constitución automática de la servidumbre por destino del padre de familia desde la separación, división o enajenación de la finca, de lo que se deduciría que son signos aparentes para la constitución de la servidumbre por título —por la equiparación que realiza el art. 541 CC—, pero no a otros efectos⁶.

De lo anterior, se deduce que ciertos balcones o voladizos, que de acuerdo con lo establecido en estos artículos del Derecho aragonés no constituyen signo aparente de servidumbre, por no observar las distancias mínimas, pueden adquirir

⁴ SANCHO REBULLIDA, F. de A., «Los derechos reales en la Compilación de Derecho Civil de Aragón», *RCDI*, XLIV (1968), p.565.

⁵ SANCHO REBULLIDA, «Los derechos reales...», *op. cit.*, p. 566. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Artículo 145», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXIV, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1988, pp. 242-243, manifestaba también su conformidad con esta interpretación.

⁶ MERINO, J. L., «Artículo 145», pp. 242-243.

tal catalogación, por disposición del padre de familia; y lo mismo sería aplicable respecto de los huecos y no guardan la protección debida (reja y red) que, a pesar de que legalmente no tienen declarada la categoría de signo aparente de servidumbre, el propietario de la finca podría otorgarle tal cualidad al tiempo de constituir la servidumbre.

2. LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL: LA SAP DE ZARAGOZA DE 9 DE JULIO DE 1994 Y SENTENCIAS POSTERIORES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

La remisión a los signos aparentes del Código civil en la constitución de la servidumbre de luces y vistas por signo aparente o destino del padre de familia, fue aplicada por la doctrina y jurisprudencia aragonesas desde la entrada en vigor de la Compilación, pero se debatió posteriormente por las Audiencias Provinciales este criterio excepcional y poco coherente con el Derecho aragonés.

En concreto, el criterio de SANCHO REBULLIDA era el seguido por la doctrina antes de la Compilación, y el constante de los Tribunales aragoneses⁷, pero la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (SAPZ) de 9 de julio de 1994 (RDCA⁸-1996-II, núm. 1.º, marginal 35, ponente Joaquín Cereceda Marquín), establece un nuevo criterio tras un serio estudio de los antecedentes: «la vigente Compilación sigue una tercera vía para la aplicación en Aragón del art. 541 CC cuando se refiere a la adquisición de la servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia: ni una remisión al Código civil para la apreciación de los signos aparentes de servidumbre como hacía el proyecto del año 1962, ni la inaplicabilidad de aquel precepto referido a la servidumbre de luces y vistas, como pretendía el proyecto de 1965, sino la vigencia del art. 541 CC en Aragón, pero respetando su peculiar derecho en la regulación de los signos aparentes de servidumbres de luces y vistas... Por ello, salvo disposición expresa de la Compilación, serán signos aparentes de servidumbres de luces y vistas, a los efectos del art. 541 CC, aquellos que determine dicha Compilación. Al estimar esta Sala que las normas del Derecho Civil de Aragón no contienen aquella remisión específica al CC y que por lo tanto solo son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas los especificados en el art. 145 de la Compilación...» (FD 2.º). Determina la sentencia de la Audiencia que no había lugar a este tipo de servidumbre pues

⁷ Con alguna excepción de valor relativo por no justificar el Tribunal su decisión, como en la SAT Zaragoza 30 septiembre 1981 que establece que los huecos sin voladizos, aunque no cuenten con las protecciones de reja y red, son expresión del régimen normal de vecindad entre edificios, «y ello lleva a la consecuencia de que la remisión que hace el último párrafo del precitado art. 145 Comp., al 541 CC, carezca de relevancia en el caso litigado, puesto que ni antes de dividirse la propiedad única..., ni después, tales huecos significaron signo alguno aparente de servidumbre de obligada continuación, salvo que en la escritura de división se pactara, cosa que no ocurrió respecto a los mencionados huecos.»

⁸ *Revista de Derecho Civil Aragonés (RDCA)*. Se cita de este modo la jurisprudencia aragonesa incluida, en la mayoría a texto completo o con amplio resumen, en cada número de la *Revista*.

al enajenarse un único dominio en dos titularidades distintas no había signo alguno de servidumbre de luces y vistas según lo que por éstos se entiende en la Compilación, por no considerarse tal la falta de protecciones en los huecos⁹.

Quizás el valor de la sentencia citada resida en interpretar lo que la Ley dice, y no lo que el legislador estatal de 1967 quiso decir, desde un prisma constitucional de distribución de competencias en materia de Derecho civil según el sistema de fuentes de la propia Compilación. La duda razonable se planteó respecto a si los huecos sin protección o los voladizos no distanciados son en Aragón signos idóneos e inequívocos de apariencia a efectos del art. 541 CC, por el peligro que tal interpretación y consecuencias originan en el sistema de confianza recíproca y solidaria de relaciones de vecindad en el Derecho aragonés.

Doctrinalmente la única opinión relevante aragonesa posterior a esta sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 1994 ha sido la de GUTIÉRREZ CELMA que apoya las opiniones de SANCHO REBULLIDA y MERINO al entender que el art. 145 al no reconocer la apariencia a unos efectos y sí para la constitución de la servidumbre del art. 541 CC «no supone necesariamente un capricho arbitrario del Legislador», aunque posteriormente critica la “esquizofrenia conceptual” a la que lleva esta distinción¹⁰.

Pero será en las sentencias de las Audiencias Provinciales donde se debatirá, durante un decenio, el alcance la aplicación del art. 541 CC en Aragón, por remisión del art. 145 Compilación. La SAP Zaragoza (Secc. 2.^a) de 15 de julio de 1996 (RDCA-1997-III, núm. 2.^o, marginal 26, Julián Carlos Arqué Bescós) ya cita la sentencia de 1994 como criterio de la Sala, y en consecuencia «*considera que no*

⁹ El criterio interpretativo que siguió la Audiencia, ya lo había señalado previamente la sentencia recurrida, la S.JPI Zaragoza n.º 13, 9 de marzo de 1994 (RDCA-1996-II, núm. 2.^o, marginal 7), que reconoce que por remisión expresa del art. 145 de la Compilación al 541 CC, también en Aragón se puede producir la adquisición de servidumbre por la presunción prevista en el Código (adquisición por destino del dueño), siempre y cuando se den los requisitos para ello exigidos en el citado artículo del Código civil. Y el primer requisito es que exista un signo aparente entre dos fincas que sean del mismo dueño, pero para definir qué pueda entenderse por signo aparente de servidumbre de luces y vistas hay que estar al propio Derecho aragonés: «*así frente a los genéricos términos empleados por el Código civil en el citado art. 541 al referirse al signo aparente, y a la también general definición de lo que sea aparente contenida en el art. 532 del mismo Código, la Compilación aragonesa, en línea con la atención histórica que el Derecho aragonés ha venido dando a las relaciones de vecindad, prevé supuestos específicos de cuándo podrá entenderse existente signo aparente y cuando no en su art. 145 en relación al art. 144.*».

¹⁰ GUTIÉRREZ CELMA, G. y otros: «El régimen de luces y vistas: relaciones de vecindad y servidumbres», *Actas de los Quintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, pp. 81-82. En todo caso, la opinión de este autor sobre la servidumbre del art. 541 CC y su aplicación en Aragón, viene condicionada por la posición previa favorable a la consideración de estos huecos sin protecciones y voladizos no distanciados como signos aparentes de hecho, aunque no legales, y las consecuencias que derivarían de los mismos en la adquisición de servidumbres por usucapión sin este impedimento, que salva en el caso de la servidumbre por destino de padre de familia, llegando por vía de excepción, a una conclusión que no puede generalizarse en la Compilación.

son signos aparentes la falta de protecciones de los huecos, siendo de aplicación a pesar de la antigüedad de los huecos la Compilación de 1967, en virtud de la disposición transitoria novena de la misma»; por lo que cabía obligar al demandado a colocar reja y red, conforme al art. 144 de la Compilación y anteriormente al art. 15 del Apéndice foral, siendo imprescriptible dicha facultad al tratarse de un acto meramente tolerado derivado del incumplimiento del régimen ordinario de la propiedad y de las buenas relaciones de vecindad (FD 2.º). La SAPZ 30 de enero de 1997 (RDCA-1998, IV, núms. 1.º y 2.º, marginal 34, José Esteban Rodríguez Pesquera) señala que la falta de reja de hierro y red de alambre en una ventana que recae sobre fundo ajeno no es un signo aparente de servidumbre, pero sí lo es la existencia de un balcón sobre ella, ya que «tanto el balcón como la ventana existían y tenían la misma configuración que en la actualidad, cuando el actual apelante compró su finca» al anterior propietario; y la SAPZ 30 de junio de 1997 (RDCA-1998, IV, núms. 1.º y 2.º, marginal 48), con el mismo ponente que la anterior, sobre unas ventanas que se abrieron más de cincuenta años antes, cuando ambas viviendas se integraban en un edificio único con un solo propietario, que se conservaron tras la división del edificio, rechaza la constitución de una servidumbre de luces y vistas aplicando lo previsto en el artículo 541 del Código civil, porque «la presencia en los huecos o ventanas de rejas de hierro remetidas en la pared y de redes de alambrado o de otro material equivalente es claro signo de que no existe la referida servidumbre».

El mismo criterio siguen las SSAPZ de 17 de junio de 1998¹¹ (RDCA-1999-V, núm. 2.º, marginal 42, Pedro Antonio Pérez García); de 24 de septiembre de 1998¹² (RDCA-1999-V, núm. 2.º, marginal 45, Juan Ignacio Medrano Sánchez); de 26 de febrero de 1999¹³ (RDCA-2000-VI, núm. 2.º, marginal 9, Ángel María Iribas Genua); y ya la SAP Zaragoza (Secc. 2.ª) 4 octubre 1999 (Roj: SAP Z 2304/1999 - ECLI: ES:APZ:1999:2304, Julián Carlos Arqué Bescós) lo expresa como doctrina consolidada al exponer que «el criterio sustentado por esta Audiencia Provincial a partir de la Sentencia de esta Sala de 9 de julio de 1994 es el de considerar que a efectos de lo dispuesto en el art. 541 CC solo son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas aquellos proclamados en la Compilación, por lo que los aludidos huecos sin protección no son signos aparentes de

¹¹ No admite la servidumbre al no quedar «justificada la situación o trazos de la vía pública que pudiera existir entre ambos fundos en tiempos pasados, o cuál era su punto de colindancia, o si los huecos de mención estuvieron en momento alguno desprotegidos de reja, o cuándo en su caso ésta pudo ser colocada, bastando indicar que al tiempo actual no pueden ser considerados como constitutivos de servidumbre que impida la edificación contigua».

¹² La sentencia niega que el tejado pueda ser considerado signo aparente de servidumbre de luces y vistas a los efectos del art. 541 CC.

¹³ Alegaba el demandado que ya existía la ventana en 1942, pero la Audiencia aprecia «unas limitaciones o protecciones similares a las que el artículo 15 del Apéndice Aragonés para que tal ventana no pueda ser considerada como un signo aparente de servidumbre. Además, no consta cual era el estado de la ventana cuando se separaron las propiedades».

servidumbre» (FD 2.º), reiterándolo en las de 11 de enero de 2002 (JUR 2002/71153) y 31 de marzo de 2003¹⁴ (Roj: SAP Z 801/2003).

3. EL MANTENIMIENTO DE LA POSICIÓN DOCTRINAL TRADICIONAL POR LAS AUDIENCIAS DE HUESCA Y TERUEL

Sin embargo, otra fue la posición defendida por la Audiencia Provincial de Huesca, especialmente por el magistrado Gonzalo GUTIÉRREZ CELMA, alineado doctrinalmente con la doctrina tradicional (Sancho Rebullida y Merino), al entender que subsistía una diferencia de criterios judiciales sobre la aplicación del art. 541 C en Aragón, al no haberse pronunciado ni el Tribunal Supremo ni el Tribunal Superior de Justicia, manteniendo el criterio doctrinal de que los huecos o ventanas sin proteger, sin ser signos aparentes de servidumbre de luces y vistas a otros efectos jurídicos, sí que lo son para su constitución por destino del padre de familia, criterio que expone la SAPH 4 de octubre de 2000¹⁵ (RDCA-2001-2002-VII-VIII, marginal 23, ponente Gonzalo Gutiérrez Celma) (FD 2.º): «La interpretación sostenida por el Juzgado ha sido también defendida por la Audiencia Provincial de Zaragoza en las sentencias de 9 de julio de 1994 y 4 de octubre de 1999. Pero la tesis contraria fue mantenida por esa misma Audiencia de Zaragoza en su sentencia de 5 de febrero de 1992 y la doctrina aragonesa parece estar de acuerdo en que el último inciso del artículo 145 de la Compilación Aragonesa, referido al artículo 541 del Código Civil, significa que los huecos o ventanas sin proteger, sin ser signos aparentes de servidumbre de luces y vistas a otros efectos jurídicos, sí que lo son para su constitución por disposición del padre de familia. Debe tenerse en cuenta que la falta de protecciones, como los voladizos en fundo propio o sobre el ajeno, es algo que, tanto en Aragón como

¹⁴ FD4.º: «En definitiva, a pesar de que en la pared del piso de los demandados que da al patio de luces del actor existía un hueco-galería- carente de protecciones, existiendo ya el mismo cuando el edificio en su totalidad pertenecía al causahabiente de las partes, los demandados no adquirieron en el momento de la separación de las propiedades, “ipso iure”, ex art 541 C.C., una servidumbre de luces y vistas, pues en ese momento no concurría el requisito indispensable de la existencia de un signo aparente de servidumbre, no constituyéndola la falta de aquella protección según lo dispuesto por el art 145 de la Compilación. Por lo que, recayendo sobre fundo del actor las ventanas posteriormente abiertas en la galería cerrada, aquel puede exigir que dichos huecos se provean de las protecciones a que ese artículo se refiere, frente a lo que entendió la sentencia de instancia, que con estimación del recurso debe ser revocada».

¹⁵ Y reitera en la SAPH 5 de marzo de 2002 (RDCA-2003-2004-IX-X, marginal 48, ponente Gonzalo Gutiérrez Celma) (FD 2.º): «En este sentido ya indicamos en nuestra sentencia de 4 de octubre de 2000 que la doctrina aragonesa parece estar de acuerdo en que el último inciso del artículo 145 de la Compilación Aragonesa, referido al artículo 541 del Código Civil, significa que los huecos o ventanas sin proteger, sin ser signos aparentes de servidumbre de luces y vistas a otros efectos jurídicos, sí que lo son para su constitución por disposición del padre de familia». Este autor, sin embargo en la misma obra, se lamenta de los difícil que es sintonizar «la tolerante tradición aragonesa» con la distorsión que produce la importación de dogmas y planteamientos jurídicos del Derecho común y su aplicación al ordenamiento aragonés (*Cfr.* GUTIÉRREZ CELMA, ob. cit., pp. 11-12.)

en Castilla, salta a la vista y cuando la Compilación niega que los dos primeros supuestos (falta de protecciones y voladizo sobre el suelo propio, se entiende que sin proteger), sean signo aparente, está recurriendo a una ficción jurídica para negar una apariencia que de hecho existe, la misma apariencia que en el Código Civil y en el Apéndice ha permitido calificar siempre de aparente a esta servidumbre, tanto en su versión positiva como en la negativa, aunque ésta última no comience a ejercerse sino desde que tiene lugar el llamado acto obstativo salvo, precisamente, del caso que se constituya por destinación del padre de familia. Esta clase de constitución es admitida para esta servidumbre negativa en el derecho castellano (...), pero en la servidumbre negativa, desde la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9 de julio de 1994, tal cosa no es pacífica en Aragón, dada la confusa redacción del artículo 145. Ni el Tribunal Superior de Justicia de Aragón ni el Tribunal Supremo han sentado jurisprudencia que pueda zanjar la cuestión debatida, ni existe tampoco ningún precedente dictado por esta misma Audiencia Provincial».

Tendrá ocasión la Audiencia Provincial de Huesca, en sentencias de 5 de marzo (JUR 2002/127250) y 30 de octubre de 2002 (RDCA-2003-2004-IX-X, marginal 52) —así como la Audiencia Provincial de Teruel en sentencia de 6 de septiembre de 2001 (RDCA-2003-2004-IX-X, marginal 27, ponente Fermín Hernández Gironella)—, de pronunciarse sobre este punto controvertido. La SAP Huesca de 30 de octubre de 2002 (ponente José Tomás García Castillo), incorporando lo expresado previamente por las sentencias de 5 de marzo y la de 4 de octubre de 2000, consolida la posición previa de la Audiencia de Huesca: «entendemos, en conclusión, que lo que se quiere significar en el art. 145 Compilación es, siguiendo la opinión del profesor Sancho Rebullida, que la falta de protección de los huecos abiertos para luces y vistas no son signos aparentes de servidumbre salvo que, establecidos tales signos por el propietario de dos fincas, enajenara una sin establecer nada en contrario en el título de enajenación y sin hacer desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura»¹⁶.

¹⁶ En el análisis de los hechos, la parte actora alega que el antiguo propietario único de las dos fincas litigiosas manifestó que no estableció servidumbre de ningún tipo entre las dos porciones al practicar la segregación. «No obstante, y conforme el propio art. 541 CC, debió ser en el mismo momento de la segregación (enero de 1996), y no más de tres años después, cuando el anterior propietario, perfecto conocedor de la existencia de huecos en la fachada de la casa que daba al pajar, debió haber manifestado que los referidos hueco sin protección, que en un caso como en el que nos ocupa deben normalmente ser considerados como signos aparentes de servidumbre, no habían de ser tenidos como tales. La persistencia del signo aparente en el momento de la adquisición de las dos nuevas fincas, por otra parte, resulta incuestionable...» También carece de virtualidad suficiente para eliminar los signos constitutivos de servidumbre (al tratarse de signos aparentes) la expresión en la escritura de compraventa de que la propiedad adquirida por los actores se transmitía libre de cargas.

En la SAP Teruel de 6 septiembre 2001 pesa tanto la posible constitución de una servidumbre de luces y vistas con arreglo al art. 541 CC por haber abierto la anterior propietaria dos ventanas desde su casa al jardín sin protecciones y haberse dividido los fundos sin manifestarse en contrario en la escritura de venta o haber hecho desaparecer el signo externo, como el ejercicio abusivo de la construcción de un cobertizo por los demandados con un muro que clausuró las ventanas, que resultaba innecesario, y se deduce que se hizo con la finalidad tan solo de tapar los huecos.

La SAP Teruel de 23 de octubre de 2002 (RDCA-2003-2004-IX-X, marginal 59, Fermín Hernández Gironella) recuerda su posición doctrinal de la Sentencia de 6 septiembre 2001, ya citada, pero no la aplica al caso, porque si bien ambas fincas pertenecieron a un mismo propietario, no consta que «*al tiempo de separarse las propiedades dicho hueco o ventana estuviese abierto, ya que el mismo no consta en los planos que se acompañan a la demanda, ni la apertura del mismo constituye por sí sola signo aparente de servidumbre, cuando el mismo se haya protegido por reja de hierro y red de alambre, signo este precisamente contrario a la existencia de la misma*» (artículo 145 de la Compilación), y cuando, en contra de lo afirmado por el recurrente, dicha ventana no conforma voladizo alguno sobre dicho patio, tal y como se infiere del informe emitido por el perito judicialmente designado».

4. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN DE 4 DE FEBRERO DE 2004 Y 16 DE DICIEMBRE DE 2005

Contra la SAP Zaragoza (Sección 2.^a) de 31 de marzo de 2003 (Roj: SAP Z 801/2003 - ECLI: ES:APZ:2003:801, Francisco Acín Garós), que defendía la posición doctrinal de la Audiencia de Zaragoza, frente a la posición contraria mantenida por la sentencia de instancia, se interpuso recurso de casación por interés casacional, cuya admisión no fue pacífica¹⁷. Se impugnó la interpretación del art. 145 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón en relación con el 541 del Código civil realizada por la sentencia recurrida de la Audiencia, de tal modo «que los recurrentes consideran que la cuestión que se plantea en el presente recurso de casación y que debe ser resuelta por la Sala, es si la existencia de una galería supone la existencia de signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, por destino del padre de familia, tal como se exponía en la contestación a la demanda y resultó en la sentencia de primera instancia».

Refleja la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (STSJA) de 4 de febrero de 2004 (RDCA-2003-2004-IX-X, marginal 3, ponente Rosa María Bandrés Sánchez-Cruzat) los puntos de controversia jurídica en las diversas sentencias de las Audiencias Provinciales, para determinar que (FD 3.^o): «la vigente Compilación, cuando se refiere a la adquisición de la servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia, no hace ninguna remisión al Código Civil para la apreciación de los signos aparentes de servidumbre, como hacían los Anteproyectos del año 1962 y 1963, ni se pronuncia en el sentido en que lo hacía el art. 143 del Anteproyecto de 1965 de la Comisión de Codificación. Deja a salvo la vigencia en Aragón del art. 541 CC, pero hay que entender que respetando su peculiar Derecho en la regulación de los signos aparentes de servidumbre de luces y vistas.

¹⁷ La presentación del escrito de preparación del recurso de casación fue rechazada por el TSJA por Auto de 11 de abril de 2003, al igual que el recurso de reposición. Presentado el correspondiente recurso de queja, por Auto de 24 de junio de 2003 el Tribunal Supremo acordó inadmitir dicho recurso por ser funcionalmente competente el TSJA, que estimó el recurso de queja, presentándose a continuación el recurso de casación.

Por ello, a los efectos de dicho precepto del CC, hay que entender, que signos aparentes de luces y vistas serán los que la Compilación determine, esto es, los del art. 145 de la Compilación, interpretación que, como decía la referida SAP 9 julio 1994, es conforme al sentido propio de las palabras del precepto, en relación con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos, de acuerdo con las normas interpretativas del art. 3.1 CC».

Añade otro argumento al entender que la interpretación de los recurrentes del art. 145 «desconoce la tradición jurídica aragonesa en materia de luces y vistas, regulando los signos aparentes de forma distinta según se trate de adquisición por usucapión o por destino del padre de familia, lo que produciría una grave inseguridad jurídica, pues no todos los huecos para luces y vistas en pared divisoria de fundos, con o sin protección, serían simple manifestación de una relación de vecindad».

La sentencia tiene un voto particular del magistrado Luis Fernández Álvarez, que examina los requisitos para constituir la servidumbre por destino del padre de familia y el sentido y aplicación del art. 145 Compilación. Tras comprobar que se dan todos los requisitos exigidos para la constitución de una servidumbre del art. 541 CC en el caso, menciona que el art. 541 CC es fuente primaria del Derecho aragonés por remisión expresa de la Compilación «en su redacción actual» (disposición final de Compilación en 1985), que el legislador aragonés pudo regular con normas propias, aceptando sin embargo la salvedad del apartado 3.º del art. 145 Compilación.

Añade (FD 3.º) que «la constitución de las servidumbre prediales por destino del padre de familia es una figura que carece de antecedentes en el Derecho foral de Aragón; este modo de adquirir tiene su origen en la doctrina de los postglosadores y llega al Código Civil por el doble conducto del Código de Napoleón y de la jurisprudencia; carente el Derecho aragonés de disposición alguna sobre dicha figura se aplicó el art. 541 en Aragón por la jurisprudencia como derecho supletorio; al elaborar la Compilación, el legislador optó por asumir íntegramente el régimen del art. 541, y para evitar toda duda procedió a incorporar dicho precepto al derecho aragonés mediante remisión al mismo, al tiempo que lo dejaba expresamente a salvo de lo previsto en el apartado segundo del art. 145 de la Compilación (“queda a salvo”), aceptando, por tanto, para la adquisición de las servidumbres por destino del padre de familia como signos aparentes los que determinaba el Código».

Concluye el magistrado afirmando que el diferente régimen contemplado en el art. 145 de la Compilación no supone un capricho arbitrario del legislador. Nos encontramos ante dos distintos modos de adquirir las servidumbres que han recibido del legislador un trato diferente al apreciar si la falta de protección en los huecos de luces y vistas constituye signo aparente de servidumbre: «en la adquisición por usucapión extraordinaria se estableció un régimen específico en concordancia con la mayor permisividad del Derecho histórico aragonés para abrir huecos de luces y vistas, mientras que para la adquisición por destino de padre de familia se optó, al carecer de antecedentes en el Derecho foral aragonés, por asumir íntegramente el régimen del art. 541, aceptando como signos aparentes los que determinaba el CC».

Vuelve a pronunciarse el TSJA en la aplicación del art. 145 de la Compilación en relación con el art. 541 CC en la STSJA 16 de diciembre de 2005 (RDCA-2007-XIII,

marginal 5, ponente Luis Ignacio Pastor Eixarch) al recurrirse la SAP Teruel de 15 de febrero de 2005¹⁸ (RDCA-2007-XIII, marginal 16, María Teresa Rivera Blasco), que determinó la constitución de una servidumbre de luces y vistas *ex art. 541Cc* a partir de un hueco sin protecciones y apreciar el TSJA contradicción entre las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza y la recurrida de la Audiencia Provincial de Teruel, rechazando el criterio de la recurrida por entender no ajustada la resolución al artículo 145 de la Compilación de Aragón porque la falta de protección del hueco de luces vistas no es en Aragón signo externo de la existencia de tal servidumbre, ya que (FD 5.º) *«si se entendiera que la remisión del art. 541 CC incluye también la asunción en el derecho civil aragonés del sistema de este cuerpo legal en todo lo relativo a presencia o no de signos externos de servidumbre se infringiría la mención del art. 145 excluyente, sin distinción alguna, de la falta de protección como signo aparente de servidumbre.* Por otro lado, la remisión al art. 541 del Código civil, regulador tan solo de la posibilidad de adquisición por el destino dado por el dueño transmitente, se haría extensiva a toda la normativa de este Código sobre qué es signo externo de servidumbre, contrariando así el sistema de fuentes previsto con carácter general en el art. 1 de la Compilación de Aragón, pues se integraría la normativa propia de régimen de vecindad y regulación específica de la apertura de huecos con principios del derecho civil común, en vez de los propios del derecho aragonés». Y cita en apoyo de esta conclusión las sentencias, en el mismo sentido, de la Audiencia Provincial de Zaragoza y «tal tesis fue la plasmada en sentencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 4 de febrero de 2004», reproduciendo su FD 3.º.

En las sentencias posteriores de las Audiencias a la STSJA 4 de febrero de 2004, se rechazan las pretensiones de constitución de tal tipo de servidumbre por no probar la pertenencia de las fincas al mismo propietario¹⁹, pero la SAPZ 8 de octubre de 2009 (RDCA-2011-XVII, marginal 50, ponente Juan Ignacio Medrano

¹⁸ La SAPT 15 de febrero de 2005 sigue acogiendo a la doctrina de la Audiencia de Teruel establecida en la sentencia de 6 de septiembre de 2001, que reproduce, y por ello determina que «en el supuesto que nos ocupa, con base en lo expuesto, el hecho de que el anterior propietario del inmueble de la actora, que lo era también del patio contiguo propiedad de la demandada, abriese sobre el mismo un hueco, por el que entraba la luz, carente de la protección exigida por el art. 144 de la Compilación, constituye signo aparente de servidumbre de luces y vistas que, al dividirse ambos fundos, determina el nacimiento de aquel gravamen, al no haber efectuado dicho propietario manifestación alguna al donar las fincas, ni en el momento de la partición, ni haber hecho desaparecer aquel signo externo. Por ello, debe ser acogido en este punto el recurso y, consecuentemente, estima esta pretensión de la demanda».

¹⁹ La SAPH 21 de diciembre de 2004 (RDCA-2005-2006-XI-XII, marginal 64, ponente Antonio Angós Ullate), ante la alegación de los demandados de que la finca de su propiedad tiene constituida una servidumbre de luces y vistas adquirida por destino del padre de familia, al amparo del artículo 541 del Código civil, en relación con el artículo 145 de la Compilación aragonesa, la Audiencia indica que *«con independencia de si cabe o no esa forma de adquisición de una servidumbre en Aragón, lo cierto es que, en el presente caso, no se ha acreditado que ambas fincas hayan pertenecido a un mismo propietario»*. En la SAPZ 15 de septiembre de 2005 (RDCA-2007-XIII, marginal 49, ponente Antonio Luis Pastor Oliver) no se aplica el art. 541 Cc a una pretendida servidumbre de paso (FD 3.º) «puesto que

Sánchez) ratifica la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda que explicaba «el origen unitario que tuvo en su día las fincas y que tras su reparto entre sus primitivos propietarios quedó en su actual estado siquiera “antes de dicho reparto ya existían las ventanas de mi mandante, sin reja ni rete, debiendo considerarse que dichos huecos constituyen signos aparente (sic) de servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia”». La Audiencia expresará que «la fundamentación jurídica que sustenta la sentencia de instancia no merecerá ningún reproche en el recurso» al asentarse en el criterio de la STSJA 4 de febrero de 2004, cuya fundamentación reproduce. En consecuencia, señala, «la falta de protección no es signo de servidumbre y el voladizo, para que lo sea, debe guardar una relación funcional de las luces y vistas, lo que no es el caso».

No se modificó ni una coma del libro III de la Compilación desde 1967 hasta el año 2010 con la Ley de Derecho civil patrimonial, y esta parte estaba afectada de una economía dispositiva excesiva, al igual que fue excesivo el número de remisiones al Código civil. Es cuestionable como técnica, y opina DELGADO que aun no considerando inconstitucional el procedimiento, lesiona el principio de seguridad jurídica y el de publicidad de las normas, al igual que es cuestionable que el legislador otorgue fuerza de obligar a normas sobre cuyo contenido no ha formado una voluntad propia por el procedimiento legislativo adecuado. La técnica legislativa adecuada en la actualidad es incluir en la norma aragonesa las del Código, acordes con los demás preceptos aragoneses y formando conjuntos armónicos, como se hizo en las sucesivas leyes que han derogado partes de la Compilación y refundidas desde 2011 en el Código del Derecho Foral de Aragón²⁰.

II. EL ARTÍCULO 566 DEL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN Y SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES ARAGONESES (2011-2021)

1. LA REGULACIÓN DE LA SERVIDUMBRE POR SIGNO APARENTE EN EL CÓDIGO FORAL ARAGONÉS

Las SSTSJA de 4 de febrero de 2004 y 16 de diciembre de 2005 crearon jurisprudencia aragonesa sobre la remisión del art. 145 de la Compilación al art. 541 CC, respecto a los signos exteriores en las servidumbres aparentes, doctrina que ha sido reconocida en el Preámbulo del Código del Derecho Foral de Aragón

este precepto exige que el signo aparente de servidumbre lo sea entre dos fincas y establecido por el propietario de ambas. En el caso enjuiciado no se da ninguna de ambas circunstancias».

²⁰ DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Las fuentes del Derecho civil aragonés», en *Manual de Derecho civil aragonés* (Delgado Echeverría, J. [director] y Parra Lucán, M.A. [coordinadora]), Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2006, pp. 116-19. Cita, a título de ejemplo, el art. 145 Compilación con relación al art. 541 CC.

(40): «La remisión que el artículo 145 de la Compilación hizo al artículo 541 del Código civil dio lugar a muy diversas interpretaciones sobre las que la jurisprudencia tuvo que sentar finalmente un criterio estable y acertado. Ahora, el artículo 566 atiende de manera general a la constitución de servidumbres por signo aparente («por destino del padre de familia» llamaba a esta figura la doctrina más tradicional), de modo que excluye la aplicación de aquel artículo del Código, y el 574, al aclarar que los voladizos sobre fundo ajeno son los únicos signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, hace segura legalmente la solución jurisprudencial».

La derogación de los Libros III y IV de la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967, se produjo por la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, que entró en vigor el 1 de enero de 2011²¹, pero que tuvo una corta vigencia ya que por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo fue aprobado, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles que se inserta a continuación del Decreto Legislativo, entre las que se encontraba la Ley de Derecho civil patrimonial²². Entró en vigor el 23 de abril de 2011²³, y regula en su Título I las relaciones de vecindad (arts. 537 a 550) y en el Título II las servidumbres (arts. 551 a 587).

La importancia de la nueva regulación no es solo en número de artículos, pasando de seis en la Compilación a cincuenta y uno en el nuevo Código, sino en su contenido normativo, ampliando la regulación de las servidumbres, y así en la constitución de servidumbres, ya se reflejan todos los modos de constitución de las mismas (art. 561), se amplía la legitimación para constituirlos a los titulares de derechos reales posesorios, se regula la servidumbre sobre finca indivisa y finca propia, por su utilidad práctica, y se incorpora al Derecho aragonés la servidumbre denominada de forma tradicional «por destino del padre de familia» y ahora «por signo aparente» (art. 566), reforzando la coherencia del régimen aragonés de servidumbres.

Era necesaria la incorporación expresa al Derecho aragonés de la servidumbre por signo aparente justamente para evitar el problema de la remisión del artículo 145 de la Compilación y, por otra parte, la idea de no regularla por carecer de antecedentes forales en Aragón no se planteó en ningún momento de la reforma de la Compilación, por la proximidad que siempre ha mostrado el Derecho aragonés con el Código civil en las instituciones sobre las que no ha existido derecho foral propio, y podría conducir de nuevo a una aplicación

²¹ Publicada en el BOA n.º 248, de 22 de diciembre de 2010.

²² Publicado en BOA n.º 63, de 29 de marzo de 2011.

²³ Una información detallada sobre el proceso de elaboración, tramitación parlamentaria, novedades legislativas y valoración en SERRANO GARCÍA, J. A., «La reforma aragonesa del Derecho civil patrimonial», en Carmen BAYOD (coordinadora), *Derecho civil patrimonial*, Institución «Fernando el Católico»-DPZ, Zaragoza, 2013, pp. 11-62. También SERRANO GARCÍA, J. A., «La reforma aragonesa del Derecho civil patrimonial», *ADC*, LXV, 2012, pp. 1497-1549.

supletoria del artículo 541 CC con sus problemas interpretativos. Tampoco la Comisión Aragonesa de Derecho Civil se mostró partidaria de seguir la regulación distinta de la servidumbre que adoptó la legislación catalana actual²⁴ y, por ello, tras la primera propuesta normativa, que la regulaba con la servidumbre sobre finca propia²⁵ y tomaba rasgos del Derecho catalán y navarro (Ley 397 del Fuero Nuevo)²⁶, la Comisión Aragonesa de Derecho Civil decidió regular la

²⁴ Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales:

«Artículo 566-3. Servidumbre sobre finca propia.

2. La servidumbre sobre una finca propia publicada únicamente por la existencia de un signo aparente, si se enajena la finca dominante o la sirviente, solo subsiste si se establece expresamente en el acto de enajenación».

En el Derecho civil catalán originó una larga polémica la aplicación supletoria del art. 541 CC en Cataluña, debido a que se trata de una figura que no proviene del Derecho Romano. Al legislador catalán le pareció que no regular esta forma de constituir servidumbres iba a provocar la duda de si seguía aplicándose en Cataluña el art. 541 CC, aunque la pretensión fuera no contemplarla, por lo que optó a partir de Ley 13/1990, de 9 de julio, por regularla, pero de otro modo distinto al CC, de tal manera que la mera existencia de un signo aparente entre las dos fincas de un mismo dueño no presume la existencia de una servidumbre cuando se enajene una, salvo que se disponga expresamente en el título de la enajenación. Regulación que siguió en la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, y se incorporó al art. 566-3.2 CC Cataluña.

²⁵ «Artículo 11. Servidumbre sobre finca propia.

Pueden constituirse o mantenerse servidumbres entre fincas de propiedad individual y común, aunque algún partícipe sea titular del derecho de propiedad en ambas fincas, y cuando concurren sobre la misma finca titulares de derechos reales distintos.

En caso de separarse la propiedad de las fincas, dominante o sirviente, por actos inter vivos o de última voluntad de la persona titular del derecho de propiedad, la servidumbre sobre finca propia publicada únicamente por la existencia de un signo aparente inequívoco subsiste si no ha desaparecido el signo y si el título de disposición no excluye la servidumbre».

²⁶ «Asimismo se considerarán como servidumbres los servicios establecidos con signo aparente entre fincas de un mismo propietario, cuando se separe la propiedad de ambas por actos *inter vivos* o de última voluntad de aquél, si al tiempo de la separación subsiste el signo y si el título de disposición no excluye expresamente la servidumbre».

En el Derecho civil navarro fue una incorporación tardía en los trabajos prelegislativos sin contar con precedentes forales, y se incorporó como tercer párrafo de la ley 397 Fuero Nuevo. Vicente GUILARTE, *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, Madrid, Montecorvo, 1984, p. 398, ha criticado la inclusión del precepto en el cuerpo foral por innecesaria e injustificada.

Comenta FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., (*Tratado de Servidumbres* REBOLLEDO VARELA, A. L. (director) Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007 (2.ª ed), pp. 1518-9) que ello se debe a que la diferencia con la disposición del CC afecta a la dogmática de la institución, a su concepción y fundamento doctrinal, aunque carezca de relieve práctico en lo que a las consecuencias derivadas de su aplicación se refiere, ya que frente a la concepción voluntarista subyacente en el art. 541 CC, que asimila la persistencia del signo aparente de servidumbre al «título» —o acto constitutivo voluntario—, la ley 397 FN, al poner el acento en la consideración legal como servidumbre de la relación de servicios establecida con signo aparente entre fincas cuando su propiedad se separa, parece residenciar su fundamento en la propia Ley. La subsistencia del signo sin declaración en contrario determina legalmente la existencia de la servidumbre, con total abstracción de la efectiva voluntad al respecto del propietario disponente y de los adquirentes de las fincas afectadas por ella.

servidumbre por signo aparente conforme al modelo del artículo 541 del Código civil estatal²⁷, introduciendo las mejoras técnicas que consideró convenientes.

El artículo 566 CDFA («Constitución por signo aparente») establece: «1. La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario de ambas *se considerará suficiente, cuando se enajenare una, para que se entienda constituida la servidumbre*, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación. / 2. *La regla establecida en el apartado anterior se aplicará a las fincas resultantes por división o segregación de aquella sobre la que existiera el signo aparente*».

Como puede observarse, el artículo 566 CDFA sigue el modelo y redacción del artículo 541 CC, salvo en las diferencias que señalamos: «La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, *se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente*, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación *de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura*»²⁸,

Se intenta mejorar el texto del Código civil en la redacción aragonesa, al considerar la incorrección del art. 541 CC al indicar que la servidumbre «continuará», o que el signo aparente es «título» para que la servidumbre continúe. Por ello el art. 566 CDFA se refiere a la constitución de la servidumbre, y no a la continuación de la misma, como expresa el art. 541 C. Y la incorrecta invocación al «título» del art. 541 CC («se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente») conforme a la interpretación doctrinal mayoritaria²⁹, se cambia por la expresión jurídicamente más correcta de «se considerará suficiente, cuando se enajenare una, para que se entienda constituida la servidumbre», subordinando la configuración del signo aparente como título a la enajenación, y otorgando un menor protagonismo a la voluntad jurídica del enajenante frente a la constitución de servidumbre sobre finca propia (SAPZ 3 de abril de 2018).

²⁷ Algún miembro de la Comisión planteó que al haberse regulado la servidumbre sobre finca propia tenía menos sentido regular la constitución por signo aparente y que tal vez podría aplicarse la solución jurídica catalana. Pero otros miembros de la Comisión consideraron que el sistema catalán poco tenía que ver con el del Código civil o el aragonés, y que, por ello, aunque ambas soluciones eran razonables, el sistema aragonés estaba en la órbita del Código civil, por lo que parecía mejor mantener la solución del art. 541 CC, y por ello se decidió regular la constitución de servidumbre por signo aparente y «darle básicamente la redacción del art. 541 Cc» (*Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Patrimonial*. Acta 241, sesión de 11 de marzo de 2009, pp. 6 y 7).

²⁸ Se observa la coincidencia de ambos textos, salvo en las partes en cursiva que indican las diferencias entre las dos normas

²⁹ Por todos, REBOLLEDO VARELA, A. L., «Parte primera. Régimen general de las servidumbres», en *Tratado de servidumbres*, I (REBOLLEDO VARELA, coord.), 3.^a ed., Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2013, pp. 275 y ss.

También la Comisión Aragonesa de Derecho Civil decidió suprimir el inciso final del art. 541 CC («o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura»), por considerarlo innecesario, al valorar que el momento relevante para la existencia del signo aparente no es el de la escritura sino el de la enajenación, «y que el signo ha de existir en dicho momento ya resulta del texto». Por esta razón se cambia la expresión «si se enajenare una» del art. 541 por «cuando se enajenare una» del texto legal aragonés, de manera que «la existencia del signo aparente ha de darse cuando se enajene una de las fincas»³⁰.

El precepto aragonés, por tanto, dispone que el propietario que enajena una parte de la finca original puede oponerse al nacimiento de la servidumbre a través de la manifestación en contrario en el título de la enajenación, sin necesidad de añadir —como en el art. 541 CC— que también se considera acto contrario a la servidumbre hacer desaparecer el signo aparente antes del otorgamiento de la escritura, ya que se deduce del texto legal aragonés que dicho signo existe en el momento de la enajenación (que no lo considera incluido en el art. 566 CDEA la STSJA 16 de noviembre de 2016).

El Tribunal Supremo ha reafirmado el fundamento de esta servidumbre en la constitución voluntaria o tácita frente a la tesis de la constitución automática o *ex lege*, por el «reconocimiento del juego de la voluntad tanto respecto del acto de destinación del signo por el propietario común de ambas fincas, como requisito previo para su constitución, como a la falta de declaración en contra en el título de enajenación o transmisión de la finca, como condición para su existencia» (STS 22 de julio de 2016).

El contenido de la servidumbre que surja vendrá determinado por la existencia del signo aparente y el estado o relación de servicio establecido en el mismo fundo antes de la división (SAPHU 31 de marzo de 2017). En la STS 16 de octubre de 2019, en casación de la SAPHU 31/03/2017 (en aplicación todavía del art. 541 CC), se declara —siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo— que es la utilidad o conveniencia para el fundo dominante y no la necesidad, como en las servidumbres legales o forzosas, la que justifica la subsistencia de la servidumbre, en este caso, de paso.

El apartado segundo del art. 566 aclara que al no existir dos fincas antes de constituirse la servidumbre, la misma regla se aplica cuando el signo aparente existe sobre una finca que es objeto de división o segregación, requiriendo este supuesto la existencia de distintos titulares con independencia de la causa, ya sea por actos *inter vivos* o *mortis causa*, por la que se haya producido la segregación o división, y la *ratio iuris* del precepto opera igual en caso de enajenación de una de las dos fincas que en caso de división material de una sola finca (STS 10 octubre 1957 [RJ 1957, 2861]), como expresión de la amplitud del negocio jurídico

30 Acta 241, p. 7.

de constitución de la servidumbre (STSJA 24 de junio de 2013 y SSTs 19 de febrero y 22 de julio de 2016³¹).

No cabe, sin embargo, entender que cabe adquirir esta servidumbre en el caso de una transformación radical del servicio originario del signo aparente ya que, como indica la STS de 7 de marzo de 1991 (RJ 1991\2079), resulta rechazable que los continuadores se lucren de la situación de dependencia primitivamente existente entre dos inmuebles.

El legislador aragonés ha optado, como el catalán y el navarro, por incorporar al Código foral la regulación de la servidumbre por destino del padre de familia bajo la actual denominación de «constitución por signo aparente», que es el título del art. 566, y establecer en el art. 574, en sede de servidumbres de luces y vistas, y heredero del art. 145 de la Compilación, que los voladizos «son los únicos signos aparentes de servidumbres de luces y vistas», para cerrar definitivamente la impropia ampliación de signos aparentes que originó la remisión al art. 541 CC en la Compilación, pero guarda fidelidad con el art. 541 del Código civil, con diferencias en su redacción.

Respecto a la constitución de la servidumbre, el art. 562 CDFA otorga legitimación a los titulares de derechos reales posesorios para constituir una servidumbre, por lo que se plantea si el establecimiento del signo aparente de servidumbre puede ser llevado a cabo necesariamente por el dueño de la finca segregada, o si basta con que el mismo sea realizado por otra persona distinta. Aplicando el art. 541 CC, la SAP de Zaragoza (Secc. 4.ª) de 26 de octubre de 1999 rebate la argumentación del posible establecimiento del signo aparente por un arrendatario y, haciendo una lectura de las SSTs de 26 de enero de 1971, 8 de abril de 1988 y 14 de julio de 1999 (RJ 1999\6007), reconoce que no es necesario que sea el mismo propietario el que establece dicho signo aparente y el que enajena separadamente las fincas, que habían conservado el mencionado signo, pero exige en todo caso el establecimiento por la persona que ostenta las facultades dominicales, como expresamente menciona el art. 541 CC³². La profesora ALONSO intenta conciliar los arts. 562 y 566 CDFA, ya que el

³¹ STS 22 de julio de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:3976), respecto al art. 541 CC: «Por lo que se refiere a sus presupuestos de aplicación hay que precisar, en primer término, que el requisito de enajenación que contempla la norma está sujeta a una interpretación flexible conforme a la naturaleza de su constitución. De forma que quedan claramente comprendidos los supuestos en los que el titular de la finca matriz procede a su división. Caso, entre otros, de la división de la finca conforme a la constitución del régimen de propiedad horizontal».

³² Este parece ser el criterio más firme, y así lo afirma BONET (*La constitución voluntaria de las servidumbres por signo aparente*, Madrid, C.S.I.C., 1970, p. 119), pero ROCA JUAN, J. («Artículo 541», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 2.º, Madrid, 1978, *op. cit.*, pp. 71-72) —apoyándose en la STS de 26 de enero de 1971— considera que ha podido ser establecido por otras personas, y que el «establecimiento» del signo aparente puede equivaler a la *conservación* del mismo por el propietario actual que enajena, y es GUILARTE (*op. cit.*, pp. 444-446) quien considera que se parte del equívoco de presuponer que realizar la destinación, es decir, establecer la relación de servicio entre las

primero no reduce la posibilidad de los titulares de derechos reales limitados a un modo, como el voluntario por negocio jurídico, de constitución de servidumbres, y el art. 566 se refiere al propietario para exigir que sea él quien establezca el signo aparente, pero no está determinando quien va a ser el titular de la servidumbre constituida por lo que podría hacerlo a favor o en contra de los derechos de los usufructuarios³³. Entiende que cabe una mayor flexibilidad en la aplicación del art. 562 si se considera la constitución por signo aparente como una servidumbre voluntaria, pero no como servidumbre legal, pero REBOLLEDO considera —con relación al art. 541 CC— que «no podrán constituir el estado de hecho con eficacia originadora de servidumbre los simples poseedores o titulares de un derecho real o personal de uso y disfrute» porque la constitución por signo aparente carecería de la limitación temporal que es inherente a tal derecho³⁴.

2. LA APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA VIGÉSIMO TERCERA DEL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN

El Libro Cuarto del Código foral, sobre derecho patrimonial, cuenta con dos disposiciones transitorias, la vigésimo tercera referida a todo el Libro, pero de especial aplicación a las relaciones de vecindad y servidumbres, y la vigésimo cuarta referida específicamente al derecho de abolorio:

Vigésimo tercera. Aplicación inmediata

Las normas contenidas en el Libro Cuarto son aplicables de inmediato, desde el 1 de enero de 2011, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, a todas las situaciones contempladas en él.

Vigésimo cuarta. Derecho de abolorio.

La regulación del derecho de abolorio contenida en este Código es aplicable cuando la enajenación se haya realizado a partir del 1 de enero de 2011.

Correspondían estas disposiciones transitorias a la 1.^a y 2.^a de la Ley 8/2010,

dos fincas, equivale a gravar el fundo con una servidumbre, cuando la capacidad necesaria exigible para cada uno de los actos es distinta, y por ello admite la posibilidad del arrendatario para realizar tales actos, ya que el arrendatario común, art. 1571 con relación al 487, ambos del CC, permiten realizar obras útiles, siempre y cuando no alteren la forma y la sustancia de la cosa arrendada.

³³ Lo fundamenta en el siguiente caso: «un único propietario de dos fincas, que establece un signo aparente —o que, existiendo ese signo no lo hace desaparecer—; con posterioridad, este propietario constituye sobre cada una de las fincas usufructos a favor de titulares distintos, siendo que en el título constitutivo no dice nada en contra de la servidumbre. En tal caso, creo que debe poder afirmarse que se ha constituido una servidumbre a favor y en contra de los dos derechos de usufructo...». ALONSO PÉREZ, T., “Constitución y extinción de las servidumbres”, en Carmen BAYOD (coordinadora), *Derecho civil patrimonial*, Institución «Fernando el Católico»-DPZ, Zaragoza, 2013, pp. 170-1.

³⁴ REBOLLEDO VARELA, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 234.

de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, que entró en vigor el 1 de enero de 2011, y posteriormente se refundieron en el Código del Derecho Foral de Aragón, que entró en vigor el 23 de abril de 2011.

La vigésimo tercera, bajo la rúbrica «Aplicación inmediata», dispone que las normas del Libro IV son de aplicación inmediata a todas las «situaciones» contempladas en él desde la entrada en vigor de la Ley de Derecho civil patrimonial (1 de enero de 2011). Se justifica en el Preámbulo del Código (44) porque: «La mayor parte de las disposiciones del Libro Cuarto son de aplicación inmediata a todas las situaciones, aun anteriores al 1 de enero de 2011, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, como corresponde de ordinario al estatuto de la propiedad, y es más oportuno en este caso habida cuenta de los pocos cambios sustantivos introducidos en su regulación. La excepción es la regulación del derecho de abolorio, que, en atención a algunas modificaciones, solo será aplicable cuando la enajenación sea posterior al 1 de enero de 2011».

Parece sencilla la interpretación y aplicación de la disposición transitoria 23.^a, de acuerdo con el texto legal y el apoyo interpretativo del Preámbulo, en el sentido de que cualquier «situación» referida a los derechos reales regulados, aunque hubieran nacido con anterioridad como, por ejemplo, la constitución de una servidumbre, no se regirían ya por la Compilación aragonesa o el Código civil sino por la Ley 8/2010 y, posteriormente, por el Código del Derecho Foral, y por ello la disposición transitoria 24.^a establece una excepción para el derecho de abolorio, aplicándose el Código foral si la enajenación se había producido con posterioridad al 1 de enero de 2011³⁵.

El sentido de «aplicación inmediata» de la disposición y el Preámbulo es el criterio seguido por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, que al debatir la propuesta de lo que finalmente sería la disposición transitoria 1.^a de la Ley de Derecho Patrimonial (actual DT 23 CDFA) sobre aplicación inmediata a todas las situaciones reguladas, barajó la posibilidad de incluir una aclaración indicando que sería aplicable «incluso a las situaciones constituidas con anterioridad», pero no se incluyó por valorarse que podía debilitar el criterio de aplicación inmediata, aunque sí se consideró adecuada «la referencia a situaciones

³⁵ BAYOD LÓPEZ, M. C.: «De los contratos sobre ganadería. Disposiciones transitorias. Disposición derogatoria y Disposiciones finales», en BAYOD, C (coord.) *Derecho civil patrimonial aragonés*, 2013, p. 330. Y CALATAYUD SIERRA, A., «Disposiciones transitorias del Código del Derecho Foral de Aragón», en *Actas de los Vigésimoprimeros encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, p. 140. Adolfo Calatayud, miembro de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, indica que la DT 23.^a se aplica a la regulación de relaciones de vecindad y servidumbres, y «da igual la fecha de adquisición de la propiedad o de constitución de la servidumbre»; para añadir a continuación que «parece que incluso en las situaciones resueltas con anterioridad por sentencia judicial no podrá evitarse la aplicación inmediata de la nueva regulación, ya que ésta devino aplicable al entrar en vigor la Ley de Derecho civil patrimonial, con independencia de las vicisitudes experimentadas hasta entonces».

jurídicas que salvará cualquier interpretación de su alcance en derechos reales y obligaciones»³⁶.

La disposición transitoria 23.^a se inspiró en la de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, la octava actual del Código foral, referida al Libro Segundo, y también bajo la rúbrica de «Aplicación inmediata»³⁷, y quería evitar entrar a regular una lista minuciosa de casos aplicando una regla general, que afecta a actos realizados con anterioridad y que pudiera orientar la actuación de los órganos jurisdiccionales³⁸.

Se trataba también evitar la polémica doctrinal y jurisprudencial que ocasionó la disposición transitoria 9.^a de la Compilación de 1967 («Las disposiciones relativas a apertura de huecos en pared propia o medianera (artículo ciento cuarenta y cuatro) serán también aplicables a las ya construidas al tiempo de

³⁶ *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Patrimonial.* Acta 252, de 18 de noviembre de 2009, p. 4.

³⁷ «Octava. Aplicación inmediata.

Las normas de los Títulos Primero, II, III, IV y V del Libro Segundo son aplicables de inmediato, desde el 23 de abril de 2003, fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio o de inicio del usufructo viudal, con las excepciones señaladas en las tres disposiciones siguientes».

La STSJ de 8 de julio de 2005 (Roj: STSJ AR 1643/2005 - ECLI:ES:TSJAR:2005:1643, ponente Manuel Serrano Bonafonte) no aplica retroactivamente la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, por haber ocurrido los hechos con anterioridad a su entrada en vigor, al denunciarse en el recurso de casación la indebida aplicación de las disposiciones transitorias 1.^a y 2.^a de la Ley (actuales 8.^a y 9.^a CDFA). Contempla los efectos sobre matrimonio contraído con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 2003, la STSJ de 14 de mayo de 2010 (RDCA-XVI-2010, marginal 5, Fernando Zubiri de Salinas)

Sobre la competencia del TSJ Aragón en recursos de casación con invocación conjunta de normas del Código civil y de Derecho civil aragonés (sobre la que tratamos más adelante), y sobre la aplicación de la disposición transitoria 9.^a CDFA, referente también a la Ley 2/2003, *vid.* Auto Tribunal Superior de Justicia de Aragón (sala 1.^a) de 27 de noviembre de 2020 (Roj: ATSJ AR 83/2020 - ECLI:ES:TSJAR:2020:83.^a, ponente Ignacio Martínez Lasierra).

38 En intervención del presidente de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, el profesor Jesús Delgado, en sesión y Acta previamente citadas p. 4, defiende que la aplicación inmediata también afecta a actos anteriores y que requiere el acuerdo de la Comisión, que finalmente aprobó el texto de la disposición transitoria 1.^a, mencionándose una fecha indicativa, pensando especialmente en las disposiciones transitorias de la Compilación para mantener la transitoriedad específica en cada una de las leyes, como ocurrió entre el Apéndice y la Compilación (p. 5) .

Explica DELGADO ECHEVERRÍA, J, en *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General. Volumen primero. Introducción*, LACRUZ BERDEJO, J.L. et alii, 3.^a edición puesta al día por J. DELGADO, Madrid, Dykinson, 2002, que los grados de retroactividad, con su utilidad para la tarea interpretativa sobre el alcance temporal de la norma, ampliamente utilizados por la doctrina y tribunales españoles no es sin embargo la doctrina más extendida en otros países, en los que ha alcanzado notable aceptación la doctrina del «efecto inmediato» de la ley, que constituiría la regla en ausencia de otra manifestación del legislador. Y explica que «en virtud de esta regla, una ley nueva debe aplicarse de inmediato a las situaciones en curso a partir del día de su entrada en vigor, de manera que solamente la remoción de efectos ya concluidos o consumados de esa situación entrañaría retroactividad», p. 213.

entrar en vigor la Compilación»), que originó una viva discusión sobre si se refería a las paredes ya construidas al entrar en vigor la Compilación, tesis que se impuso mayoritariamente, y no a los huecos ya existentes, y el grado de retroactividad de la norma, cuando la solución más sencilla era considerar que lo que establecía la Compilación respondía a las situaciones ya contempladas en el Derecho histórico aragonés que han tenido el mismo régimen en Aragón desde las Observancias (STS 30 de octubre de 1983)³⁹.

En las sentencias de los Tribunales aragoneses desde 2011, la disposición transitoria 23.^a ha sido objeto de interpretaciones diversas y en algunos casos, contradictorias. Se citan en primer lugar algunas sentencias referidas a relaciones de vecindad y servidumbres, para examinar posteriormente la aplicación de los artículos 541 CC y 566 CDEA.

Algunas sentencias de las Audiencias y del Tribunal Superior aplican dicha disposición transitoria a situaciones nacidas con anterioridad al 1 de enero de 2011 y aplican los preceptos de derechos reales del Código foral. Así, por ejemplo, la SAPZ de 24 de julio de 2012 (Roj: SAP Z 1786/2012-ECLI: ES:APZ:2012:1786, Alfonso María Martínez Areso), sobre la naturaleza medianera de una pared, atiende la petición de la demandada de aplicación de los arts. 545 y 547 CDEA, que correspondían a los arts. 9 y 11 de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de

³⁹ Vid. ARGUDO PÉRIZ, J. L., «Parte sexta. Las servidumbres en el Derecho aragonés», en REBOLLEDO VARELA, A. L. (director), *Tratado de Servidumbres*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007 (2.^a ed), pp. 1296-1299.

La SAPZ (Sección 2.^a) de 2 de marzo de 2010 (Roj: SAP Z 387/2010 - ECLI: ES:APZ:2010:387, ponente Francisco Acín Garós) expresa (FD 2.^o) que “dado que el demandado manifestó en su interrogatorio que su inmueble tenía una antigüedad de 80-100 años, admitiendo que el de la actora era anterior en el tiempo-, hay que conectar con la Disposición Transitoria Novena de la Compilación —«Las disposiciones relativas a apertura de huecos en pared propia o medianera (art. 144) serán también aplicables a las ya construidas al tiempo de entrar en vigor la Compilación»—, cuya interpretación —si la expresión «ya construidas» se refiere a las paredes, propias o medianeras, o a los huecos— y grado de retroactividad ha suscitado dudas en la doctrina”. Y destaca que la posición doctrinal “más autorizada sostiene que, dado que la Disposición se dictó para corregir desviaciones jurisprudenciales en la interpretación del derecho histórico en este punto, lo que hay que entender es que la Compilación reafirma el régimen tradicional en luces y vistas, vigente sin solución de continuidad desde la Observancia 6.^a «De aqua pluviali arcenda» hasta la actualidad. Sentido en el que se manifestó la STS 30-10-1983, que en un caso en el que las ventanas tenían una antigüedad de 150 años y daban a un patio en el que su propietario quería edificar, rechazó la posibilidad de la prescripción inmemorial por entrar en contradicción con un estado de tolerancia vecinal y declaró que la pretensión de adquisición de una servidumbre no cabía ni con el Derecho anterior ni con la Compilación”.

Vid. también STSJA 23 febrero 2005 (Roj: STSJ AR 414/2005 - ECLI:ES:TSJAR:2005:414, ponente Fernando Zubiri de Salinas). Fundamento de Derecho 3.^a.

Y ARBUÉS AÍSA, D., «Relaciones de vecindad. Luces y vistas», *Derecho civil patrimonial aragonés*, Zaragoza, IFC 2013, pp. 134-5 señala como desaparece con el Código la referencia a “paredes”, que es sustituida por la expresión “situaciones” junto con la expresión “aplicables de inmediato”, y extrae una consecuencia extrema: «con independencia de la fecha en que se hay construido la pared o se haya abierto el hueco, incluso en la vigencia de las Observancias, será de aplicación la nueva normativa».

Derecho Civil Patrimonial en virtud de «su *Disposición Transitoria Primera*, luego Vigésimo cuarta [sic] en el Código de Derecho Foral de Aragón , epigrafiada como «Aplicación inmediata» afirmaba que «las normas de esta Ley serán aplicables de inmediato a todas las situaciones contempladas en ella». Y aplicado al caso, «a la vista de la regulación, que permanece idéntica aunque más desarrollada, ha de estimarse que dada la libertad del derecho aragonés a la apertura de huecos que no perjudiquen a nadie en las relaciones de vecindad, la existencia de una ventana, como parece ser el caso, en modo alguno es un signo contrario a la existencia de medianería, no siendo de aplicación el CC»⁴⁰.

La STSJA 17 de noviembre de 2014 (Roj: STSJ AR 1605/2014-ECLI:ES:TSJAR:2014:1605, Ignacio Martínez Lasierra) aplica también la normativa del Código foral a una situación de modificación de servidumbre, que la Audiencia había resuelto con cita de varios artículos de Derecho común y aragonés pero aplicando finalmente el art. 543 CC; y la parte recurrida en casación alega la contradicción de invocar normas aragonesas por el recurrente, y que las obras sobre el predio dominante de la servidumbre se habían realizado en el año 2010, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2010, de Derecho civil patrimonial. El TSJ defiende la invocación y aplicación de las normas del Código foral y que en las sentencias anteriores no se aclara la fecha de finalización de las obras, «y, fundamentalmente, ha de tenerse en cuenta que la Disposición Transitoria Vigésimo tercera del CDFA ordena la aplicación inmediata, desde el 1 de enero de 2011, de las normas sobre esta materia a todas las situaciones contempladas en el Libro Cuarto, aun anteriores a dicha fecha como dice el Preámbulo del CDFA». La sentencia en casación declara infringido el art. 571 CDFA sobre extinción de servidumbres.

En otros casos, como la STJA de 6 de febrero de 2013 (Roj: STSJ AR 3/2013 -ECLI:ES:TSJAR:2013:3, ponente Emilio Molins García-Atance) sobre servidumbre de paso, ante la invocación de la demandante que invoca la aplicación del Código foral de acuerdo con la disposición transitoria 23.^a, distingue dos situaciones ocurridas en los años 2001 y 2011, y aplica a la primera la Compilación y el Código civil y a la segunda el plazo de usucapión de servidumbres aparentes de los arts. 568 (anterior art. 147 Compilación) y 570 CDFA, aunque determina que la recurrente no había probado suficientemente la continuidad en el paso para su adquisición por usucapión. Tampoco aplica directamente el Código foral a una situación surgida con anterioridad, aunque la solución del Código contemplaba el concreto supuesto, la SAPZ 13 de septiembre de 2013 (Roj: SAP Z 1883/2013 -ECLI:ES:APZ:2013:1883, Antonio Luis Pastor Oliver) en relación a un corte de ramas de árboles entre comunidades de propietarios, no aplica

⁴⁰ En casación, uno de los motivos del recurso es «la infracción —indebida aplicación— del art. 547.2 y 545.1 del Código de Derecho Foral de Aragón, y Disposición Transitoria 23.^a de dicho texto legal» pero la STSJA 19 de febrero de 2013 (Roj: STSJ AR 4/2013 -ECLI: ES:TSJAR:2013:4, Carmen Samanes Ara), no entra finalmente en este motivo.

directamente los arts. 538 y 539.4 CDFA por considerar que no estaban vigentes en el momento de la ejecución, pero le sirven como principios inspiradores de las relaciones de vecindad en la Compilación. En casación denuncian los recurrentes la aplicación del Código foral en relación con la disposición transitoria 23.^a, pero la STSJA de 12 de febrero de 2014 (Roj: STSJ AR 284/2014 - ECLI:ES:TSJAR:2014:284, Luis Ignacio Pastor Eixarch) estudia la posible responsabilidad civil extracontractual para concluir que no se produjo daño con el corte de ramas «que es requisito esencial y previo a la posible declaración de responsabilidad extracontractual, lo que conlleva, con desestimación del recurso interpuesto, el rechazo de la pretensión indemnizatoria de la parte actora. Sin que sea procedente ya entrar a conocer del resto de motivos del recurso sobre legislación aragonesa aplicable a las relaciones de vecindad y sus efectos».

3. SENTENCIAS DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 541 CC Y 566 CDFA DESDE LA ENTRADA EN VIGOR DEL CÓDIGO FORAL ARAGONÉS

Aplica el art. 541 CC la STSJA 11/2013, 21 de febrero de 2013 (RDCA-XIX-2013, marginal 12, Ignacio Martínez Lasierra) en casación de la SAPZ (Sección 4.^a) 20 de julio de 2012, alegando el recurrente como motivo de casación «inaplicación del art. 541 del Código Civil, en relación con la regulación del derecho foral de Aragón en materia de servidumbres, concretamente el artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, hoy artículo 568 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA)». El Tribunal Superior aprecia, con la sentencia recurrida, la inexistencia de signo aparente de servidumbre de paso «y tal conclusión, fundada de manera inequívoca en las circunstancias físicas descritas, no ha sido combatida por la única vía posible a tal fin, el recurso extraordinario por infracción procesal, de tal forma que el resultado de la prueba que ofrecen ambas instancias, del que deducen que no existe signo aparente de servidumbre de paso, *no permite apreciar que haya resultado infringido el artículo 541 CC. pues falta el primero de sus presupuestos, que es la existencia de signo aparente de servidumbre por lo que el primer motivo del recurso debe ser rechazado*» (FD 3.^o).

Y aplica el art. 145 de la Compilación, y por remisión de la misma el art. 541 CC, la STSJA 25/2013, 24 de junio de 2013 (RDCA-XIX-2013, marginal 30, Fernando Zubiri de Salinas), que casa la SAPZ (Sección 5.^a) 12 de noviembre de 2012, aunque se planteó como motivo del recurso de casación la infracción del art. 566 CDFA (antiguo art. 145 Compilación) sobre constitución de servidumbre por signo aparente.

La parte actora, en el ejercicio de la acción confesoria de luces y vistas, planteó en primer lugar la adquisición de dicha servidumbre conforme a lo establecido en el art. 145 de la Compilación, que se remite al art. 541 CC, actual art. 566 del CDFA, al existir un «claro signo de servidumbre de luces y vistas (balcón corrido) sobre la finca segregada, y no diciéndose nada en contra en dicho título, es evidente que por disposición legal queda establecida dicha servidumbre» (FD 5.^o, apartado 2.^o, de la demanda). Con carácter subsidiario, y dada la

existencia de signo aparente, invocó la adquisición de la servidumbre por usucapión. Ambas sentencias, la de instancia y de la Audiencia, determinan la no existencia de título escrito de creación de servidumbre y no haber sido adquirida por usucapión por el transcurso de 10 años.

El TSJA admite el motivo del recurso «porque concurren los presupuestos fácticos para llevar a efecto la consecuencia jurídica prevista en el art. 145 de la Compilación de Derecho civil de Aragón, vigente en el momento en que se produjo la segregación de la finca, regulación que en este punto es similar a la hoy recogida en el art. 566 del CDFA. Se trata de la constitución de la servidumbre por el titular del predio, que posteriormente es dividido, habitualmente denominada constitución por el padre de familia». El signo aparente era un balcón corrido que continuó existiendo después de la segregación de parte de la finca, transmitida a la demandada, y también tras la adquisición de herencia por parte de ambos litigantes, una vez fallecido su progenitor: dicho «balcón tiene consideración legal de voladizo, a los efectos prevenidos en los preceptos citados, sin que el hecho de que posteriormente se haya modificado la forma, dejando de ser un balcón corrido para construir dos balcones con barandilla, separados entre sí pero con el mismo vuelo que tenía el anterior, afecte a la existencia del voladizo como signo aparente de constitución de la servidumbre».

La STSJA 26/2016, 16 de noviembre de 2016 (RDCA-XXIII-2017, marginal 24, Manuel Bellido Aspás) que resuelve en casación sobre la SAPHU 5 de mayo de 2016, aplica el art. 541 CC por entender que la servidumbre se constituyó con anterioridad al 1 de enero de 2011, sin tener en cuenta la regla de la disposición transitoria 23.^a, al igual que hará la SAP HU de 31 de marzo de 2017, y cuyo recurso de casación resolvió la STS de 16 de octubre de 2019.

La STSJA 16 de noviembre de 2016 entiende que las servidumbres sobre las que se discute solo podrían haberse constituido, en su caso, por destino de padre de familia conforme al art. 566 CDFA o 541 CC (por ser derechos anteriores al 1 de enero de 2011) y no por usucapión, por no haber transcurrido el tiempo suficiente para su adquisición. Pero respecto a una de las servidumbres, la Audiencia concluye que tampoco puede afirmarse su constitución por destino del padre de familia, puesto que no quedó acreditado que al tiempo de separarse las propiedades estuviera marcado sobre el terreno el camino, ni que dicho camino comunicase con la finca dominante. Expone el Tribunal Superior que *«en una pretendida servidumbre de paso, para su adquisición por destino del padre de familia o por usucapión, la apariencia no la da el uso, naturalmente discontinuo, sino los signos exteriores marcados sobre el terreno a modo de senda, camino o carril, proclamando una relación de subordinación/dominio entre las fincas que ha de estar presente en el momento de la separación de las propiedades (destino del padre de familia) o durante todo el tiempo durante el cual se consolida la usucapión».*

Concluye que se han constituido las servidumbres por destino del padre de familia, conforme al art. 541 CC, y aclara un equívoco por la referencia en la sentencia a que, «si no se hubieran hecho desaparecer los signos externos de los

pasos cuando las fincas dejaron de estar bajo un mismo dueño», que indica no es una afirmación, sino, simplemente, la mención expresa del requisito exigido por dicho precepto y “no se está refiriendo a que en ella se hicieron desaparecer los signos externos, lo que contradeciría lo dispuesto en el art. 541 CC —que exige que la desaparición de los signos externos sea anterior al otorgamiento de la escritura—, puesto que si lo que se quiere es poner fin a la servidumbre en ésta, nos encontramos ante el otro supuesto de precepto —único contemplado en el art. 566 CDFA— que permite, para que la servidumbre no continúe tras la separación de las fincas, que «se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas». En realidad, el precepto aragonés dispone que el propietario que enajena una parte de la finca original puede oponerse al nacimiento de la servidumbre a través de la manifestación en contrario en el título de la enajenación, sin necesidad de añadir —como en el art. 541 CC— que también se considera acto contrario a la servidumbre hacer desaparecer el signo aparente antes del otorgamiento de la escritura, ya que se deduce del texto legal aragonés que dicho signo existe en el momento de la enajenación.

La SAPZ (Sección 4.^a) 25 noviembre 2020 (ponente Juan Ignacio Medrano Sánchez) (Roj: SAP Z 1630/2020 - ECLI:ES:APZ:2020:1630), aplica exclusivamente el art. 541 CC, aunque se denuncia en el recurso de apelación que la sentencia de instancia había aplicado retroactivamente el art. 566.2 CDFA, a la división o segregación de la finca en 1985. El recurrente alega, con base en el art. 541 CC que no hay servidumbre de paso, llamando la atención sobre el hecho de que tal servidumbre no se mencionó en la escritura de segregación, ni en la finca original, sin que se contemplara pasillo lateral alguno, «reconociendo sí que en los primeros años, por meras razones de vecindad, permitió el acceso de camiones de suministro a los distintos inquilinos de la finca segregada». Sin embargo, el Tribunal no está de acuerdo con esta alegación, y con cita de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el art. 541 CC, determina (FD 5.º) que «el propietario inicial de la total finca suma de las hoy dos parcelas, segregó una parte para transmitirla como dación en pago de una deuda que mantenía con el nuevo propietario de la segregada, a la que le resultaba, como se ha dicho, no solo útil sino necesaria para el aprovechamiento económico industrial de la finca segregada, por lo que puede considerarse incontestable que existió voluntad del anterior propietario de la total finca antes de la segregación de conformar ese paso a través del pasillo lateral como verdadera servidumbre y no como acto meramente tolerado».

Aplica el art. 566 CDFA, pero realiza una cita conjunta con el art. 541 CC, la SAPT 5 de marzo de 2013 (RDCA-XX-2014, marginal 42, Fermín Francisco Hernández Gironella) en relación a una servidumbre de paso que la sentencia de instancia califica de voluntaria, con una anchura de unos ocho o nueve metros, mientras que el recurrente la considera como una servidumbre forzosa de paso, que tendría una anchura de un metro, suficiente para las necesidades del predio dominante. La Audiencia confirma el planteamiento de la sentencia de instancia, al partir de que ambas parcelas pertenecieron en su momento a un mismo propietario, que la repartió a su fallecimiento. Así las cosas, indica la sentencia,

«resulta evidente que si al tiempo de producirse la división no se hizo constar la voluntad contraria se constituyó una servidumbre de paso por signo aparente habida cuenta que tanto el artículo 541 del C. Civil como el 566 del Código de Derecho Foral de Aragón establecen que la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario de ambas se considerará suficiente, cuando se enajenare una, para que se entienda constituida la servidumbre, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación», aunque el texto legal corresponde al art. 566 CDFA, que no coincide exactamente con el tenor literal del art. 541 CC⁴¹.

4. COMPETENCIA EN RECURSOS DE CASACIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE OCTUBRE DE 2019

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2019 (Roj: STS 3238/2019, ponente Antonio Salas Carceller) resuelve en casación sobre la SAP Huesca de 31 de marzo de 2017 (Roj: SAP HU 116/2017 - ECLI: ES:APHU:2017:116, ponente Antonio Angós Ullate), con el único motivo de casación fundado en la aplicación del artículo 541 CC, pese a que en las instancias inferiores se habían citado conjuntamente los artículos 541 CC y 566 CDFA, por lo que provoca cierta perplejidad inicial que el recurso de casación se presentase y resolviese por el Tribunal Supremo.

El *iter* procesal fue el siguiente:

La SAP Huesca de 31 de marzo de 2017 (Roj: SAP HU 116/2017) examinó el recurso de apelación planteado contra la Sentencia de 9 de febrero de 2015 del

⁴¹ La SAP de 13 de octubre de 2017 (Roj: SAP TE 140/2017 - ECLI: ES:APTE:2017:140, M.^a Elena Marcen Maza) destina la existencia de una servidumbre de luces y vistas por destino de padre de familia de acuerdo con el Código foral y no reconoce los signos aparentes de acuerdo con el art. 574 CDFA.

La SJPII n.º 2 Ejea de los Caballeros (Zaragoza) de 10 de diciembre de 2021, sentencia n.º 000121/2021, aplica los arts. 561 y 566 CDFA para constatar la posible existencia de una servidumbre de desagüe o escorrentía, distinta a la servidumbre natural de aguas, que el demandante niega y los demandados defienden que las fincas proceden de un mismo propietario habiéndose procedido en el año 1966 a la división de finca, creándose dos “porciones”. Que la «agüera» existía con anterioridad a la división de la finca y el propietario de la misma, decidió romper parte de la agüera para derivarlas aguas por su propia finca y evitar dañar el camino (FD 1). Para la resolución del caso valorando si existe signo aparente y utilidad de la servidumbre, invoca (FD 3.º) la STS de 9 de febrero de 2016, que declara como doctrina jurisprudencial (fundamento jurídico 4.º) que “en el caso de la servidumbre por destino, prevista en el artículo 541 CC, —equivalente a nuestro artículo 566 del CDFA— únicamente cabe estimar su subsistencia cuando represente una verdadera utilidad para el predio dominante, aun cuando no se haga desaparecer el signo ni se formule manifestación en contrario en los títulos de enajenación.” En el presente caso, no se cumple el anterior presupuesto, a la vista de las conclusiones contenidas en el informe pericial aportado por el propio demandado, cuando dice, expresamente, que: “La recuperación del antiguo trazado de ambas agüeras aportará mejoras a las dos parcelas, evitando lo daños en la parcela 281.”

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Huesca, sobre acciones confesorias de servidumbre.

En la Demanda del Juzgado de Primera Instancia se solicita el reconocimiento de una servidumbre de paso entre dos predios señalando las medidas, «al amparo de lo establecido en los art. 541 del Código civil y 566 del Código de Derecho Foral de Aragón». La sentencia desestima la demanda y condena en costas a la actora.

En la SAP Huesca de 31 de marzo de 2017 el recurso de apelación se funda la acción confesoria de servidumbre de paso —en favor de la casa ahora propiedad de los actores en detrimento de un callejón o solar situado de la misma calle perteneciente a los demandados— en la existencia de un título constitutivo; subsidiariamente, en la constitución por destino del padre de familia; y subsidiariamente, en la usucapión por el transcurso de 10 años e incluso por posesión inmemorial.

Se rechaza la constitución por acto o negocio jurídico. Los datos que constan en el título de adquisición del dominio por parte de los apelantes y en las inscripciones registrales relativas a la finca revelan la existencia de título constitutivo de una servidumbre de paso, sino que se limitan a describir sus límites empleando términos tales como “paso a corrales”, “entrada a varios corrales” o “bago”, referentes a un callejón de la misma calle, pero no a ningún título de constitución de la servidumbre de paso, ni mucho menos en virtud de un acto o negocio jurídico concreto.

En cuanto a la constitución por signo aparente o por destino del padre de familia, negada la constitución por título, comprueba la Audiencia (FD 4.º) «si concurren los requisitos necesarios para la adquisición de la servidumbre de paso por signo aparente o por destino del padre de familia, según el artículo 541 del Código civil aplicable en la época en la que sucedieron los hechos objeto de controversia (actual artículo 566 del Código de Derecho Foral de Aragón, aplicable a partir del 1 de enero de 2011, según su disposición transitoria vigésimo tercera referida al libro cuarto), los cuales son los siguientes, según una jurisprudencia conocida (...): a) dos predios pertenecientes a un solo propietario; b) un estado de hecho entre ambos del que resulte por signos visibles y evidentes que el uno presta al otro un servicio determinante de una servidumbre; c) que estos signos demostrativos de la servidumbre fueran establecidos por el dueño común, el “padre de familia”; d) que uno de los predios sea enajenado por éste sin establecerse nada en contra de la pervivencia de tal servidumbre».

En el caso litigioso, la demandada, hasta el día 5 de agosto de 1998, cuando transmitió la casa era propietaria de dicha finca y, además, del callejón o solar, y existía un signo aparente de servidumbre de paso establecido por el dueño común (el padre de la demandada, cuya actuación fue asumida por la propia demandada), cual era la puerta, “cuya configuración y características implican una apariencia o signo visible y evidente de paso —a modo senda, camino o carril—” desde la parte trasera del edificio hasta la vía pública pasando por el

callejón... Y añade que tal como indica la jurisprudencia⁴² «no es necesario que el signo aparente de servidumbre lo cree el propio dueño de ambos fundos, sino que basta con que, constando previamente las servidumbres a favor o en contra de las respectivas fincas, el adquirente de ellas, si una vez bajo su titularidad no las hace desaparecer». Por otra parte, el padre de la demandada en el momento de transmitir el inmueble «no hizo nada por eliminar la apariencia de servidumbre de paso, de la que luego se han aprovechado los subsiguientes propietarios»⁴³.

Concluye el Tribunal que concurren todos los requisitos para entender constituida la servidumbre de paso por signo aparente o destino del padre de familia, lo que hace innecesario analizar la pretensión subsidiaria de constitución de la servidumbre de paso por usucapión por el transcurso de diez años o por posesión inmemorial, y por ello estima parcialmente la demanda y declara la existencia de una servidumbre de paso por signo aparente o destino del padre de familia.

La demandada en apelación «interpuso recurso de casación por interés casacional, fundado como motivo único en la infracción del artículo 541 del Código Civil en relación con la jurisprudencia de esta sala» (FH 3.º), que fue admitido por Auto del Tribunal Supremo. Sala de lo civil de 8 de mayo de 2019 (Roj: ATS 4842/2019, ponente magistrado Ignacio Sancho Gargallo) y resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo (1.ª) de 16 de octubre de 2019 (Roj: STS 3238/2019 - ECLI: ES:TS:2019:3238, ponente el magistrado Antonio Salas Cárceller).

En el Fundamento de Derecho Segundo, se expresa que «El recurso contiene un solo motivo, que se formula por infracción del artículo 541 CC, con infracción de la doctrina jurisprudencial en referencia a dos sentencias de esta sala: la núm. 85/2016, de 19 de febrero, y la núm. 524/2016, de 22 de julio».

La parte recurrente alega que la Audiencia Provincial consideró existente y subsistente la servidumbre aun cuando la finca beneficiada tiene acceso directo

42 Con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1991 (ROJ: STS 13159/1991 - ECLI:ES:TS:1991:13159 Recurso: 39/1986) y de 8 de abril de 1988 (ROJ: STS 9906/1988 - ECLI:ES:TS:1988:9906).

43 Sigue la sentencia (FD 4.ª) indicando que: «Esta apariencia de paso desde la puerta hasta la calle tampoco queda desvirtuada por que el padre de la demandada pudiera haber cerrado el acceso del callejón desde la vía pública con un latón (declaración de la propia demandada), con una chapa (declaración del testigo Sr. Ismael) o con unas tablas mal clavadas (declaración del testigo Sr. Justino), puesto que tal cierre no elimina el uso del callejón a favor de la casa del número NUM000 por el mismo dueño viniendo precisamente desde la vía pública. Además, no consta que la chapa o tablonés de cierre del callejón colocados por el padre de la demandada se hubieran mantenido por ella misma después de la muerte de su padre (ocurrida en mayo de 1997, como hemos dicho) y hasta el 5 de agosto de 1998, cuando la Sra. María Rosario aportó el inmueble del número NUM000 a la sociedad INTEGRADOS METODOLÓGICAMENTE, S.L., momento en que no hizo nada por eliminar la apariencia de servidumbre de paso, de la que luego se han aprovechado los subsiguientes propietarios, como los aquí demandantes».

a la vía pública, prescindiendo valorar la necesidad o verdadera utilidad de la servidumbre, y por ello alega que «la sentencia impugnada se opone a la doctrina jurisprudencial fijada por esta sala en la sentencia 85/2016, de 19 de febrero, que exige, para la subsistencia de la servidumbre por destino del padre de familia, prevista en el artículo 541 CC, una verdadera utilidad para el predio dominante, aun cuando no se haga desaparecer el signo ni se formule manifestación en contrario en los títulos de enajenación».

La parte recurrida alegó como causas de inadmisibilidad del recurso el hecho de haber sido citada una sola sentencia de la sala 1.^a del Tribunal Supremo como fundamento del interés casacional, cuando fueron dos las sentencias citadas, que contienen además la misma doctrina, y se refirió «a una serie de cuestiones que son más propias de la resolución del recurso que de un planteamiento de inadmisión», por lo que no parece que pusiera en duda la competencia del Tribunal Supremo para resolver el recurso de casación.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación por ser doctrina jurisprudencial reiterada, por las sentencias citadas de 85/2016, de 19 de febrero y la 524/2016, de 22 de julio, que la servidumbre por destino del padre de familia del artículo 541 CC «únicamente cabe estimarla subsistente en el supuesto de que represente una verdadera utilidad para el predio dominante, aun cuando no se haya hecho desaparecer el signo aparente ni se formule manifestación en contrario en los títulos de enajenación», y la de 22 de julio de 2016 añade que «este criterio de utilidad, como requisito de la citada servidumbre, no se proyecta como una prevalencia del requisito o nota de necesidad o servicio para el predio dominante, propia de las servidumbres legales, sino como una exigencia de comprobación de que la utilidad, comodidad o conveniencia que en su día pudo llevar a la constitución de dicha servidumbre sigue existiendo en la actualidad».

Por ello reafirma el criterio de la Audiencia de Huesca de que en «las servidumbres voluntarias —como es la prevista en el artículo 541 CC— no se precisa necesidad —en este caso del paso— sino que basta la utilidad o conveniencia para el predio dominante que supone contar con un nuevo acceso hacia su predio con independencia de que el mismo tenga salida a la vía pública y por tanto la misma servidumbre no hubiera podido constituirse con carácter legal. De ahí que dicha servidumbre se extinguiría, según dispone el artículo 546- 3.º CC, únicamente cuando los predios vengan a tal estado “que no pueda usarse de la servidumbre” y no cuando ésta no resulte necesaria, que es lo pretendido por los recurrentes».

El final de este Fundamento de Derecho tercero, anterior a que el Tribunal Supremo declare la desestimación del recurso, plantea otra cuestión que no explica la sentencia cual es que al aceptar el criterio de la Audiencia de la aplicación del artículo 541 CC, por referirse a hechos ocurridos con anterioridad al 1 de enero de 2010, acepta también que las causas de extinción de las servidumbres en Aragón son las del artículo 546 del Código civil y no las del art. 571 del

actual Código foral aragonés, a pesar de realizar la sentencia un planteamiento hipotético sobre la extinción de la servidumbre que, como declara sus subsistencia en la actualidad, se produciría en el futuro. La causa de extinción del art. 546.3.º CC, («cuando los predios vengán a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre»), no coincide con ninguna de las causas establecidas en el Código aragonés, pero hay que considerarla incluida en la causa de extinción de servidumbres del art. 571.1.f CDFA («la pérdida total de la finca sirviente o de la dominante»), interpretándose el precepto aragonés en el sentido que la pérdida total puede afectar a ambas fincas y representa su destrucción material o el advenimiento de circunstancias que impiden su función o destino económico —que coincidiría, por ejemplo, con la interpretación que del art. 546.3 CC hace la SAP Hueca de 30 de junio de 2006 (RDCA-2008-XIV, marginal 26, ponente Santiago Serena Puig)—, permitiendo extinguir la servidumbre sin necesidad del transcurso del plazo de veinte años, que exige la causa más amplia del Código civil cuando no se da una imposibilidad transitoria de uso.

Plantea el recurso de casación interpuesto ante el Tribunal Supremo la duda de si no hubiera podido interponerse de igual modo ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, ya que la Ley 4/2005, de 14 de junio de 2005, de las Cortes de Aragón, sobre la casación foral aragonesa (BOA núm. 75, de 24 de junio de 2005, y BOE núm. 201, de 23 de agosto de 2005), contempla su competencia en su artículo 1, en los siguientes términos: «La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón conocerá de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil aragonés».

En el caso tratado, tanto en el Juzgado de Primera Instancia como en la Audiencia Provincial de Huesca se citan conjuntamente los artículos 541 CC y 566 CDFA, aunque la Audiencia en su sentencia de 31 de marzo de 2017 decide que es únicamente el art. 541 CC «el aplicable en la época en la que sucedieron los hechos objeto de controversia (actual artículo 566 del Código de Derecho Foral de Aragón, aplicable a partir del 1 de enero de 2011, según su disposición transitoria vigésimo tercera referida al libro cuarto)». Esta interpretación seguida desde 2011 en la mayoría de las sentencias de los Tribunales aragoneses, supone una incorrecta interpretación y aplicación de la disposición transitoria vigesimotercera del Código foral, tal como hemos analizado más arriba.

Esta interpretación y aplicación de la Audiencia de Huesca facilita la invocación única del artículo 541 CC en el recurso de casación planteado ante el Tribunal Supremo, y que éste aceptó. Si la invocación en el recurso hubiera sido conjunta con el art. 566 CDFA, la competencia hubiera sido del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, ya que de acuerdo con el art. 478.1 LEC: 1) Si el recurso de funda exclusivamente en infracción de normas de Derecho civil común, la competencia corresponde al Tribunal Supremo; 2) Si se funda exclusivamente en normas de Derecho civil foral o especial, corresponde al Tribunal Superior de Justicia; 3) Si el recurso se funda conjuntamente en infracción de

normas de Derecho civil común y de derecho foral o especial, la competencia se atribuye también al Tribunal Superior de Justicia.

Así lo aplica la STSJA de 17 de noviembre de 2014 (Roj: STSJ AR 1605/2014 - ECLI:ES:TSJAR:2014:1605, ponente magistrado Ignacio Martínez Lasierra), que indica con cita de la STSJA n.º 30, de 26 de septiembre de 2014 (recurso 26/2014), y la del Tribunal Supremo n.º 947/1999, de 16 de noviembre de 1999 (recurso 205/1995), que, salvo infracción de precepto constitucional, «la competencia en los recursos fundados conjuntamente en infracción de normas de derecho civil común y de derecho civil especial correspondía a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores, y también la decisión sobre la competencia. Y afirmaba la citada sentencia del Tribunal Supremo:”... cualesquiera que hayan sido las normas aplicadas por la sentencia recurrida, si aquél no alega infracción de norma o normas de Derecho civil foral o especial la competencia corresponderá a esta Sala y, si lo hace, corresponderá a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de que se trate, asumiendo así el recurrente los riesgos de una posible incoherencia entre la fundamentación de la sentencia impugnada y la motivación de su recurso de casación”».

En el caso tratado ante el TSJA la parte demandada y recurrente alegó en su escrito de contestación a la demanda los preceptos del Código Foral que consideraba aplicables, y la sentencia del Juzgado expresamente determinó la aplicabilidad de la regulación aragonesa frente a la invocación del Código civil por parte de la actora. La sentencia recurrida recoge preceptos de ambos cuerpos normativos, aunque finalmente resuelve en base a lo dispuesto en el artículo 543 del Código civil. Por ello, concluye el Tribunal, «la invocación en el recurso de casación de la normativa aragonesa no resulta artificiosa ni contradictoria pues se afirma que se debió aplicar la misma y que bajo su amparo la sentencia debió ser otra». Y reafirma este criterio el Tribunal al mencionar que, ha de tenerse en cuenta que la Disposición Transitoria vigésimo tercera del CDFa ordena «la aplicación inmediata, desde el 1 de enero de 2011, de las normas sobre esta materia a todas las situaciones contempladas en el Libro Cuarto, aun anteriores a dicha fecha como dice el Preámbulo del CDFa»⁴⁴.

Recuerda el Tribunal Superior que es al recurrente a quien compete la decisión de fundar su recurso en unas normas u otras, con independencia de que sean las realmente aplicables, pero que corresponderá al Tribunal la decisión

⁴⁴ Alega la parte recurrida que no es éste el criterio que ha seguido el TSJA, en otras sentencias, citando la STSJA de 24 de junio de 2013 (Roj: STSJ AR 875/2013 - ECLI:ES:TSJAR:2013:875, ponente el magistrado Fernando Zubiri de Salinas). FD 8: «El motivo de recurso debe ser estimado, porque concurren los presupuestos fácticos para llevar a efecto la consecuencia jurídica prevista en el art. 145 de la Compilación de Derecho civil de Aragón, vigente en el momento en que se produjo la segregación de la finca, regulación que en este punto es similar a la hoy recogida en el art. 566 del CDFa. Se trata de la constitución de la servidumbre por el titular del predio, que posteriormente es dividido, habitualmente denominada constitución por el padre de familia».

sobre las normas aplicables, y la resolución del recurso conforme a las mismas. Por ello cabe recordar que la competencia de los órganos jurisdiccionales es una cuestión de orden público que no puede quedar a merced de la voluntad de los litigantes⁴⁵, y no podrá ser determinada ni excluida por el hecho de que el recurrente invoque, según su interés personal, una norma de derecho civil foral o de derecho común, ya que una materia específica de Derecho civil estatal o de Derecho civil autonómico foral no puede ser sustraída al conocimiento del órgano competente para conocer de ella⁴⁶.

⁴⁵ *La Circular 1/2020 (de 3 de enero de 2020) de la Fiscalía General del Estado sobre los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en el orden jurisdiccional civil* recuerda «que la competencia funcional es *ius cogens*, debiendo ser apreciada de oficio por los Tribunales y no siendo disponible para las partes, generando su infracción la nulidad de actuaciones, conforme a los arts. 238.1 LOPJ y 225.1 LEC» (p. 79).

⁴⁶ *La Circular 1/2020 (de 3 de enero de 2020) de la Fiscalía General del Estado sobre los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en el orden jurisdiccional civil*, en su apartado 4 (*Competencia para conocer de los recursos cuando se invoca la infracción de una norma foral*), incluye las pautas del Tribunal Supremo para evitar fraudes de ley en la determinación de la competencia funcional (pp. 81-82):

«1.ª) Como principio general la competencia funcional para el conocimiento del recurso de casación viene determinada por las normas invocadas en el recurso, y se atribuye por la ley a un único órgano, lo que no impide que en el examen que de su propia competencia debe hacer el órgano judicial este acuda a las posibilidades que ofrece el art. 11 LOPJ para evitar situaciones exclusivamente orientadas a la elección del órgano judicial de casación que más pueda interesar a la parte recurrente.

2.ª) A tal efecto conviene insistir en que las partes no son libres de invocar a su elección cualquier norma que —aun tangencialmente relacionada con la materia litigiosa— les interese para fijar la competencia funcional del órgano al que dirigen su recurso; al contrario, es necesario —y esta es la clave— que las normas que se citan como infringidas tengan una conexión real o verdadera, razonable y coherente, con la cuestión controvertida.

3.ª) Junto a lo anterior también será relevante la identificación de la cuestión jurídica sobre la que se ha de fijar jurisprudencia. Un proceso que se desarrolle en el ámbito de aplicación del Derecho foral o especial, respecto del que el CC actúa como supletorio, no permitirá invocar la infracción del CC solo para asegurarse la competencia del TS de la misma manera que en un proceso en el que se discuta el alcance de ciertas normas de Derecho común, sin conexión alguna con un tema de Derecho foral o especial, no podrá asegurarse la competencia del Tribunal Superior de Justicia mediante la cita de una norma foral o especial por más que pueda estar tangencialmente relacionada con la controversia.

4.ª) En definitiva, la formulación del recurso no debe provocar el efecto de alterar —por la cita formal de una norma— la función institucional de creación de jurisprudencia y unificación de criterios en la aplicación de la ley que, en sus distintos ámbitos competenciales, tienen atribuida esta Sala Primera del Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia (ATS de 4 de diciembre de 2015, rec. 1011/2015).

En esta misma línea el ATS de 10 de julio de 2019, rec. 6014/2018, declara que “cuando el procedimiento se ha seguido en un ámbito territorial donde el derecho civil aplicable al caso es el derecho foral o especial, siendo el Código Civil derecho supletorio, constituyen normas aplicables para resolver el proceso las normas forales sobre la correspondiente materia y que han sido dictadas en el uso de la competencia legislativa atribuida por el Estatuto de Autonomía [...] no resulta posible invocar la infracción de derecho supletorio para predeterminar la competencia del Tribunal Supremo, por cuanto ello supondría tanto como admitir la alteración de las normas sobre la competencia, en este caso funcional, a voluntad del recurrente”»

No era determinante la aplicación del art. 541 CC por la Audiencia de Huesca en la sentencia de 31 de marzo de 2017 para fundamentar el recurso de casación necesariamente ante el Tribunal Supremo ya que, con independencia de la interpretación que la Audiencia realiza de la Disposición transitoria vigésimo tercera del Código aragonés, el art. 566 CDFA tiene el mismo contenido, mejorado jurídicamente, que el art. 541 CC, por lo que cabía una invocación conjunta de ambos artículos en el recurso de casación que debería haber resuelto el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, decidiendo sobre que artículo pivotaba su decisión, que hubiera sido clarificadora de la posición del Tribunal Superior sobre la aplicación de la disposición transitoria citada, necesitada de una doctrina jurisprudencial aragonesa asentada. Y parece que si el interés de la parte recurrente era la aplicación de las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero y 22 de julio de 2016, en el sentido que le interesaba de considerar la no utilidad de la servidumbre de paso por disponer de otra salida a vía pública, podía haber planteado la resolución de dicha cuestión como de interés casacional también aragonés con cita de sentencias ya existentes en los órganos jurisdiccionales aragoneses, además de fundamentar sus pretensiones del recurso en las correspondientes sentencias del Tribunal Supremo. Finalmente, y curiosamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2019 avala con las sentencias citadas en el recurso de casación la decisión de la Audiencia Provincial de Huesca de considerar la utilidad de la servidumbre voluntaria de paso por signo aparente y no la necesidad, que califica a las servidumbres legales.

5. DIFERENCIAS ENTRE LA CONSTITUCIÓN DE LA SERVIDUMBRE SOBRE FINCA PROPIA (ART. 564 CDFA) Y POR SIGNO APARENTE (ART. 566 CDFA)

A resolver problemas prácticos, sin suponer novedosas soluciones a las aportadas por la doctrina en el Derecho estatal, responde el art. 564 CDFA que condiciona la eficacia de la servidumbre a la transmisión de una de las fincas pertenecientes a la misma persona, mientras que si la titularidad de ambas fincas pertenece solo de forma parcial a una persona, la servidumbre produce sus efectos desde su constitución. Aunque el Derecho aragonés facilita el reconocimiento de la servidumbre de propietario por no establecer como presupuesto esencial de las servidumbres la ajenidad entre predios (art. 551) y deducirse de la causa de extinción del art. 571.2, el art. 564 parece limitar sus efectos al cambio de titularidad de alguna de las fincas, por lo que entiende ALONSO que la contradicción normativa podría salvarse interpretando que cabe distinguir entre la constitución de la servidumbre, que es posible perteneciendo la finca al mismo titular, y la eficacia de la misma subordinada a la pertenencia a distintos dueños⁴⁷.

⁴⁷ Le resulta un poco forzada esta interpretación porque la regla del art. 571.2 CDFA sobre extinción no se entiende bien si se refiere exclusivamente a la constitución y no a la eficacia. ALONSO PÉREZ, M. T., "Constitución...", *op. cit.*, pp. 160-2.

En cuanto a las diferencias entre la servidumbre por signo aparente y sobre finca propia, el Derecho aragonés parece ofrecer al titular único de ambas fincas las dos vías o soluciones para constituir una servidumbre⁴⁸; parece, además, que condicionadas en ambas la eficacia de la servidumbre a la enajenación o transmisión de una de las fincas, es más sencilla la servidumbre de propietario que no requiere el establecimiento o pervivencia de un signo aparente para constituir la servidumbre. Cabe diferenciarlas, sin embargo, en cuanto a la clase de servidumbres que pueden constituirse, ya que el art. 566 solo lo permite para las aparentes pero no existe limitación para la constitución de servidumbres sobre finca propia, cuya eficacia, que se producirá en el acto de enajenación de una de las fincas, se retrotraerá al momento de la inscripción en el Registro de la Propiedad, mientras que en la servidumbre por signo aparente la constitución y eficacia se darán en el mismo momento que se enajene o transmita una de las fincas⁴⁹.

La Comisión Aragonesa de Derecho Civil prefirió plantear la diferenciación de regulación entre ambas, aunque en los trabajos previos se propuso una regulación conjunta, al considerar que «la constitución de servidumbre sobre finca propia requiere un acto de voluntad jurídica, mientras que en la constitución por signo aparente o destino del padre de familia, no se precisa ese acto de voluntad jurídica, y la constitución solo se produce si en el momento de la enajenación el signo subsiste y el título de la disposición no excluye la existencia de la servidumbre»⁵⁰.

La SAPZ (Sección 4.^a) 3 de abril de 2018 (ROJ: SAP Z 861/2018-ECLI:ES:APZ:2018:861, Juan Ignacio Medrano Sánchez) considera que ambos casos se trata de constitución voluntaria de servidumbres, jugando la voluntad del titular común un distinto papel ya que la servidumbre de propietario requiere una expresa voluntad de constitución de la servidumbre, mientras que en la constitución de la servidumbre por signo aparente solo se requiere la voluntad implícita o el acuerdo tácito de voluntades⁵¹.

Para ello entra a comparar la regulación en el Código foral de la constitución de la servidumbre sobre finca propia (art. 564 CDFA), que el recurrente alega se produjo de forma implícita, con la servidumbre por signo aparente (arts. 561 y

⁴⁸ ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, p. 170.

⁴⁹ BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., «Servidumbres: Concepto, clases, caracteres, contenido de las servidumbres», *Derecho civil patrimonial aragonés*, IFC-DPZ, Zaragoza, 2013, p. 139.

⁵⁰ Acta 241, p. 6.

⁵¹ La Audiencia analiza la posible existencia de la servidumbre de luces y vistas, para lo que tiene que diferenciar la constitución de la servidumbre sobre finca propia (art. 564 CDFA) de la servidumbre por signo aparente (art. 566 CDFA), y por ello advierte (FD 6.^o), que «todas las formas de constituir las servidumbres de luces y vistas se asientan sobre un elemento factual común, a saber que puesto que se construyó por el que fuera propietario único en términos de los que resultaba arquitectónicamente una configuración de la que existían signos aparentes de aprovechamiento que se mantuvieron tras la división de la finca, la hay porque fue voluntad del propietario único constituirlos, y porque se mantuvo al dividirse sin expresión en contrario».

566 CDFA) (FD 7.º): «El art. 564 CDFA permite al propietario constituir servidumbre sobre finca propia, siquiera dado que se trata de un derecho real sobre cosa ajena (art. 551.1 CDFA), la «efectividad» se subordinaba a un cambio de titularidad. Es una obviedad que *el art. 564 CDFA regula algo diferente de la constitución por signo aparente, pues en caso contrario el primer precepto resultaría innecesario. El art. 564 CDFA recoge una especialidad que debe nacer de una voluntad. Y esa voluntad solo puede ser expresa, pues una carga o gravamen no se puede presumir.* Al margen de operar contra la presunción de libertad de las cargas opera también en nuestro Derecho histórico contra la presunción de tolerancia que rige las relaciones de vecindad (art. 537 CDFA), de suerte que no se puede afrontar una nueva configuración arquitectónica como expresión de una voluntad, que se dice implícita, de constituir esa servidumbre. No tiene un especial sentido explicitar una voluntad implícita para constituir una servidumbre cuando la total propiedad se concentra en una sola mano. La falta de alteridad empuja a exigir una voluntad expresa”.

Y establece a continuación que tal planteamiento de constitución por voluntad implícita atribuida al art. 564 CDFA casa mal con la constitución por signo aparente del art. 566 CDFA: “*la voluntad implícita de constituir una servidumbre subyace ya en el art. 566 CDFA, que es el que parte, ahora sí, de una determinada configuración constructiva para, a partir de la misma, atribuir un efecto constitutivo (art. 561 CDFA), de suerte que partiendo de una determinada realidad arquitectónica es cuando se entiende constituida la servidumbre. Pero esta voluntad, al tiempo de la división, debe estar apoyada en hechos* Y no los hay”. Ya que consideran como signos aparentes el alero del tejado, que no ha sido nunca signo externo y aparente de servidumbre de luces y vistas, y tampoco lo son “los huecos regulares abiertos en la fachada que da a la finca de los demandantes (...), aunque no tengan la protección prevista en el art. 545 CDFA”.

MATERIALES

MATERIALS

A) REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL

(Decreto 86/2022, de 15 de junio, del Gobierno de Aragón,
BOA de 24 de junio de 2022)

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.— *La Comisión Aragonesa de Derecho Civil.*

La Comisión Aragonesa de Derecho Civil es un órgano consultivo del Gobierno de Aragón que tiene por objeto el estudio, análisis, actualización y difusión del Derecho Civil Aragonés.

Artículo 2.— *Adscripción orgánica y régimen jurídico.*

1. La Comisión Aragonesa de Derecho Civil está adscrita al Departamento con competencias en materia de Derecho civil aragonés.

2. La Comisión se regirá por lo dispuesto en este reglamento y en la Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón, en lo referente al régimen jurídico de los órganos colegiados, o disposición que la sustituya.

CAPÍTULO II

DE LAS FUNCIONES DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL

Artículo 3.— *Funciones.*

Son funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil:

Informar los anteproyectos de Ley de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, así como los de Derecho procesal civil derivado de las peculiaridades de aquel.

Elaborar los anteproyectos de Ley sobre las citadas materias que el Gobierno de Aragón le encomiende.

Conocer y evaluar el grado de aplicación del Derecho civil aragonés y las nuevas demandas que se produzcan en su desarrollo, informando, en su caso, sobre la conveniencia de su modificación o desarrollo.

Proponer al Gobierno de Aragón la adopción de cuantas medidas estime convenientes para la conservación, modificación o desarrollo del Derecho civil aragonés.

Emitir cuantos informes sean solicitados por los órganos competentes

del Gobierno de Aragón en materia de Derecho civil aragonés.

En general, el asesoramiento, estudio y propuesta al Gobierno de Aragón en materia de Derecho civil aragonés y especialidades procesales derivadas de aquel derecho sustantivo.

CAPÍTULO III

COMPOSICIÓN DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL

Artículo 4.— *Vocales de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.*

1. La Comisión Aragonesa de Derecho Civil estará integrada por un mínimo de 7 y un máximo de 13 vocales, nombrados por Decreto del Gobierno de Aragón a propuesta del titular del Departamento competente en materia de Derecho civil aragonés.

2. Podrán proponer el nombramiento de un vocal de la Comisión, mediante la oportuna comunicación al Departamento competente en materia de derecho civil aragonés, las siguientes instituciones, autoridades u órganos:

La persona que desempeñe la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

El Consejo de Colegios de Abogados de Aragón.

El Colegio Notarial de Aragón.

El Decanato autonómico de Aragón del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

El resto, hasta completar el número máximo de vocales, podrá ser propuesto libremente por el titular del Departamento competente en materia

de Derecho civil aragonés.

3. Todas las personas miembros de la Comisión deberán ser juristas de reconocido prestigio en el ámbito del Derecho civil foral aragonés, con más de diez años de experiencia profesional.

4. Podrán existir vocales honorarios en el supuesto previsto en el artículo 5 apartado 3. Estos vocales honorarios no computarán a efectos de determinar el número máximo de vocales de la Comisión.

5. Los nombramientos de los cargos de la Comisión tendrán carácter honorífico.

Artículo 5.— *Duración del mandato y cese.*

1. El nombramiento de los vocales de la Comisión será por un periodo de cinco años, pudiendo ser reelegidos sucesivamente.

2. Los vocales cesarán por las siguientes causas:

Expiración del plazo de su nombramiento.

Renuncia.

Imposibilidad de desarrollar el cargo.

Incumplimiento reiterado en el desempeño de sus funciones.

Cualquier otra causa objetiva que impida o dificulte el ejercicio de sus funciones o sea incompatible con su adecuado desempeño, debidamente motivada.

Las causas previstas en las letras c), d) y e) serán apreciadas por el Gobierno de Aragón, a propuesta del titular del Departamento competente en materia de Derecho civil aragonés, y previo informe de la Comisión.

3. Los miembros de la Comisión, al cumplir los setenta y cinco años,

pasaran a tener la condición de vocales honorarios. Los vocales honorarios podrán participar en las reuniones, deliberaciones y trabajos de la comisión, con voz pero sin voto, así como realizar los estudios que quien ostente la Presidencia de la Comisión pueda encomendarles. Su cese solo se producirá por las causas previstas en las letras b) a e) del apartado anterior.

CAPÍTULO IV

ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL

Artículo 6.— *Organización de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.*

1. La Comisión Aragonesa de Derecho Civil se organiza para su funcionamiento en:

La Presidencia.

La Secretaría.

El Pleno.

2. La Comisión propondrá a uno de sus miembros para desempeñar la Presidencia, correspondiendo al Gobierno de Aragón su nombramiento.

3. La Comisión elegirá de entre sus miembros a quien haya de desempeñar la Secretaría.

4. Cuando lo considere oportuno quien ostente la Presidencia, podrán constituirse grupos de trabajo para el estudio de temas concretos, en los que, además de las personas miembros de la Comisión designadas al efecto, podrán asistir, como invitadas, otras personas expertas en el ámbito correspondiente del Derecho civil aragonés.

Artículo 7.— *La Presidencia.*

1. A la persona que desempeñe la Presidencia de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil le corresponden,

además de las funciones que tiene como miembro, las siguientes atribuciones:

Representar a la Comisión.

Convocar y fijar el orden del día de las sesiones.

Dirigir las reuniones y dirimir con su voto los casos de empate.

Distribuir los asuntos entre las personas miembros de la Comisión.

Decidir la creación de grupos de trabajo y designar a sus integrantes.

Ejercer cuantas otras funciones sean inherentes a su condición.

2. En caso de vacante, ausencia o enfermedad, la persona que desempeñe la Presidencia será sustituida en sus funciones por el vocal de mayor antigüedad y edad, por este orden.

Artículo 8.— *Secretaría.*

1. A la persona que desempeñe la Secretaría de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil le corresponden, además de las funciones que tiene como miembro, las siguientes atribuciones:

Cursar las convocatorias de las sesiones de la Comisión, previa orden de quien ostente la Presidencia.

Preparar la documentación necesaria para las reuniones.

Levantar acta de las sesiones.

Expedir y autorizar las certificaciones relacionadas con la Comisión.

Redactar la memoria anual de las actuaciones de la Comisión, que será aprobada por el Pleno.

En general, cuantas cuestiones le encomiende quien ostente la Presidencia o se deriven de la organización o funcionamiento de la Comisión.

2. En caso de vacante, ausencia o enfermedad, la persona que desempeñe la Secretaría será sustituida en

sus funciones por el vocal de menor edad.

3. La persona que desempeñe la Secretaría podrá ser auxiliada en sus tareas por el personal de la Dirección General con competencias en materia de derecho civil aragonés.

Artículo 9.— *El Pleno.*

1. El Pleno estará integrado por todos los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

2. Para su válida constitución, a efectos de celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, será necesaria la presencia, ya sea presencial o a distancia, de las personas que desempeñen la Presidencia y la Secretaría, o de quienes les sustituyan, y de un número de vocales que, junto con los anteriores, constituya, como mínimo, la mitad de sus miembros. A estos efectos no se tendrá en cuenta la presencia de vocales honorarios.

3. El Pleno podrá aprobar las normas que sean necesarias para el funcionamiento interno de la Comisión, sin perjuicio de lo dispuesto en este reglamento.

Artículo 10.— *Régimen de las convocatorias y de las sesiones.*

1. La Comisión Aragonesa de Derecho Civil se reunirá en pleno con carácter ordinario al menos dos veces al año y con carácter extraordinario siempre que lo convoque quien ostente la Presidencia, a iniciativa propia o por solicitud de un tercio de sus miembros.

2. La convocatoria de las sesiones ordinarias se realizará con una antelación mínima de cinco días naturales e incluirá la remisión de la documentación necesaria a todas las personas

miembros de la Comisión. Salvo que no resulte posible, las convocatorias serán remitidas a través de medios electrónicos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón, o disposición que la sustituya.

3. Las sesiones extraordinarias se convocarán de acuerdo a las formalidades internas que establezca la propia Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

4. La Comisión podrá celebrar sus sesiones, adoptar acuerdos y remitir actas tanto de forma presencial como a distancia.

En las sesiones que celebre la Comisión a distancia, sus miembros podrán encontrarse en distintos lugares siempre y cuando se asegure por medios electrónicos, considerándose también tales los telefónicos y audiovisuales, su identidad, el contenido de sus manifestaciones, el momento en que estas se producen, así como la interactividad e intercomunicación en tiempo real y la disponibilidad de los medios durante la sesión.

5. A las reuniones de la Comisión podrá asistir la persona titular de la Dirección General con competencias en materia de derecho civil aragonés.

Artículo 11.— *Adopción de acuerdos.*

1. Los acuerdos del Pleno y de los Grupos de trabajo se adoptarán por mayoría de votos de sus asistentes.

2. Quienes discrepen del acuerdo adoptado podrán formular, en el plazo máximo de cinco días hábiles, un voto particular por escrito, que se incorporará al acta de la sesión.

NOTICIAS

NEWS

A) NOTICIAS DEL JUSTICIA DE ARAGÓN

EL JUSTICIAZGO EN 2021 EN RELACIÓN CON EL DERECHO FORAL ARAGONÉS

(Traslación de la parte correspondiente del Informe anual a las Cortes de Aragón 2021, del Justicia de Aragón)

I. EXPEDIENTES RELATIVOS AL DERECHO FORAL ARAGONÉS

A. La regulación del sistema de capacidad y tutela.

Si una cuestión ha sido de singular importancia, y transcendencia en el año 2021, respecto al Derecho Foral Aragonés, ha sido la incidencia que en el mismo ha tenido la entrada en vigor de 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 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.

Aragón tiene regulada la materia en su Código de Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo, 1/2011, de 22 de marzo, en sus artículos 34 a 45 y 100 a 159, con otros preceptos a ella vinculados a lo largo de dicho texto legal, en ejercicio de la competencia exclusiva que le otorga el artículo 71.2.º del Estatuto de Autonomía de Aragón, en cuanto a derecho sustantivo, por lo que la citada modificación legal material (la que afecta entre otras normas al Código civil) no presenta afección alguna a nuestro derecho civil propio, que sigue estando vigente y directamente aplicable, aunque ahora lo haga con figuras que el derecho estatal ya no contempla, en especial toda la materia que el Código aragonés denomina “De las relaciones tutelares”, en el Título III de su Libro Primero, como son la incapacitación o el nombramiento de tutor.

No ocurre lo mismo con las modificaciones en derecho procesal que dicha nueva ley establece, al producirse una profunda nueva regulación tanto en la Ley de Enjuiciamiento civil como en la Ley de Jurisdicción Voluntarias, entre otras, que pudieran 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. No debe olvidarse que el artículo 71.3.º del actual Estatuto de Autonomía de Aragón, otorga a nuestra Comunidad, la competencia exclusiva en la regulación del “Derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés”.

Por ello tras solicitar información al Gobierno de Aragón sobre las medidas, emitiéndose desde la Dirección General de Desarrollo Estatutario un completo y acertado informe, y analizados los diversos trabajos jurídicos al respecto realizados por distintos profesores de la Facultad de Derecho de Zaragoza, se resolvió emitir sugerencia al Gobierno de Aragón en Expediente 21/1110, del siguiente tenor literal:

“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 a 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.

2.º 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.”

La respuesta desde la Vicepresidencia del Gobierno de Aragón fue de cierta ambigüedad y si se nos permite señalar, a nuestro juicio sorprendente, convocando al efecto a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, y, siguiendo el consejo de ésta, dejar pendiente cualquier actuación a los Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, que en el mes de noviembre se celebrarían en Zaragoza con dicho tema como ponencias y debates a tratar.

Tras dichos encuentros, y al mismo tiempo que la cuestión era objeto de múltiples charlas convocadas por asociaciones del sector, existiendo una verdadera inquietud social, en especial en los colectivos dedicados a las personas con discapacidad síquica y sus familias, desde el Justiciazgo, dejando a un lado consideraciones jurídicas de índole teórico o académico, se instó y realizado una reunión entre las citadas entidades, la presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y la Fiscalía Autonómica, en la que se logró un consenso sobre la compleja situación creada por la entrada en vigor de la norma estatal, que dejaba al derecho aragonés sin un instrumento procesal claro para su aplicación, pero al menos se constató la coordinación entre los miembros del Ministerio Fiscal y aún de gran parte de la judicatura, para encontrar soluciones prácticas directamente

aplicables, en tanto en cuanto se producía o no la reforma del Código de derecho Foral de Aragón o, incluso, se procedía a establecer un derecho procesal propio en la materia.

A fecha de emisión de este informe consta a esta Institución que el Gobierno de Aragón ha iniciado los trabajos de estudio y en su caso modificación de la cuestión que nos ocupa, y que en este sentido la Comisión Aragonesa de Derecho Civil trabaja ya en ello, desde la premisa de revisar la posición en que ha quedado nuestro derecho civil propio, y la posibilidad de trasladar su dictamen al respecto al Gobierno y a las Cortes de Aragón, con un proyecto de modificación de la normativa aragonesa al respecto, que es de esperar, y de desear, pueda realizarse antes del fin de la presente legislatura.

B. Otros expedientes relativos al Derecho Foral

La ciudadanía aragonesa sigue demandando del Justiciazgo información sobre figuras, y su aplicación, de nuestro derecho civil propio, que en algunas ocasiones lleva a denunciar su inaplicación o mal uso en la vida cotidiana. Las siguientes cuestiones han sido objeto de expediente de queja ante esta Institución, a lo que debe unirse las múltiples consultas solventadas directamente, ya por vía telefónica, ya presencialmente, sin apertura de expediente.

- Autotutela en el derecho aragonés.
- Información sobre vecindad aragonesa, pérdida y recuperación.
- La tributación de la fiducia.
- Inexistencia de la figura foral de “cosecha alzada”.
- Apertura de ventana a finca colindante en derecho foral.
- Problemas con su vecino cuyas vigas pasan a su propiedad.
- Derecho de su marido a reclamar un piso de su propiedad, al cumplir su hija la mayoría de edad.
- Problemas de ejecución de un legado con entidad bancaria.
- Obligación de venta de inmueble sujeto a usufructo viudal.
- Renunciar al derecho expectante de viudedad para que su marido pueda comprar una casa.
- Inexistencia en la actualidad de un curso de derecho foral aragonés, con acreditación del mismo.

II. 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 Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dictadas a lo largo de año 2021, destacando de ellas aquellos puntos de mayor interés jurisprudencial para nuestro Derecho Foral.

Sentencia 1/2021, de 18 de enero de 2021. N.º de Recurso 33/2020.

Ponente: Luis Ignacio Pastor Eixarch

Disposiciones testamentarias contrarias a pactos sucesorios.

“OCTAVO.- Como señala la sentencia ahora recurrida, los litigantes han discutido sobre la mayor o menor extensión del principio “*standum est chartae*” respecto de la posibilidad de que el testador pueda disponer de parte de sus bienes en forma de legados. Indica al respecto la sentencia que tal principio, hoy recogido en el artículo 3 del vigente Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), dispone como límite de la libertad de pacto las normas imperativas de nuestro ordenamiento. Recuerda, además, que la Disposición Transitoria 14.^a del mismo CDFA, ratifica la validez de los capítulos matrimoniales otorgados antes de su entrada en vigor, los cuales, conforme al artículo 400, “solo podrán ser modificados o revocados concurriendo los mismos otorgantes o sus herederos, cosa que no sucede aquí”.

El respeto al principio de libertad de pacto ha sido consustancial al derecho aragonés desde su inicio. Son numerosos los autores que indican, que para la consolidación de tal principio jurídico contribuyó, precisamente, la institución de la Casa que ahora nos ocupa, para que fueran los interesados y no el poder público, quien regulara la administración familiar, y porque solo el pacto permitía entrelazar sin estridencias disposiciones propias de todas las ramas del derecho privado, pues en los acuerdos ante el futuro matrimonio quedaban afectados derechos reales, negocios jurídicos de toda índole (presentes y futuros), obligaciones personales y familiares y, en fin, derechos sucesorios. Junto a lo cual quedaban también afectadas otras instituciones específicas del derecho de Aragón: legítima colectiva, desheredación, fiducia, usufructo viudal, etc... En el plano sucesorio, el principio “*standum est chartae*” tiene, sin duda, el efecto especialmente valorado por quienes son demandantes, de permitir que una persona en su testamento pueda disponer de sus bienes con gran respeto a su voluntad. A él se refirió Joaquín Costa en su obra *Derecho Consuetudinario y Economía Popular de España* remontándolo al año 1187 cuando el rey Alfonso confirma lo ya recogido en el Fuero de Jaca en los siguientes términos: “*laudo et confirmo quod homines de Jacca, (...) possint ordinare de bonis suis et hereditatibus, sicut eis placuerit*”. Ahora bien, junto a la libertad testamentaria que implica la vigencia del principio “*standum est chartae*”, es también indudable que el aspecto que le da su eficacia y consiguiente utilidad en el tráfico jurídico no es tanto el de ampliar la posibilidad de las materias objeto de pacto, que también, sino el efecto impositivo que comporta y que conlleva que hace imperativo lo acordado para quien, haciendo uso de su derecho a pactar, llegó libremente a un consenso en firme.

En el caso presente, y como recoge la sentencia recurrida, no fueron modificados por sus otorgantes o sus respectivos causahabientes los pactos contenidos en la escritura de 1948, en la que D. Adrián , con causa en los antecedentes familiares consolidados por la costumbre, aceptaba ser heredero con las condiciones que ya han sido reseñadas. Cabría añadir al respecto que tampoco consta que fuera ofrecida la modificación de lo pactado a los otros cuatro hermanos de D. Adrián , directamente afectados por lo acordado respecto de la sucesión de la Casa. Por ello, salvo imposición en contrario establecida por ley imperativa, D. Adrián debía atender a lo pactado en su integridad, tanto en lo que le beneficiaba como en las obligaciones que contraía en reciprocidad a lo recibido. Y sin posibilidad de revocación unilateral por su parte, puesto que, como ya sentó la sentencia dictada por esta Sala el día 9 de noviembre de 1991, de plena observancia también ahora con la legislación contenida en el CDFA: “como todo pacto sucesorio es de carácter irrevocable unilateralmente (sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 26 de enero de 1893, 23 de noviembre de 1903 y 3 de julio de 1961, entre otras y artículo 103.1 de la Compilación) y en eso se diferencia de las disposiciones testamentarias que

se rigen, en general, por el principio de la revocabilidad (sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 26 de enero de 1898, y artículos 96 y 97 de la Compilación) ”.

Por todo lo expuesto, y según la literalidad de lo acordado, D. Adrián debía designar un solo heredero; debía hacerlo eligiéndolo entre los hijos que tuviera en su primer matrimonio, (el contraído con D.^a Gloria); y el designado debería ser heredero universal y respecto de todos los bienes propiedad de D. Adrián y D.^a Gloria , lo que comportaba, en definitiva, la sucesión de todo el patrimonio que los integrantes de la Casa habían acumulado y transmitido generación tras generación.

NOVENO.- Pues bien, cuando D. Adrián otorgó su testamento el día 27 de abril de 2005 sí designó un solo heredero; y sí lo eligió entre los hijos del primer matrimonio, pues nombró heredera a quien era hija suya y de D.^a Gloria, D.^a Genoveva . Pero dividió el caudal relicto compuesto por los bienes suyos propios y los de su esposa Gloria en tres partes, dos de ellas iguales y otra aumentada por la inclusión de una finca específica. Y conforme a los legados que dispuso, el caudal relicto en bienes materiales que finalmente recibiría la heredera designada quedaba reducido a menos de un tercio del total, a la vez que desaparecía el patrimonio inmaterial adquirido al actuar la Casa como unidad productiva organizada a lo largo de un gran lapso de tiempo. Como se deduce de lo hasta ahora expuesto, con tales disposiciones incumplió lo acordado en la escritura de 1948, porque no respetó el pacto de nombrar un solo heredero y respecto de todos los bienes, tal y como se venía haciendo por costumbre desde anteriores generaciones de su familia. Además dividió la unidad de la Casa que se había obligado a mantener y que, precisamente, había servido como referencia y fundamento de los capítulos matrimoniales que él libremente suscribió, y cuyas consecuencias positivas aceptó y disfrutó desde el mismo momento de suscripción del pacto, con el efecto de exclusión de los demás hermanos de la herencia que recibía.

El voluntario incumplimiento por parte de D. Adrián de lo pactado en la escritura de 1948 supuso por su parte, en contra de la conclusión obtenida por la sentencia recurrida, y como sostienen los dos primeros motivos de recurso de casación presentado por la parte demandada, la infracción de los artículos 377, 381, 400 y 401 del CDFA, puesto que habiéndose llegado a un acuerdo válido, y nunca revocado, como expresa la propia sentencia, luego éste no fue respetado por D. Adrián.

Conclusión, en definitiva, que deriva de la directa observancia de lo pactado sancionada en el artículo 3 del CDFA, especialmente, y de los efectos vinculantes para las partes por virtud del principio “standum est chartae”, básico en derecho aragonés y que, como recuerda sentencia de esta Sala de 18 de diciembre de 1990, “tiene su base histórica en las observancias (...), sobre todo de una manera más amplia, en la 16 “De fide instrumentorum” cuando señala que ‘Iudex debet stare semper et iudicare ad cartam et secundum quod in ea continetur, nisi aliquod impossibile, vel contra ius naturale continetur in ea’.

Según esto el Juez debe estar siempre y juzgar por la Carta, según lo en ella contenido, a no ser que contenga alguna cosa imposible o contra el Derecho natural”

Sentencia 2/2021, de 10 de febrero de 2021. N.º de Recurso 37/2020.

Ponente: Fernando Zubiri Salinas

Contenido gastos ordinarios pensión alimenticia.

“OCTAVO. - Primer motivo de casación.

8.1. Se interpone al amparo del artículo 477.1.º de la ley procesal civil por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, en concreto por infracción del artículo 82.3 del Código de Derecho Foral de Aragón, que dispone que «el Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia».

8.2. Sostiene el recurrente que “Cuando las partes firmaron el Pacto de Relaciones Familiares se estableció una custodia compartida alterna entre ambos progenitores y se fijó en 100 € mensuales la contribución de cada uno de los progenitores al sustento de cada uno de sus dos hijos. También se enumeraron una relación de gastos que calificaron todos ellos de extraordinarios, aunque en puridad no lo sean, pero que como conllevaban el pago al 50 % entre sí nunca provocó objeción alguna a su calificación jurídica. Al cambiar el sistema de custodia compartida a custodia individual para uno de los hijos, el Pacto en su día firmado ya queda vacío de contenido en cuanto a lo que resulte afectado por la nueva situación. Y es evidente que la custodia individual y la fijación de una pensión alimenticia obliga a que el Juez, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 82.3 del Código citado, estipule cuáles son los gastos ordinarios que quedan incluidos de la pensión alimenticia”.

8.3. No ignora la sentencia recurrida el contenido de este precepto, que obliga al juez a tener en cuenta el régimen de custodia establecido, al momento de decidir sobre el pago de los gastos ordinarios de los hijos. Pero yerra al apreciar que los gastos de educación no están incluidos entre los ordinarios, y por tanto se equivoca en el fallo al decidir que la pensión alimenticia de Florian que se fija a cargo del padre, excluye los gastos universitarios, de transporte y excusiones escolares, que deben incluirse en los gastos extraordinarios del hijo.

8.4. Partiendo de que el hijo Florian quedaba bajo la custodia de la madre, ésta tenía que afrontar los gastos de alimentación, vivienda y demás ordinarios que son necesarios para la vida, y a satisfacer esos gastos ha de contribuir el padre. Por ello se estableció una contribución en dinero que el padre habría de satisfacer, no para que con ello se cubriera la totalidad de los gastos del menor, sino como participación que él debería realizar para la total cobertura.

8.5. Los gastos de educación, que en el tiempo en que se interpuso la demanda eran los resultantes de cursar el bachillerato en un centro concertado, deben ser considerados como gastos ordinarios, según tenemos declarado —sentencias de esta Sala de 2 de marzo de 2018, 13 de julio de 2017, 17 de diciembre de 2014, y auto de 30 de diciembre de 2011—. Lo son así en cuanto contemplan la atención a las necesidades básicas de la persona en formación, como vivienda, vestido y alimentación, sanidad y educación. Respecto de ésta, los estudios de bachillerato en un centro público o concertado deben considerarse como gastos necesarios, en general, aunque exista la posibilidad alternativa de cursar una formación profesional, sin que en el caso de Florian las partes hayan discrepado sobre la forma en que debía continuar su formación.

8.6. Los gastos extraordinarios son aquellos que exceden de lo común, no tienen una periodicidad prefijada, por cuanto dimanen de acaecimientos de difícil o imposible previsión, y son variables en el tiempo y en su cuantía. Ninguno de esos atributos es predicable de los estudios de bachillerato que cursaba Florian cuando se planteó la demanda y se desarrolló el proceso en las instancias.

8.7. Por todo lo expuesto procede la estimación del motivo. A partir de esta estimación, determinar si la suma fijada en la sentencia se ajusta al principio de proporcionalidad será cuestión examinada al abordar el segundo motivo casacional.

NOVENO. - Segundo motivo de casación.

9.1. Al amparo del artículo 477.1.º de la Ley procesal civil, este motivo se presenta por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, en concreto por infracción del principio de proporcionalidad del artículo 82.2 del Código de Derecho Foral de Aragón y en relación al artículo 146 del Código civil, al no haberse tenido en cuenta la totalidad de los ingresos reales de ambos progenitores, por todos los conceptos, para calcular la capacidad económica de ambos, sino que solo se tienen en cuenta los del padre, dejando de computar los mobiliarios e inmobiliarios de la madre, lo que influye directamente en la fijación de la pensión alimenticia que debe afrontar el padre y que ha sido incrementada sin justificación alguna.

9.2. El art. 82.2 del CDFA establece que <>.

9.3. Para fijar esa contribución es preciso que el tribunal determine cuáles son las necesidades de los hijos, sus recursos propios (si los tuvieren) y los recursos disponibles de los progenitores. En cuanto a estos, la fijación de las obligaciones respectivas ha de hacerse conforme al principio de proporcionalidad.

9.4. Pues bien, acreditado —según hemos razonado en el fundamento relativo a la existencia de infracción procesal— que los gastos educativos —no universitarios en el tiempo en que se interpone la demanda— son gastos ordinarios, que su importe mensual era de unos 90 euros, y que las rentas mensuales de los progenitores aparecen acertadamente recogidas en la fundamentación de la sentencia recurrida, la cantidad que finalmente habrá de satisfacer el padre recurrente será la que estableció la aquélla, en ejercicio de la facultad discrecional de fijarla, pues no concurren razones para considerar más ajustada a derecho una suma inferior.

9.5. Sin embargo, y en este punto la decisión afecta a los intereses del recurrente, esta cantidad servirá para contribuir a satisfacer todos los gastos ordinarios del hijo, incluidos los de su educación, en los términos que aparecían en los hechos fijados en las instancias”.

Sentencia 3/2021, de 25 de febrero de 2020. N.º de Recurso 47/2020.

Ponente: Fernando Zubiri Salinas

Pensión alimenticia y abandono formación académica.

“TERCERO. - Recurso de casación. Primer motivo

3.1. El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción del art. 69.1 del CDFA y de la interpretación que del mismo ha dado este tribunal, en resoluciones que cita el recurrente. Cita al efecto las sentencias de 30 de diciembre de 2011 y 13 de mayo de 2020, entre otras. Explica que en el caso de autos no puede hablarse de necesidad del hijo ni de falta de independencia económica, puesto que se incorporó al mercado laboral en 2019 y trabaja en la categoría de peón. Aduce además que dejó sus estudios en junio/julio de 2017.

3.2. El artículo que se dice infringido es norma de derecho civil propio de la Comunidad Autónoma de Aragón, y regula de modo singular las consecuencias jurídicas para el supuesto que contempla, ordenando: «1.Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero solo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete. 2.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».

3.3. Esta regulación es favorable para los hijos o hijas que, llegados a la mayoría de edad o a la emancipación, no han completado su formación profesional, pues aunque no tengan recursos económicos propios pueden continuar sus estudios, confiados en que la norma establece para los progenitores la obligación de costearlos, deber que se extiende hasta que el hijo o hija alcance la edad de veintiséis años. Sin esta norma de derecho propio, estos jóvenes se podrían ver compelidos a dar por terminada su formación, sin alcanzar niveles a los que aspirasen, aunque los padres tuviesen capacidad económica para satisfacerlos, o deberían obtener el derecho en el más estrecho margen contenido en el art. 142 del Código civil.

3.4. Para que sea aplicable la norma contenida en el art. 69 del CDEFA es necesario que conste como hecho probado, o aceptado por las partes en el proceso, que el hijo a que se refiere la pretensión ha llegado a esa edad y no ha concluido la formación, de modo que está en disposición, tiene aptitudes y ánimo para continuarla, pero carece de recursos propios para mantenerse y satisfacer los gastos educativos. En la sentencia de esta Sala de 13 de mayo de 2020, n.º 9/2020, rec. 76/2019, hemos confirmado el criterio ya expuesto en otras acerca de la distinción entre el derecho conferido por el precepto enunciado y el derecho de alimentos: «hemos indicado que son presupuestos para que la prolongación de que se trata sea aplicable 1) que el hijo no haya completado la formación profesional; 2) que no tenga recursos económicos; y 3) que sea razonable exigir a los padres el cumplimiento del deber de costearlos. (SS n.º 3/2010, 10/2012, 7/2015, 17/2017 o 14/2018). Y en SS tales como las n.º 16/2012, 29/2014 o 14/2018 hemos destacado que el art. 69 CDEFA solo es aplicable cuanto el hijo se encuentre el período de formación a fin de obtener la capacitación necesaria para incorporarse en el mercado laboral en el ámbito elegido, bien entendido que tal formación no comprende la que pueda ser tenida como complementaria, ni, en particular, la preparación de oposiciones (SS n.º 11/2011 o 20/2012), y en cualquier caso siempre que el hijo mantenga una actitud diligente en sus estudios (SS n.º 8/2009 o 14/2018)». 3.5. En el caso de autos el tribunal de primer grado aplica el art. 142 del Código civil, porque entiende que no concurre el supuesto de hecho contemplado en el art. 69 del CDEFA: no se trata de un joven que está todavía en periodo de formación, sino que se afirma que reside en el domicilio materno, no es independiente económicamente por carecer de recursos suficientes para su propia manutención, pues únicamente había trabajado durante tres meses; y la Audiencia Provincial confirma la decisión, aunque rebajando la cuantía, porque Rafael a pesar de su reciente incorporación al mercado laboral es claro que no goza de independencia personal ni económica. 3.6. Ni una ni otra de las sentencias afirma que se encuentre todavía en periodo de formación académica. Este era un dato al que se refería la demanda, para negarlo —Rafael ya ha abandonado sus estudios, se afirma allí— mientras que la contestación defendía su concurrencia —mantuvo que está matriculado en la escuela de Educación de Adultos— pero la sentencia recurrida no lo recoge como hecho probado. Por tanto, no resultaba de aplicación el art. 69 del CDEFA, y no existe infracción de la norma denunciada.

El motivo se desestima”.

Sentencia 4/2021, de 9 de febrero de 2021. N.º de Recurso 41/2020.

Ponente: Manuel Bellido Aspas

Adquisición servidumbre aparente de paso.

“QUINTO.- Decisión de la Sala. 19. El principal argumento del recurso —dejando de lado la revisión probatoria— se construye sobre la existencia de otra salida desde la finca de los actores.

Así, se reitera en el recurso que existe un camino público por el Sur que permite a los demandantes acceder a su parcela sin necesidad de utilizar la servidumbre que reclaman. También se afirma que la supuesta servidumbre no se ha utilizado por los demandantes para acceder a su finca desde hace más de 20 años, dado que nadie ha tratado de arreglar el camino del Norte —se alega que está deteriorado desde que tuvo lugar una importante granizada en el año 2003—, de manera que ha devenido impracticable y no se utiliza. 20.

A esta cuestión da respuesta la sentencia recurrida con dos argumentos.

El primero, de naturaleza procesal, al señalar: "Invoca la parte apelada que "los actores llevan accediendo a su propiedad de forma continuada y sin ningún problema por el camino del Sur, no precisando atravesar la propiedad de los demandados ni de ningún otro para poder acceder a la misma". Sin embargo, nada expusieron los demandados en el escrito de contestación a la demanda sobre esta cuestión, por lo que se trata de una alegación nueva que no puede ser introducida en esta alzada. En el suplico de dicho escrito interesaron una sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda, y subsidiariamente, en el caso de declararse o determinarse una servidumbre de paso a favor del predio de los demandantes, que se ubicara por el punto menos perjudicial para el predio sirviente con la correspondiente indemnización. Esta última petición fue considerada por el Juzgado como una reconvencción implícita y, como tal, fue inadmitida por auto de 8 de mayo de 2017".

Y el segundo, de carácter sustantivo: "Pero es que, además, como tuvo ocasión de manifestar esta Audiencia Provincial de Teruel en sentencia de 26 de noviembre de 2002, citada por la ahora apelada, a lo que se debe atender para la resolución de la cuestión controvertida no es si es más o menos dificultoso pasar por el lugar pretendido o es más o menos perjudicial para el predio sirviente, lo que tan solo resultaría relevante en el supuesto de una constitución ex novo de una servidumbre de paso, sino a constatar si se han dado las condiciones necesarias para que pueda considerarse constituida, existente. Tratándose de una servidumbre adquirida por usucapión, es irrelevante que se hayan venido utilizando otras vías al camino público construidas por el demandante, pues cuando no se discute la constitución de una servidumbre voluntaria de paso a favor de los actores, sino la existencia o no de una servidumbre voluntaria de paso adquirida por usucapión, huelga toda consideración acerca de la existencia o uso de otras salidas o pasos alternativos a tenor de lo dispuesto en el artículo 568 del Código Civil, que solo es de aplicación a las servidumbres forzosas.

El escrito de oposición a la demanda únicamente puede entenderse en el sentido de resistencia a la acción de la parte demandante, sin pretensión de una declaración autónoma".

21. Junto a estos acertados argumentos hemos de indicar que la pretensión de los recurrentes busca un cambio fáctico inadmisibles respecto de los hechos declarados probados en la sentencia de apelación, puesto que en esta ni se considera acreditado que el camino del Norte, por el que transcurre la servidumbre discutida, esté impracticable desde el año 2003, ni tampoco que los actores utilicen como vía exclusiva de acceso a su finca el llamado camino del Sur

que, en todo caso, ni siquiera parece que sea público, sino que se trataría de un camino que se construyó en 2002 —antes era impracticable— al constituirse una servidumbre de paso y mantenimiento de tubería de colector y agua, con destino a la depuradora de residuos, tal como resulta del informe emitido por el Ayuntamiento de Alcañiz, firmado por el Alcalde-Presidente el 1 de abril de 2015, y la escritura pública que lo acompaña. No obstante, y a efectos dialécticos, dado que en la sentencia de apelación se considera probado que existe una servidumbre de paso aparente adquirida por usucapión, al menos desde el año 1976 (ya que el dies a quo es el año 1966 o, incluso, alguno anterior), la posible falta de utilización de esta servidumbre por los actores desde la construcción del llamado camino del Sur en 2002 resultaría intrascendente para los intereses de la parte recurrente, puesto que no han transcurrido los 20 años exigidos por el art. 571.1 a) CDFA para que se extinga la servidumbre de paso por falta de uso. La propia parte interesada, en la página 61 de su recurso, dice que los actores no vienen haciendo uso del camino litigioso desde hace «casi 20 años», lo que es una expresión claramente interesada si consideramos que la demanda se interpuso en abril de 2016, cuando todavía no habían transcurrido más que 14 años desde la constitución de la servidumbre que permitió acondicionar y utilizar el denominado camino del Sur. 22.

El otro argumento que se defiende en el recurso para oponerse a la declaración de la servidumbre de paso es que nunca se inscribió en el Registro de la Propiedad, por lo que los demandados son terceros registrales de buena fe. Sin embargo, este razonamiento está llamado al fracaso, puesto que en este recurso extraordinario de casación debemos partir de la declaración como aparente de la servidumbre que se contiene en la sentencia de apelación.

Si esto es así, señala la doctrina autorizada (LACRUZ/LUNA) que «Los signos exteriores atribuyen a las servidumbres aparentes una publicidad equivalente a su inscripción en el Registro inmobiliario, y por ello surten efecto contra el adquirente del fundo gravado, aunque no resulte del Registro la existencia de tal servidumbre». También lo ha declarado así esta Sala, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencia de 1 de diciembre de 2009 (ECLI:ES:TSJAR:2009:1977), al decir: «La existencia de tal servidumbre es además oponible a terceros, aun no constando su inscripción en el Registro de la Propiedad, ya que como indica constante Jurisprudencia (así, v.g. sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2002, o 17 de octubre de 2006), no puede invocar la protección prevista en los artículos 13 y 34 de la Ley Hipotecaria quién, por ser aparente la servidumbre, conoce que, en contra de lo que resulta de las inscripciones del Registro de la Propiedad, la finca que adquiere no está libre de cargas». 23. Por todo lo expuesto, el motivo único de casación también debe ser desestimado”.

Sentencia 5/2021, de 17 de marzo de 2021. N.º de Recurso 48/2020.

Ponente, Javier Seoane Prado

Ejercicio de la guarda y custodia compartida con apoyo familiar

“CUARTO. - El tercer y último motivo se rotula del siguiente modo:

En virtud de lo dispuesto en el artículo 477.1 LEC, al entender que concurre infracción de norma aplicable, al considerar, dicho sea, en estrictos términos de defensa, vulnerados los artículos 79.5 y 80.2 del Código Foral Aragonés.

En lo que se refiere al primero de los artículos que se dicen infringidos, los argumentos impugnatorios son los mismos ya examinados al dar respuesta al primero de los motivos de casación, por lo que nos remitimos a lo allí expresado.

La vulneración del art. 80.2 CDFA se afirma porque la sala no ha atendido a los criterios señalados en el art. 80.2 CDFA a la hora de decidir el régimen de custodia más conveniente al menor.

Pues bien, sobre tal extremo hemos dicho en reiteradas ocasiones, antes y después de la reforma llevada a cabo por la L 6/2019, que lo relevante a la hora de decidir el régimen de guarda es el interés del menor, que debe ser apreciado en cada situación por los tribunales conforme a los hechos presentados y según la valoración dada a los mismos, de manera que solo podría apreciarse su infracción en el caso de que la misma resultara irracional, ilógica o arbitraria, o claramente atentatoria contra el interés del menor (SSTJA 21/2015 y 2/2020). En el presente caso la sala de apelación da razones suficientes en justificación de su parecer, y se corresponden con los criterios sentados en el art. 80.2 CDFA. Así, hace mención a la actual situación laboral del padre, que permite compatibilizar su vida laboral con el cuidado de su descendencia, y la implicación cada vez mayor de este en la atención de las necesidades de los menores; y cita el contenido del informe pericial psicológico, que sostiene un adecuado desarrollo de los menores bajo el actual sistema de guarda, así como que ambos progenitores se hallan perfectamente capacitados para atender sus necesidades. La crítica del recurrente se centra el señalar su discrepancia con el criterio de la sala de apelación en relación a la importancia que ha de ser dada a la utilización de terceros por uno de los progenitores en ayuda de su labor de cuidado.

Al efecto es de acoger la razón dada por la AP cuando señala, con cita de nuestra sentencia de 7 de diciembre de 2019 (STJA 6/2019), que la asistencia de terceras personas para el cuidado de la prole se hace muchas veces necesaria, y máxime en los supuestos de crisis matrimonial tras la ruptura; y al respecto conviene destacar la conclusión de hecho alcanzada por la Audiencia Provincial, que ha quedado incólume con el rechazo del recurso por infracción procesal, de que el padre se ocupa en la actualidad del cuidado de los menores y no delega el cumplimiento de dicha obligación en los abuelos paternos.

En consecuencia, procede también el rechazo de este último motivo, lo que conduce a la confirmación de la sentencia”.

Sentencia 7/2021 de 21 de abril. N.º de Recurso 50/2020.

Ponente Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Guarda y custodia y procedimiento por violencia intrafamiliar.

“SEXTO. - El primer motivo del recurso de casación se fundamenta en infracción del artículo 80.6 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), con base en que la sentencia recurrida confirma sin matices dejar sin efecto la guardia y custodia compartida y otorgar la guarda y custodia del menor a la madre porque está en trámite un procedimiento penal por violencia intrafamiliar.

Considera el recurrente que, en contra del carácter de indefinido con que se establece la custodia individual por el motivo indicado, este acuerdo no debe tener vocación de permanencia, sino que debe ser de carácter provisional, y referido tan solo al periodo de tiempo durante el que se tramite la causa penal. La sentencia recurrida expone sobre esta materia que:

“Está pendiente el proceso penal seguido contra el demandado, en el que existe una orden de protección a favor de la actora, con orden de alejamiento, sin que se haya comunicado en este procedimiento el estado de dichas diligencias y medidas”.

En consecuencia con ello, el fallo de la sentencia no modifica la custodia establecida en favor de la madre por la sentencia del Juzgado y, al modificar el régimen de visitas y tratar las entregas, establece la salvedad de que se harán las entregas del hijo por parte el padre en el punto de encuentro familiar o en el domicilio materno “si no subiste la orden de alejamiento”. Como se deduce de lo transcrito, la sentencia recurrida no efectúa el pronunciamiento que parece indicar el recurrente que contiene de que, en todo caso y con carácter de permanencia, la guarda y custodia será individual a cargo de la madre. Lo que la sentencia vincula a su decisión de mantener la custodia por parte de la madre es que el proceso penal está pendiente y que no se conoce su estado cuando la resolución es tomada. Pero no contiene decisión alguna sobre qué deberá hacerse una vez que termine el procedimiento penal.

Por tanto, este motivo de casación parte de un planteamiento jurídico distinto del que es fundamento de la sentencia recurrida, y no argumenta realmente en contra de la resolución ni contradice lo decidido en ella. Sobre ello, cabe además añadir que es plenamente ajustado a la previsión del artículo 80.6 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA) el pronunciamiento de que se trata, tal y como ha sido ya objeto de pronunciamiento por esta Sala, que, en la sentencia 28/2013, de 22 de julio que cita el propio recurrente, expresó: “La regulación de este precepto se configura así como meramente preventiva, a falta de decisión que haya podido tomarse en la propia jurisdicción penal que conozca de los hechos que aparecen como indiciariamente delictivos. Bien porque ya en el ámbito penal se haya dictado resolución motivada de la que resulte posible existencia de delito, bien porque el Juez competente en el ámbito civil así lo considere por las pruebas ante él presentadas, debe denegar la posible custodia al progenitor enjuiciado en vía penal. No alcanza esta norma, como es propio del momento temporal y procesal que en ella se trata, a disponer de modo definitivo sobre la atribución de la guarda y custodia, sino que limita su mandato al estado previo a la definición de si existió o no conducta penal probada. Porque, 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”.

En consecuencia, procede la desestimación de este primer motivo de casación”.

Sentencia 8/2021, de 28 de abril de 2021. N.º de recurso 4/2021.

Ponente: Javier Seoane Prado.

Incapacitación civil.

“CUARTO. - En cuanto a los motivos de casación que se hacen valer, a los que se ha adherido el Ministerio Fiscal en cuanto a la petición subsidiaria que contiene en recurso, tienen como soporte la discrepancia con los hechos declarados probados en la instancia, por lo que, rechazado el recurso de infracción procesal en el que se afirmaba error en la valoración de la prueba, se hallan destinados al fracaso, pues según doctrina jurisprudencial constante los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica: (i) que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración de la prueba; (ii) que no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión).

Así ha sido declarado entre otros en el ATS de 19 de diciembre de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:13624.^{*)}), y por esta sala en la S de 11 de febrero de 2015, rec. 51/2014 (ECLI: ES:TSJAR:2015:88). Así, en el segundo motivo, se sostiene la infracción por aplicación indebida del art. 38.2 en relación con el art. 34, ambos del CDFA, porque ha sido declarada la incapacidad sin que se den las condiciones establecidas en los mismos para que pueda ser declarada, porque su afectación no implica la existencia de una incapacidad absoluta, cuando la conclusión alcanzada en la instancia, que ha de ser respetada ante el fracaso del motivo de infracción procesal, sostiene que sí dan las condiciones contempladas por las normas invocadas, a saber: la existencia de una deficiencia o enfermedad de carácter permanente que inhabiliten al presunto incapaz para gobernar su persona y bienes por sí mismo.

Y lo mismo cabe decir en relación con el tercero de los motivos de casación, hecho valer con carácter subsidiario, en el que se sostiene la infracción, en esta ocasión por inaplicación, del art. 148 CDFA y de los arts. 1 y 2 del convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 y los artículos 199, 200 y 287 del CC. En el motivo se sostiene que la declaración de incapacidad debió limitarse a la curatela, pues afirma que el recurrente se halla capacitado para regir su persona. De nuevo el recurso choca con el inconveniente de que no respeta los hechos declarados probados en la sentencia de apelación, por lo que, al igual que el anterior, se halla destinada al fracaso”.

Sentencia 9/2021, de 28 de abril de 2021. N.º de Recurso 12/2021.

Ponente: Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Limitación temporal pensión compensatoria.

“CUARTO. - Las alegaciones del recurso se apartan en su exposición del pronunciamiento y fundamento que contienen tanto la sentencia recurrida como la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, no modificada por la apelada en el extremo que ahora es de interés. Porque el recurso se basa en cuál pueda ser el resultado de la venta de la vivienda que se ha acordado que tendrá lugar a partir del año 2024, y las sentencias no valoran tal cuestión: lo que fundamenta la decisión de cambio del importe de la asignación a partir de la venta de la vivienda común no es que ésta tenga lugar, o en qué condiciones se produzca, sino que en cuanto la venta se realice dejará de tenerse que pagar por ambos litigantes la hipoteca de 685 euros que grava el inmueble, de modo que la recurrente contará con una posición económica más desahogada.

Si, como indica la parte recurrente, la reducción de la asignación estuviera condicionada en las sentencias al hecho de que se venda el inmueble, o las condiciones en que se haga, o en cómo se encuentren para entonces los litigantes, es indudable que resultaría de aplicación la normativa que expone y la interpretación jurisprudencial recaída sobre ella. Porque ciertamente, en tal supuesto de partida, el importe de la asignación compensatoria se condicionaría en la actualidad a un hecho futuro incierto, especialmente en su contenido y alcance económico. Lo cual sería contrario al artículo 83 del CDFA, tal y como recoge la sentencia de esta Sala 24/2014, de 25 de junio que en favor de su tesis alega el recurrente, y en la que se indica, por referencia a doctrina anterior del Tribunal Supremo, que:

“El Tribunal Supremo recoge en su sentencia de 3 de octubre de 2.011, recurso 1739/2008, la doctrina sentada en otras como la de 3 de octubre de 2.008, recurso 2727/2004, citada en la de 27 de junio de 2.011, recurso 599/2009, sobre la valoración del desequilibrio que la pensión debe intentar compensar, considerando: ‘ a) que presupuesto básico para la concesión o reconocimiento de la pensión es la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges

provocado por la ruptura conyugal que determine, para el acreedor de la pensión, un empeoramiento con relación a la situación de la que disfrutaba en el matrimonio (y no una situación de necesidad, por lo que compatible su percepción incluso en caso de contar con medios económicos para subsistir), siendo necesariamente al tiempo de producirse la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver tanto lo referente a si procede o no reconocer el derecho y en qué cuantía, como además, sobre su duración indefinida o su fijación con carácter temporal; b) que partiendo de la concurrencia de desequilibrio, en la medida que la ley no establece de modo imperativo el carácter indefinido o temporal de la pensión, su fijación en uno y otro sentido dependerá de las específicas circunstancias del caso, particularmente, las que permiten valorar la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, siendo única condición para su establecimiento temporal que no se resienta la función de restablecer el equilibrio que constituye su razón de ser' Subrayamos que es 'necesariamente al tiempo de la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver tanto lo referente a si procede o no reconocer el derecho, y en qué cuantía, como además sobre su duración indefinida o su fijación con carácter temporal'.

Siendo así, el desequilibrio se aprecia en el momento de la ruptura y las circunstancias tenidas en cuenta en ese momento determinan su cuantía y duración, y ninguna de estas dos variables pueden ser inciertas o indeterminadas porque, por esencia, deben responder al concreto desequilibrio observado en ese momento. Si se señala una asignación compensatoria con posibles prórrogas en función de la situación en que se encuentre su acreedor dos años después, ya no se está atendiendo a una concreta situación de desequilibrio fijada dos años antes, y se está equiparando a una pensión alimenticia en razón de la necesidad". En definitiva, si la cuantía de la asignación compensatoria se condicionara al contenido y alcance del futuro contrato de venta, quedaría resuelta hoy una situación sobre la cual existe total incertidumbre, puesto que, realmente, no cabe saber en la actualidad con certeza en qué condiciones se hará la venta del inmueble, por todo lo cual no se atendería lo ordenado en el artículo 83 del CDA. Pero la cuestión es que, en contra de lo que valora la parte recurrente, ni la sentencia recurrida ni la que fue apelada, y confirmada en este extremo, parten de cómo se haga la venta. Para lo único que en ellas se contiene referencia a la venta es para considerar que a partir del momento en que tenga lugar, cesará para las partes la carga de pago de la hipoteca".

Sentencia 10/2021, de 12 de mayo de 2021. N.º de recurso 42/2020.

Ponente: Fernando Zubiri de Salinas

Régimen de guarda y custodia de los hijos comunes.

"QUINTO. - Recurso de casación.

Examen del primer motivo. Aunque la parte recurrida invoca la inadmisibilidad, al igual que lo ha hecho en los precedentes, examinaremos de modo conjunto las alegaciones sobre la admisibilidad del motivo y su procedencia, en cuanto se entrelazan argumentos relativos a la decisión y a la forma de interposición del recurso.

La decisión adoptada por la Audiencia Provincial en cuanto a la custodia de los hijos comunes es confirmatoria de la sentencia de primer grado, en sentido de continuar lo acordado en medidas provisionales adoptadas. Esta resolución se funda, especialmente, en el informe pericial del gabinete adscrito a los juzgados de familia, del que la sentencia de primera instancia destaca: que la madre se ha encargado con más intensidad del cuidado de los hijos durante el tiempo de convivencia; que existe una colaboración de ambos para ese fin; que los hijos mantienen

buena relación con ambos progenitores; y que, siguiendo la propuesta de la perito, se considere conveniente continuar el sistema vigente, pero reforzando el contacto con el padre, para lo cual se establece un régimen de visitas ampliado, con estancia de dos tardes a la semana con pernocta.

La Audiencia Provincial ha confirmado en este punto el fallo que fue recurrido en apelación, añadiendo el argumento de que el sistema acordado en las medidas provisionales lleva vigente diez meses y se está desarrollando sin ningún problema. Frente a ello, la denuncia de infracción de lo establecido en el art. 80.2 del CDFA no puede ser acogida. La Audiencia no ha vulnerado el precepto indicado por cuanto lo relevante es considerar el interés de los hijos menores, y así el precepto citado expresa que «El Juez adoptará la custodia compartida o individual de los hijos e hijas menores atendiendo a su interés, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores: a) La edad de los hijos. b) El arraigo social y familiar de los hijos. c) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años. d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. f) La dedicación de cada progenitor/a al cuidado de los hijos e hijas durante el periodo de convivencia. g) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.»

Es de recordar que el precepto citado fue modificado en su redacción por la Ley 6/2019, de 21 de marzo, que además de eliminar la preferencia legal por la custodia compartida, introdujo como elemento a considerar la dedicación al cuidado de los descendientes en el periodo de convivencia. Como mantiene la jurisprudencia del TS en aplicación del régimen establecido en el Código civil, <> —STS de 25-10-2012, n.º 633/2012, y las que en ella se citan—, criterio que es asumible en el recurso de casación foral aragonés; y en este mismo sentido se ha expresado la sentencia de esta Sala de 14 de mayo de 2020, n.º 10/2020.

Pues bien, de la lectura de las sentencias recaídas en primera y segunda instancia no se desprende que la decisión adoptada respecto a la custodia de los hijos menores de edad haya vulnerado el precepto citado, sino que ha ponderado las circunstancias concurrentes y ha concluido que, en interés de aquéllos, el sistema de custodia materna con un amplio régimen de visitas y pernocta con el padre es el más conveniente. A este respecto es de destacar que la sentencia recurrida ha tenido especialmente presente el criterio establecido en el apartado f) del artículo citado, y que la expresión de voluntad del hijo Argimiro es un dato a considerar, pero que dada su joven edad no puede constituir un factor vinculante para la decisión que la autoridad judicial ha de adoptar.

En consecuencia, el motivo se desestima”.

Sentencia 11/2021, de 12 de mayo de 2021. N.º de recurso 8/2021.

Ponente Ignacio Martínez Lasierra.

Pensión compensatoria: desequilibrio previo al matrimonio.

“CUARTO.- El artículo 83.1 del CDFA dispone: “El progenitor al que la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia, tendrá derecho a percibir del otro una asignación compensatoria”.

En el presente caso la esposa dejó de trabajar el 3 de mayo de 1994 (fundamento quinto de la sentencia de primera instancia), aproximadamente dos años y medio antes de contraer matrimonio (12 de octubre de 1996) y, según el certificado del IASS de 17 de abril de 2013 (documento 8 de la demanda), le fue reconocido un grado de discapacidad del 65 % y 10 puntos en el baremo de movilidad reducida. Según afirma en el hecho octavo de su demanda, durante los primeros años de su matrimonio se encontraba en situación de baja laboral por enfermedad común, y el 2 de febrero de 1998 le fue reconocida una prestación por incapacidad permanente absoluta (documento 13 de la demanda). Por esta prestación percibía en el año 2019 1.025,92 euros al mes, siendo retribuciones netas, sin retención y con ventajas fiscales y de otro tipo (fundamento cuarto de la sentencia de primera instancia). Dado que el esposo obtuvo unos ingresos de 3.561 euros netos al mes según la declaración de IRPF del año 2019 (3.133 euros según la información del PNJ, fundamento cuarto de la sentencia), en el momento de la ruptura del matrimonio se evidencia una desigualdad en las retribuciones de ambos. Conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, el desequilibrio económico puesto de manifiesto en el momento de la ruptura es un presupuesto de hecho requerido por la norma jurídica sin el cual no es posible el reconocimiento de la pensión compensatoria. Y, STS n.º 104/2014: “...lo que legitima que el cónyuge más desfavorecido por la situación de desequilibrio económico producida por la ruptura, pueda instar su compensación mediante una pensión a cargo del cónyuge menos desfavorecido, es que tal desequilibrio traiga causa de la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, razón por la cual la pensión, de concederse, deberá fijarse en cuantía y duración suficiente para restituir a este en la situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial”.

Como se ve, el desequilibrio debe traer causa de la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas del cónyuge más desfavorecido por la ruptura a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, de modo que la pensión debe ser de cuantía y duración suficiente para restituirle en la situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas.

La razón por la que las sentencias de esta Sala antes citadas no reconocieron la asignación compensatoria reclamada es porque el desequilibrio alegado no tuvo su causa en el matrimonio sino en la distinta cualificación profesional de inicio entre ambos, o en la constatación de que el matrimonio no privó de expectativas laborales o profesionales al cónyuge peticionario de la asignación, o que sus posibilidades laborales o profesionales no resultaron afectadas por la dedicación a la familia.

En el presente caso, en lo relativo a las expectativas laborales, la esposa partía de una situación de desigualdad desde antes del matrimonio debido a su enfermedad incapacitante, que le impedía trabajar. Pero no fue el matrimonio el que motivó esta situación, ni su dedicación al cuidado de la familia la que le impidió su desarrollo en este ámbito. Tampoco consta que el esposo viera especialmente favorecida su carrera como funcionario porque la esposa se dedicara a la familia. Como consta en el párrafo transcrito de la sentencia de primera instancia, no puede afirmarse que la esposa haya visto frustradas sus expectativas laborales por el matrimonio. Se refiere la sentencia a continuación a que por su dedicación a la familia ha aportado un trabajo no profesional pero sí doméstico. No tiene en cuenta la doctrina general expuesta en la misma sentencia un poco antes, de que “el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia”. Es decir, se exige que haya sido la mayor dedicación al cuidado de la familia la que ha

causado el desequilibrio, por la pérdida de expectativas, pero había afirmado antes que la privación de expectativas se debía a su enfermedad anterior. Ciertamente, aportó la esposa su trabajo en beneficio de la familia, de la misma forma que el esposo aportó el rendimiento de su trabajo como funcionario, lo que permitió a ambos un apreciable ahorro en fondos (más de 120.000 euros) y en la adquisición de la vivienda familiar, cuyo importe podrán distribuirse ambos en el momento de la liquidación del consorcio.

En definitiva, no se cumple el requisito del artículo 83.1 del CDFA de que la esposa haya sufrido un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia por la ruptura de la misma, en virtud de la cual pueda exigir al esposo una compensación, pues tal desequilibrio en relación con la posición del otro no trae causa del matrimonio. Por ello, la sentencia recurrida ha infringido dicho precepto y el motivo del recurso de casación debe ser estimado, con la consecuencia de la casación y anulación de la sentencia recurrida. Así pues, se casa la sentencia recurrida y se estima el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la sentencia de 22 de junio de 2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 16, que se revoca, y se deja sin efecto la asignación compensatoria asignada en la misma a la Sra. Irene”.

Sentencia 12/2021, de 19 de mayo de 2021. N.º de Recurso 5/2021.

Ponente: Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Momento de inicio de pago de pensión de alimentos.

“SEGUNDO. En el primer motivo de recurso de casación argumenta el recurrente, expuesto en síntesis, que en el caso presente no es de aplicación la regla general prevista en el artículo 148 del Código Civil, que ordena que el pago de la pensión alimenticia tenga lugar desde la presentación de la demanda por parte del alimentista. Estima el impugnante, por el contrario, que es de observar la doctrina establecida por la Sala Primera del Tribunal Supremo (TS) en el sentido de que no resulta de aplicación tal regla si el alimentante ha hecho frente a las cargas que suponen los alimentos incluso desde antes de que fuera presentada la demanda, que es, según afirma el recurrente, lo que sucede en el presente caso. La excepción cuya observancia pretende el recurso viene, efectivamente, recogida en reiterada jurisprudencia del TS. Cabe reproducir, como resumen de tal doctrina, la consideración contenida en la sentencia que referencia el propio recurrente, número 459/2018, de 18 de julio, en la que el TS señaló: “debe estarse a la doctrina sentada en sentencias de 14 de junio 2011, 26 de octubre 2011 y 4 de diciembre 2013, según la cual ‘debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda’. Sin duda esta regla podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces”.

Como resulta de la doctrina indicada, cabe excepcionar a la regla general de que el pago de la pensión de alimentos tenga lugar desde el momento de presentación de la demanda en que se haya reclamado su abono. El presupuesto para que pueda entenderse presente tal excepción será, lógicamente, y para evitar que se pague dos veces lo mismo, que el alimentante haya cumplido ya su obligación de pago de tales alimentos. Y tal presupuesto no queda acreditado que se dé en el caso de autos. Por el contrario, la sentencia recurrida parte del desconocimiento del dato de si han sido o no abonadas por el demandado cantidades por

alimentos y gastos de las hijas, y de su importe. De tal modo que defiere a momento posterior a su dictado la determinación de si tales pagos se hicieron para, en tal caso, minorarse la cantidad a pagar en lo que suponga lo ya abonado. Sí cabe deducir de las manifestaciones de la parte demandada en su escrito de demanda (folios 8 y 16 por ejemplo) que, efectivamente, el actor hizo algún pago antes de la presentación de la demanda rectora de este procedimiento. Pero no consta probado en la instancia si el pago se siguió haciendo después de presentada la demanda, ni tampoco, caso de haberse hecho, si su importe es el mismo que correspondía abonar en el importe que finalmente ha sido impuesto al demandado como alimentante. De modo que no cabe dar lugar a la aplicación de la doctrina jurisprudencial antes expuesta que permite, excepcionalmente, no señalar el momento de presentación de la demanda como el de comienzo de la obligación de pago de alimentos, puesto que en este caso no consta el presupuesto necesario de que el alimentante haya hecho frente a la totalidad de las cargas que suponen los alimentos desde antes de que fuera presentada la demanda. En consecuencia, procede la desestimación del primer motivo de recurso”.

Sentencia 13/2021, de 1 de julio de 2021. N.º de Recurso 14/2021.

Ponente: Manuel Bellido Aspas

Incapacitación, prueba.

“Único motivo de casación. 16. Se alega en este motivo la infracción del artículo 38.2 CDFA y su equivalente, el artículo 200 CC, que establecen que son causa de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. 17. La infracción de estos preceptos resulta, según el recurrente, de la valoración de las pruebas practicadas, de las cuales no se desprende que el Sr. Arcadio presente patologías que modifiquen la capacidad de autogobierno de su persona y bienes. Incide también el recurrente en que no se ha practicado en segunda instancia el dictamen pericial exigido por el artículo 752 LEC. 18.

En cuanto a la valoración de la prueba practicada, en el anterior fundamento de derecho se ha desestimado el motivo de infracción procesal que atacaba los hechos probados de la sentencia por realizarse una valoración errónea, arbitraria o ilógica. Por tanto, debiéndose mantener intangibles los hechos de la sentencia, no se aprecia en ella la alegada infracción del artículo 38.2 CDFA, puesto que, a juicio del tribunal sentenciador, tal como se motiva en la sentencia, concurren en el demandado causas de incapacitación, sin que corresponda a esta Sala valorar nuevamente la prueba como si estuviésemos ante una nueva instancia. 19.

En relación a la falta de práctica del informe pericial médico en segunda instancia, ya se ha dado cumplida respuesta al desestimar el motivo de infracción procesal interpuesto por esa razón. 20. Por último, se menciona en este motivo que el tribunal no ha motivado las razones por las que, al valorar la prueba practicada, alcanza la convicción que le lleva a incapacitar al demandado. Esta alegación también debe ser desestimada, no solo porque la sentencia argumenta detalladamente las razones de su decisión, sino, también, porque la falta de motivación de la sentencia debe ser motivo de infracción procesal y no de casación”.

Sentencia 14/2021, de 2 de julio de 2021. N.º de recurso 3/2021.

Ponente: Fernando Zubiri Salinas

Momento de disolución del consorcio conyugal.

“Examen del segundo motivo de recurso: determinación de la fecha de disolución del consorcio conyugal Denuncia el recurrente la infracción de los arts. 247 y 244 del CDFA y 1393, 1368 y 1388 del Código civil, al entender que la decisión de que la efectiva disolución del consorcio se establezca a fecha 7 de julio de 2018, como fecha del cese de la convivencia conyugal e inicio de vidas separadas, carece del mínimo fundamento jurídico e infringe los preceptos mencionados. Alega en defensa del motivo que en el caso de autos no concurren los requisitos necesarios de una separación de hecho libremente consentida por las partes, ya que la Sra. Constanza decidió salir del domicilio una vez interpuesta la demanda de divorcio, sin que el recurrente mostrara consentimiento alguno ante este comportamiento de la esposa, que dicha salida coincidió con el periodo vacacional de verano de la academia de idiomas que ambos regentaban, y que el hecho de que ella abriera una nueva cuenta bancaria no es motivo suficiente para admitir que la separación fuera consentida.

La determinación del momento de eficacia de la disolución se regula por lo dispuesto en el CDFA, conforme al art. 9.2 del Código civil, pues se trataba de un matrimonio contraído en Zaragoza que había fijado como residencia habitual en la población de Alagón (Zaragoza). El motivo de recurso ha de contraerse a examinar si la decisión judicialmente adoptada vulnera los preceptos citados del código aragonés. El art. 244 del CDFA establece que el consorcio se disolverá de pleno derecho, apartado b), cuando se disuelva el matrimonio, disolución que tiene lugar por divorcio conforme a la normativa general establecida en el art. 85 del Código civil. El art. 247 permite en su apartado 2 que «En los casos de nulidad, separación o divorcio y en los de disolución de la comunidad conyugal por decisión judicial, el Juez podrá retrotraer los efectos de la disolución hasta el momento de admisión a trámite de la demanda, pero quedarán a salvo los derechos adquiridos por terceros»; lo que se ha realizado en el caso de autos, por las razones expuestas en la sentencia de primera instancia y ratificadas en la ahora recurrida. Frente a ello no cabe invocar la oposición del recurrente al cese de la convivencia, ya que en nuestro sistema jurídico civil regulador del matrimonio la cohabitación no se puede imponer, y el divorcio como modo de disolución del matrimonio no exige mutuo acuerdo —arts. 85 y 86, en relación con el 81.3 del Código civil—. No era necesario, por tanto, que el marido consintiera la salida de su cónyuge del domicilio familiar. Además, era perfectamente razonable que la mujer, tras haber interpuesto demanda de divorcio y haber sido ésta admitida a trámite, no permaneciese en una convivencia no deseada y pasase a residir en otra vivienda, a la vez que abría una cuenta bancaria para llevar a cabo la ordenación de sus ingresos y gastos. Tampoco es obstáculo el hecho de que en la sentencia de divorcio no se adoptase decisión al respecto, pues no es exigido así en las normas enunciadas ni en la regulación procesal. La decisión adoptada parte de una petición formulada por la actora, es resultado de la valoración de la prueba correctamente realizada, de la que el juzgador infiere la existencia de una separación con la inequívoca voluntad de poner fin al matrimonio y al consorcio conyugal, y se ha realizado al amparo de los preceptos citados.

En consecuencia, el motivo se desestima”.

Sentencia 15/2021, de 7 de julio de 2021. N.º de Recurso 21/2021.

Ponente Javier Seoane Prado.

Reparto de gastos ocasionados por régimen de visitas tras ruptura familiar.

“El motivo de casación, en el que se afirma que la sentencia de la AP vulnera el principio de interés del menor contemplado en los arts. 92 y 146 CC y 76.2, 76.3 80.1 y 82 CDFA; así como el principio de reparto equitativo de cargas establecido en los arts. 90.c CC y 91 CC en relación con los arts. 76.3 y 82 CDFA. Para sostener el motivo recoge en su desarrollo varias sentencias del TS, así como de esta Sala que se han ocupado de establecer los criterios que han de ser tenidos en cuenta a la hora de distribuir entre los progenitores la carga que comporta el desarrollo del régimen de visitas y de vacaciones para que ambos padres puedan tener el contacto adecuado con los menores.

En todas las sentencias recogidas en el recurso se resalta, en efecto, que para dar respuesta a la cuestión ha de atenderse principalmente al interés superior del menor, que incluye tener contacto con ambos progenitores, así como a un reparto equitativo de cargas, pero también señala la jurisprudencia en ellas recogida que la cuestión es muy casuística, y depende de las circunstancias del caso, y al efecto resulta oportuno reproducir aquí la sentencia de esta Sala de sentencia n.º 39/2914, de 15 de diciembre de 2014 (recurso 41/2014), que recogemos en la 13 de julio de 2017, dictada en rc 17/2017 que cita la parte recurrente.

A los efectos que ahora interesan, destacamos en aquella ocasión como factor a tener en cuenta, las posibilidades de cada uno de los progenitores, y concluimos precisamente que:

“Teniendo en cuenta las disponibilidades personales y económicas de las partes será el padre el que habrá de soportar el mayor esfuerzo, pero sin descartar una implicación por parte de la madre, que también ha de esforzarse así en el mejor desarrollo del régimen de estancias y visitas. Para ello no resulta desproporcionado el reparto indicado en la sentencia de apelación, de que el padre se haga cargo de los gastos de desplazamiento para las visitas de fines de semana (en su caso podrá ser el desplazamiento directamente efectuado por el padre), y por mitad para los desplazamientos por vacaciones”

Esto es, en aquella ocasión dimos por buena precisamente la distribución de las cargas de desplazamiento que ahora se discute, por lo que no entendemos cómo dicha resolución es citada en apoyo del motivo que se estudia, pues responde precisamente a la distinta posición económica de los padres, que es el factor determinante de la decisión en el presente caso, como se explicita en la sentencia de apelación, en conclusión de hecho que aquí no es discutida por el recurrente por medio del oportuno motivo de infracción procesal.

En consecuencia, procede el rechazo también del motivo de casación”.

Sentencia 16/201, de 14 de julio de 2021. N.º de Recurso 17/2021.

Ponente: Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Custodia compartida. Valoración informes.

“CUARTO. Por tanto, y en conclusión, la omisión de valoración efectiva de los informes periciales que obran en autos ha supuesto en este caso una falta de apreciación respecto de una prueba que era de suma relevancia y muy trascendente al tiempo de decidir sobre la custodia que debe establecerse. Y ha sido una omisión que no se ha visto suplida por ningún otro

medio válido de prueba. Por tanto, finalmente, debe concluirse que la omisión indicada ha supuesto una vulneración real del derecho a la tutela judicial efectiva que asiste a las partes. Por todo lo cual procede, de conformidad con la solicitud que efectuó el recurrente y el Ministerio Fiscal, la estimación del primer motivo por infracción procesal formulado, declarando sin efecto la sentencia dictada y dictando otra en la que sea tenida en cuenta la repetida prueba pericial cuya valoración no hizo, injustificadamente, la sentencia recurrida. La estimación del primero de los motivos de infracción procesal excluye la posibilidad de entrar a valorar los motivos segundo y tercero, puesto que el segundo se basa en el error resultante de la omisión de la prueba cuya relevancia ya ha sido tenida en cuenta para estimar el primer motivo con efecto anulatorio de la sentencia recurrida, y el tercero es con carácter subsidiario para el caso de desestimación de los otros dos.

QUINTO. Estimado el recurso por infracción procesal, al tiempo de dictar nueva sentencia debe tenerse en cuenta lo expuesto en el recurso de casación, conforme ordena la disposición adicional 16.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este caso, el primer motivo de casación expone la conveniencia de que sea establecido un régimen de custodia compartida entre ambos progenitores, de carácter semanal, en iguales términos que la acordada por el Juzgado de Primera Instancia, cuya parte dispositiva quedó transcrita en el antecedente de hecho número cuatro de esta sentencia. Ciertamente, como indica la parte recurrente, y recogió la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Zaragoza, en este caso se evidencia con claridad que es más conveniente el establecimiento de la custodia compartida que el de la individual en favor de uno u otro progenitor. Abonan tal decisión, especialmente, la relación de los hijos entre sí y respecto de ambos progenitores, así como la inconveniente actitud adoptada por la madre ante la separación, y que puede llegar a ser perjudicial para los niños caso de ser ella la encargada de la custodia, tal y como han puesto de manifiesto ambos informes periciales ya referenciados antes.

Las concretas condiciones que la sentencia de primera instancia recogió para el desarrollo de la custodia compartida se consideran plenamente ajustadas a la previsión del artículo 80 del Código del Derecho Foral Aragonés, por lo que serán respetadas en su integridad. Procede, por tanto, la estimación del primer motivo de recurso de casación, acordando el régimen de custodia establecido en el fallo de la sentencia dictada por el Juzgado de instancia”.

Sentencia 7/2021, de 14 de julio. N.º de Recurso 22/2021.

Ponente: Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Valoración de la prueba en recurso de casación.

“El primer motivo del recurso de casación referido al fondo de la cuestión estima infringiendo el artículo 75.2 en relación con el artículo 80.2, ambos del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA en adelante), por cuanto, según resume en su párrafo segundo, la sentencia impugnada “es arbitraria y contraria a la ‘ratio legis’ de la norma aplicada por cuanto ha de prevalecer el interés superior de la menor; principio de “favor filii”; siendo el fallo dictado en este sentido incongruente con la valoración de la prueba y la fundamentación de la citada Sentencia”.

Como resulta de la transcripción expuesta, el motivo de casación indicado lo que realmente pretende es una valoración de la prueba practicada distinta de la que recoge la sentencia recurrida sobre cuál sea el mejor interés de la niña en este caso. Al respecto debe indicarse que el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite que en esta vía del recurso de

casación se valore de nuevo la prueba practicada, puesto que tal función corresponde al Juzgado en primera instancia, y a la Audiencia Provincial en segunda instancia.

Como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo, no cabe convertir al recurso de casación en una tercera instancia que permita revalorar la prueba verificada, ni por vía de los motivos de infracción procesal ni por los propios sustantivos de la casación. Así, por ejemplo, lo indica la reciente sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo número 352/2021, de 20 de mayo, cuando señala: “hemos reiterado hasta la saciedad, que el recurso de casación no es una tercera instancia, que posibilite una nueva revisión del material fáctico del proceso, sino que cumple una función asaz diferente; por un lado, nomofiláctica o protectora de las normas jurídicas de derecho material o sustantivo; y, por otra, de fijación de doctrina, mediante el establecimiento de criterios uniformes de interpretación y aplicación de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho en los términos del art. 1.6 del CC, que sirva de orientación y guía para resolver asuntos que guarden identidad de razón.

La técnica casacional exige, por consiguiente, razonar sobre la infracción legal, respetando los hechos y la valoración probatoria de la Audiencia (sentencias 142/2010, de 22 de marzo; 56/2011, de 23 febrero; 71/2012, de 20 febrero; 669/2012, de 14 de noviembre; 147/2013, de 20 de marzo; 5/2016, de 27 de enero; 367/2016, de 3 de junio, o más recientemente 477/2019, de 17 de septiembre; 365/2020, de 29 de junio, 476/2020, de 21 de septiembre y 83/2021, de 16 de febrero, entre otras muchas)”.

En sentido semejante, sentencia de la misma Sala número 364/2021, de 26 de mayo, recoge: “tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a estos efectos, dado que es necesario que concurran, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico —material o de hecho— es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales”.

Ninguno de los presupuestos y requisitos indicados está presente en el caso de autos para permitir modificar la conclusión probatoria obtenida por la sentencia recurrida. A pesar de que la sentencia recurrida revoca en lo esencial la razonada sentencia del Juzgado de Primera Instancia, es de observar que explica (aunque con suma parquedad y de modo muy abreviado) las razones que valora para establecer el régimen de custodia. En cualquier caso, no ha sido presentado recurso por falta de motivación. Y, salvada la extrema brevedad de los razonamientos, finalmente, y aunque de modo esquemático, la sentencia recoge mínimamente qué ha quedado probado, sin que exista motivo para entender que hay error en las conclusiones referidas, especialmente, a capacidad de los progenitores, funcionamiento del sistema de custodia establecido provisionalmente, posible conciliación de trabajo y atención de la menor, o situación laboral por parte del padre.

Por último se recogen las conclusiones que en el ámbito de su decisión discrecional corresponde tomar al tribunal de instancia sobre las cuestiones planteadas, sin que tampoco en esta labor judicial se observe que haya habido contravención directa o indirecta de la norma de aplicación ni, mucho menos, olvido o ignorancia del principio básico de atención preferente y en todo caso del interés del menor, puesto que las razones recogidas en la sentencia tienden a lograr lo que se ha considerado mejor para la niña afectada por el cese de convivencia de sus progenitores”.

Sentencia 18/2021, de 16 de julio de 2021. N.º de Recurso: 23/2021.

Ponente: Ignacio Martínez Lasierra.

Acción de adición de inventario en liquidación consorcial.

“El primer motivo alega vulneración de los artículos 1079 y 1.410 del Código civil en relación con los artículos 259, 261, 263, 270 del CDFA. Sostiene el recurrente que la ratio decidendi para desestimar el recurso de apelación, como la desestimación de la demanda en la sentencia de primer grado, es la improcedencia de la acción de adición de inventario porque los esposos habían suscrito un pacto de relaciones familiares con liquidación y adjudicación del patrimonio consorcial, sin mención a los derechos de crédito del actor, y que tal razonamiento vacía de contenido la acción instada porque el artículo 1079 Cc. para la partición sucesoria, aplicable a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales por remisión del artículo 1410, parte de la premisa fáctica de que exista la mutua aceptación por los partícipes de la comunidad hereditaria (o consorcial) en la liquidación, y que ésta haya concluido. Y la sentencia exige un requisito (el desconocimiento cuando firmó el pacto de la existencia de unas partidas importantes), que no aparece en la regulación legal, siendo irrelevante si se han omitido las partidas por desconocimiento, por ignorancia del derecho o por falta de asesoramiento. Pone de manifiesto la parte recurrida en su escrito de oposición que hasta el recurso de casación el recurrente nunca había reseñado ninguno de los preceptos del CDFA que ahora considera vulnerados.

A este respecto debe recordarse que el artículo 270 del CDFA dispone que “a la liquidación y división del consorcio conyugal les serán de aplicación, en lo no previsto en esta sección y en tanto lo permita su naturaleza, las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria”.

La sentencia de esta Sala n.º 15/2017, de 4 de julio, recurso 10/2017, con base en este precepto, acoge la aplicación supletoria de la regulación del Código civil, en concreto del artículo 1079 del que —decíamos— recoge el principio favor partitionis. Añadíamos que, de acuerdo con la jurisprudencia que interpreta este precepto (STS de 20 de octubre de 2012 y las que en ella se citan), la adición que ahí se permite debe referirse a bienes de escasa importancia pues en otro caso se produciría la nulidad de la partición y la práctica de una nueva.

En el mismo sentido la STS de 13 de marzo de 2012 al afirmar que solo habrá lugar a salvar la partición por medio de una adición o complemento cuando los bienes omitidos no sean de gran importancia en relación al total del caudal hereditario, ya que en caso contrario procede la anulación. Igualmente, la STS de 4 de enero de 2013 que entiende que cuando la omisión de bienes por cuantía y entidad sea de mayor alcance ha de irse a la nulidad o rescisión.

A ello se refería la sentencia recurrida al afirmar que las posibilidades previstas en los artículos 1056, 1057, 1079 y 1080 Cc, deben ser aplicadas de manera restrictiva.

En cuanto a la trascendencia de haber practicado la liquidación y adjudicación del patrimonio conyugal mediante pacto, la sentencia le atribuía especial significación por la aplicación de la doctrina de los actos propios, y por haberse realizado de plena conformidad, declarando las partes que nada más tenían que reclamarse. Sorprendía al tribunal que nada se hubiera alegado en su momento y que se hiciera con posterioridad, tras la total liquidación, división y venta, pretendiendo la existencia de una deuda del consorcio de una cantidad tan importante (437.831 euros) respecto al caudal partido (80.000 euros cada uno).

El recurrente alega, como principal argumento de su recurso, que el artículo 1079 Cc. no exige para el ejercicio de la acción de adición que la razón de su solicitud sea el desconocimiento de la existencia de partidas no alegadas en su momento.

A la vista de la jurisprudencia citada, conforme a la cual la adición solo tiene sentido respecto a bienes de poca importancia, pues en otro caso ha de acudir a la nulidad o rescisión de la partición, no cabe que la parte descontenta con el resultado final de la liquidación pactada pueda, en cualquier momento posterior y sin causa alguna para tal comportamiento, pretender deshacer lo acordado y provocar una nueva liquidación por la vía de la adición de bienes que, por naturaleza, solo ha de admitirse cuando sean de menor importancia. Por ello, solo puede ser justificada tal pretensión cuando los bienes que se pretenden incorporar no se hubieran aportado en su momento por razones de desconocimiento de su existencia, y tan solo para completar lo pactado o acordado judicialmente. El desconocimiento de la existencia de esos bienes resulta un presupuesto necesario para poder pretender dar un vuelco a lo ya realizado. De otra forma, se estaría aceptando que en cualquier momento una de las partes pudiera, sin justificación, modificar absolutamente una liquidación y partición terminada, por la vía de la adición de bienes de menor importancia y no, en su caso, por la de la nulidad.

En consecuencia, este motivo del recurso debe ser rechazado y con ello el recurso en su integridad”.

Sentencia 20/2021, de 13 de octubre de 2021. N.º de Recurso 33/2021.

Ponente: Javier Seoane Prado.

Extinción pensión alimenticia a los 26 años. Devolución de cantidades.

“TERCERO.- El primero de los motivos de casación afirma vulneración del art. 69 CDFA porque se ha declarado la extinción de la pensión alimenticia en la fecha en la que el hijo cumplió los 26 años de edad, cuando en dicho momento no había terminado los estudios.

El motivo ha de ser rechazado por dos órdenes de razones.

La primera razón es porque desconoce los hechos declarados probados en la instancia que se mantienen inalterados en este recurso extraordinario al haber sido rechazado el motivo de infracción procesal, y es doctrina jurisprudencial consolidada que tal falta de respecto a los hechos probados supone tanto causa de inadmisión del recurso como causa de desestimación del admitido (AATS 25 de 9/2019 en los recursos 1563/2019 y 3136/2017, y STS 130/2020).

La segunda razón, es porque olvida que, de acuerdo con la norma aragonesa antes transcrita, 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.

Así, en nuestra S 17/2017 hemos dicho que:

«Ciertamente este Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el impacto que la superación por el hijo de la edad de 26 años tiene en la prolongación del deber de crianza y educación por el padre que establece el art. 69 CDFA. A tal efecto han de ser citadas las SS n.º 8/2009, 3/2010; 11/2011 15/2011, 20/2012 y 24/2013. Todas ellas contienen expresiones referidas a

que tal acontecimiento determina la extinción de la obligación de crianza prestada con dicha base legal, y que una vez producida la extinción no es posible rehabilitarla.

[...]

compartimos en este punto el criterio sustentado en el recurso de que la prolongación del deber de crianza y educación expira al cumplir el alimentista la edad de 26 años, pues así resulta de la norma, y es doctrina de esta Sala que ha quedado más arriba reflejada que, una vez extinguido, no puede ser rehabilitado, de todo lo cual se deduce que la decisión por la que haya de extenderse más allá del límite legal debe ser anterior a que éste sea alcanzado».

En consecuencia, la obligación del actor de contribuir al sostenimiento de su hijo ha de entenderse extinguida ope legis desde la fecha en la que este alcanzó la edad de 26 años, esto es, el 29 de agosto de 2018.

El motivo, por tanto, ha de ser desestimado.

CUARTO.- Segundo motivo de casación. Infracción arts. 111, 113, 116 y 154 CC.

Sostiene el motivo que la AP ha vulnerado tales preceptos al dotar de efectos retroactivos a la extinción de la obligación alimenticia, y condenar a la demandada a la devolución de las sumas percibidas desde que Eduardo cumplió la edad de 26 años.

Pues bien, ninguna de dichas normas ha sido aplicada en las sentencias de primer grado para decidir sobre los efectos en el tiempo de la extinción, sino los arts. 106 CC y 774.5 LEC que cita la AP; y esta Sala no encuentra razón alguna que exija la aplicación de las normas que se afirman vulneradas en el recurso. Así, el art. 111 CC se refiere a la exclusión de la patria potestad, los 113 CC y 116 CC a la acreditación y determinación de la filiación, y el art. 154 CC a las obligaciones generales de los padres respecto de los hijos no emancipados. Ninguno de ellos trata de la cuestión de las causas de extinción de la obligación alimenticia derivada de la paternidad, ni menos de los posibles efectos retroactivos de las sucesivas resoluciones judiciales sobre alimentos.

En consecuencia, ni por aplicación errónea, ni por inaplicación indebida pueden entenderse vulnerados dichos preceptos por la decisión de la sentencia recurrida de retrotraer los efectos de la declaración de extinción de la obligación de contribución del padre al sostenimiento de su hijo en el momento en el que éste cumplió 26 años, ni por la condena a la madre a devolver los que percibió desde entonces.

En cuanto a la jurisprudencia que cita, es cierto que existe un nutrido cuerpo de resoluciones jurisprudenciales sobre la cuestión de los efectos en el tiempo que han de producir las decisiones sobre alimentos, lo que ocurre es que la misma no ha acudido a los preceptos que invoca el motivo, sino fundamentalmente a los arts. 106 CC y 148 CC, y 774.5 LEC (SSTS 483/2017 y 147/2019), sin perjuicio de algunas resoluciones que han acudido al art. 93 CC para negar legitimación a la madre para reclamar alimentos para los hijos mayores en los litigios matrimoniales cuando no se dan los presupuestos establecidos en dicha norma (STS 223/2019); o a los principios de abuso del derecho o enriquecimiento injusto cuando ha habido convivencia defraudadora, ocultación de hechos, o ausencia de necesidad de recibirlos (STS 147/2019).

En consecuencia, el motivo merece ser rechazado por este solo motivo. No obstante, y para agotar la cuestión en aras a una completa satisfacción de la tutela judicial efectiva, hemos de señalar que la jurisprudencia citada por la recurrente tampoco conduce a la estimación del motivo por las razones que pasamos a exponer.”

Sentencia 21/2021, de 15 de noviembre de 2021. N.º de Recurso 29/2021.

Ponente: Ignacio Martínez Lasierra

Privación autoridad familiar padre, asumida por abuelos maternos.

“TERCERO.- La sentencia de primer grado consideró que no concurrían los presupuestos previstos en el artículo 90.1 del CDFA para acordar la privación de la autoridad familiar del padre, por no constar acreditado el incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones familiares.

Estima que las incidencias surgidas en el cumplimiento del régimen de visitas, descritas en los certificados del Colegio DIRECCION000, no tienen la importancia suficiente, y concede mayor relevancia al incumplimiento del deber de abonar la pensión de 120 euros mensuales fijada en el auto de 14 de marzo de 2019, pero que aun así no se justifica la privación de la autoridad familiar. Valora positivamente la convivencia del menor con los abuelos maternos durante los últimos cuatro años, cuando la madre dejó la relación con el padre y fue a vivir a casa de sus padres, y después con ellos tras su fallecimiento, y la mínima convivencia del menor con su padre, además del resultado de la prueba practicada por el equipo psicosocial que puso de manifiesto la buena atención y cuidado de los abuelos y, por el contrario, la falta de valores adecuados del padre y la ausencia en él de un plan de guarda y custodia estable, así como un estilo educativo de baja sensibilidad hacia los demás, con bajo nivel afectivo y agresividad, demostrativo de un perfil de personalidad desadaptado a las necesidades psicoevolutivas del menor e incompatible con el ejercicio parental. Aconsejaban los peritos otorgar la autoridad familiar y la guarda y custodia del menor a los abuelos maternos, y así lo acordó el juzgado, que también les atribuyó la gestión y administración del patrimonio del menor conforme al artículo 92 del CDFA.

En este punto la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca confirmó que el padre no estaba incurso en causa de privación de la autoridad familiar por no haber incumplido grave y reiteradamente los deberes familiares conforme al artículo 90 del CDFA, pero que procedía la suspensión de la autoridad familiar por la imposibilidad de ejercerla (artículo 90.1.d CDFA) declarada por resolución judicial, y no porque la autoridad familiar hubiera sido asumida de hecho por los abuelos, en cuyo caso el artículo 91.2) establece que la asunción de hecho no conlleva la suspensión de la de los padres. Demostrada la imposibilidad del padre para ejercer la autoridad familiar, y declarada por resolución judicial (artículo 91.1.d CDFA), la consecuencia prevista en el artículo 92.3 es la determinación del régimen de guarda y protección y el nombramiento de las personas que hayan de cumplir las funciones (en este caso los abuelos maternos), proveyendo también sobre la administración de los bienes del menor. En consecuencia, la sentencia desestima el recurso del padre y estima parcialmente el de los abuelos maternos únicamente en el sentido de declarar la suspensión de la autoridad familiar del padre. Como se ha dicho al resumir el contenido del apartado primero del motivo de casación, su fundamento se reduce a discrepar de la valoración de la prueba sobre el incumplimiento del padre de sus deberes familiares.

Ya la sentencia de primer grado, confirmada en este punto por la de apelación, estimó que los mismos hechos que combate la parte recurrente en su recurso de casación no cumplían los requisitos previstos en el artículo 90.1 del CDFA para privar al padre de la autoridad familiar. La parte no ha interpuesto recurso por infracción procesal al amparo del artículo 469.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, única posibilidad de modificar la valoración de la prueba realizada en la instancia en los supuestos extraordinarios de error patente o arbitrario, por lo que ha de estarse a la resultancia de tal valoración, ya que no cabe convertir el recurso de casación

en una tercera instancia. En consecuencia, no ha habido infracción del artículo 90.1 del CDFA por lo que se rechaza el motivo del recurso, en su apartado primero, y se confirma en este punto la sentencia recurrida en cuanto acordó la no privación de la autoridad familiar del padre pero sí la suspensión de la misma por las razones expuestas, y su ejercicio por los abuelos maternos”.

Sentencia 22/2021, de 22 de diciembre. N.º de Recurso 39/2021.

Ponente: Javier Seoane Prado.

Contribución de cónyuges en custodia compartida. Falta de proporcionalidad, falta de lógica o arbitrariedad.

“TERCERO.- Recurso por motivo de Casación.

Pese al desarrollo en tres alegaciones, el recurso contiene un único motivo: la vulneración del art. 82.1 y 2 CDFA por infracción del principio de proporcionalidad que el mismo establece, pues la primera de las alegaciones da por reproducidos los argumentos empleados en justificar el cuarto de los motivos de infracción procesal, y el segundo a justificar el interés casacional, lo que no integra propiamente un motivo de casación sino la vía por la que se accede al recurso (STS 4 de noviembre de 2020, rc 677/2017).

El precepto que se dice infringido dice:

«1.- Tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo.

2.- La contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinarán por el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económico disponibles por los padres».

Pues bien, es doctrina de esta Sala, que sigue en esto la pauta marcada por la fijada por el TS, que el juicio de proporcionalidad en el momento de establecer las respectivas contribuciones con la que los padres han de contribuir al sostenimiento de los hijos no es por lo general susceptible de control por medio del recurso de casación, pero ello tiene como importante excepción que tal determinación adolezca de evidente falta de proporcionalidad, falta de lógica o arbitrariedad (SSTSJ Aragón 2/2012, 32/2012, 11/2020 o 19/2020 entre otras muchas).

Y esto es lo que ocurre en el presente caso, en el que se entiende adecuada la decisión de la primera instancia de establecer una contribución del padre de 390 € y de la madre de 210 € al mes para los gastos ordinarios, así como del 65 % para el primero y del 35 % para la segunda para los extraordinarios, por razón de las circunstancias económicas de cada uno de los implicados, y sin embargo se incluye una ayuda para la madre por un importe prácticamente igual al fijado como contribución que corresponde a ésta para el sostenimiento de la prole, de tal forma que pese a unos ingresos que guardan una relación del 65 % 35 %, se impone al padre una contribución de 590 €, esto es, un 98,33 % de la contribución total para el sustento de la descendencia, y deja reducida la que corresponde a la madre a 10 €, o lo que es lo mismo un 1,66 %.

En consecuencia, el motivo ha de ser estimado”.

4. DIVULGACIÓN Y ESTUDIO DEL DERECHO FORAL ARAGONÉS

CHARLAS, ENCUENTROS Y CONFERENCIAS.

A lo largo del 2021 la Institución ha vuelto a la labor de divulgación del Derecho civil aragonés, mediante la impartición de diversas charlas, tanto en la Universidad de la Experiencia de la Universidad de Zaragoza, como en la Universidad Senior de la Universidad San Jorge. En ambas se produjo por parte del lugarteniente la lección de cierre de los respectivos cursos específicos de Derecho foral aragonés.

Las conferencias en la materia realizadas en 2021 fueron las siguientes:

- 27 de abril” La perspectiva de género en el código de derecho foral aragonés” Centro asociado de la UNED en Calatayud por el Justicia Ángel Dolado.
- 30 de septiembre: “Reforma del código civil en materia de discapacitaciones” Plena Inclusión, por el Lugarteniente del Justicia Javier Hernández
- 20 de octubre “Nueva legislación sobre incapacitaciones, su aplicación en Aragón” XII Jornadas de Alzheimer en Aragón por el Lugarteniente del Justicia Javier Hernández.
- 30 de noviembre “La obligaciones paterno-filiales en derecho aragonés” AZAJER, por el Lugarteniente del Justicia Javier Hernández y el Asesor de Atención a la Ciudadanía, Justicia e Interior, David Acín
- 1 de diciembre “Modificación de la legislación civil” Autismo Aragón
- 2 de diciembre “La incidencia del Derecho foral aragonés en nuestros días”. Sesión final del Curso de la Universidad San Jorge Senior

Los Encuentros del Foro de Derecho Aragonés alcanzaron en 2021 su XXX edición, y como en años anteriores, se desarrollaron en tres sesiones.

Las dos primeras jornadas, celebradas los días 9 y 16 de noviembre en el salón Carlos Carnicer del Colegio de Abogados de Zaragoza, versaron sobre La reforma de la discapacidad y su incidencia en el derecho aragonés y la Legislación y respuesta judicial ante la pandemia en Aragón.

Y la tercera tuvo lugar el día 23 de noviembre y con un carácter especial tanto en su forma como en su contenido, pues gracias a la colaboración del Ayuntamiento de Huesca el acto tuvo lugar en el Salón del Justicia del consistorio oscense, y en el mismo se hizo un balance sobre la evolución del Derecho Foral de Aragón y las aportaciones que se han realizado desde el Foro de Derecho Aragonés.

El programa completo de esta edición fue el siguiente:

REFORMA DE LA DISCAPACIDAD Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO ARAGONÉS

Coponentes

D.^a Aurora López Azcona

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Zaragoza

La necesaria reforma del Código aragonés a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad

D. Adolfo Calatayud Sierra

Notario

El notariado ante la reforma: el caso aragonés

D. Armando Barreda Hernández

Magistrado

Efectos procesales de la reforma en Aragón

LEGISLACIÓN Y RESPUESTA JUDICIAL ANTE LA PANDEMIA EN ARAGÓN

Coponentes

D. Javier Albar García

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

La posición del Tribunal Superior de Justicia: una crónica jurisprudencial

D.^a Eva Sáenz Royo

Profesora Titular de Derecho Constitucional

Universidad de Zaragoza

Problemas constitucionales surgidos en Aragón con motivo de la pandemia

D. Julio Tejedor Bielsa

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Zaragoza

La normativa estatal y aragonesa de la pandemia

SESIÓN CONMEMORATIVA DE LA XXX EDICIÓN DE LOS ENCUENTROS

Ponencia

D.^a Carmen Bayod López.

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Zaragoza

D. José Antonio Serrano García

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Zaragoza

La evolución del Derecho Foral Aragonés y las aportaciones del foro de derecho aragonés a lo largo del tiempo

Mesa Redonda moderada por

D. Saúl Gazo Ortiz de Urbina
Letrado

Intervinientes

D. Javier Sancho Arroyo y López-Rioboo.
Letrado

D. Ignacio Martínez Lasierra.
Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

El Foro 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, Colegio de Abogados de Zaragoza, Colegio de Abogados de Huesca, Colegio de Abogados de Teruel, Colegio de Procuradores de Zaragoza, Universidad de Zaragoza, Universidad San Jorge, Colegio Notarial de Aragón y Colegio de Registradores de la Propiedad.

PUBLICACIONES

El “Manual de Derecho Foral” editado en 2020 fue presentado el 30 de marzo de 2021 en el Patio de la Infanta de Ibercaja.

Este nuevo manual tiene su antecedente en el “Manual de Derecho Civil Aragonés” que salió a la luz en el año 2006 y del que se publicaron cuatro ediciones hasta el año 2012, y que, tras modificaciones legislativas, se hacía necesaria una actualización.

El Manual de Derecho Foral Aragonés ha sido editado por el Justicia de Aragón con la colaboración de Fundación Ibercaja, y coordinado por los profesores José Antonio Serrano y por Carmen Bayod.

Han participado los miembros del grupo de Investigación y Desarrollo del Derecho civil aragonés, (Grupo IDDA): Jesús Delgado, Elena Bellod, José Luis Argudo, Miguel Lacruz y Aurora López junto con Antonio García Gómez.

Por otro lado, y en una nueva iniciativa de la colaboración entre el Justiciazo y la Dirección General de Desarrollo Estatutario del Gobierno de Aragón, se ha editado “Derecho Foral de Aragón. Guía Práctica”, que quiere servir para plasmar de forma breve las singularidades de las instituciones más características de nuestro derecho foral, con una breve introducción histórica.

La nueva publicación ha surgido como necesidad y actualización de la obra “Introducción y antecedentes históricos del Código de Derecho Foral de Aragón” que se estaba agotada y que durante años había servido para, de una forma sencilla, mostrar pinceladas de esa singularidad nuestra que es el Derecho Foral.

Fue presentada el 22 de diciembre en un acto en el que la catedrática de derecho civil, Carmen Bayod, realizó una exposición de los aspectos más destacados de nuestro derecho civil propio.

Otras publicaciones realizadas han sido:

- “Derecho Foral de Aragón. Guía Práctica”

Coeditada con el Gobierno de Aragón, recoge la historia y figuras más destacadas de nuestro derecho civil propio a través de un lenguaje sencillo, comprensible y divulgativo.

- “El original de la Letra Intimada: La carta autógrafa del Justicia de Aragón Juan Jiménez Cerdán (1435)”.

La investigación de los autores, Carlos Laliena, Guillermo Tomás y Sandra de la Torre en el Archivo Histórico de Protocolos Notariales de Zaragoza, les ha permitido encontrar el manuscrito autógrafo de Juan Jiménez Cerdán, que contiene la redacción que entregó al notario que debía transformarla en una carta pública, así como los añadidos de última hora que hizo con la finalidad de pulir el texto inicial.

La Letra intimada es mucho más que una carta. Son las memorias políticas de uno de los protagonistas de la historia de la Corona de Aragón durante un tiempo convulso, y un manifiesto político que reivindicaba las libertades del reino y el rol del Justicia en su salvaguarda.

En las décadas que siguieron a su redacción en 1435, la carta alcanzó tal resonancia que, desde 1496, se incorporó a las impresiones de los Fueros de Aragón a modo de epílogo. Gracias a ellas conocíamos el texto hasta ahora.

El libro presenta un hallazgo de gran interés: la carta del puño y letra de Juan Jiménez Cerdán. Se incluye el facsímil, la edición del texto original en aragonés y su traducción al castellano, aparte del estudio introductorio y las biografías de los personajes mencionados.

El original, además, resuelve bastantes erratas que dificultaban la comprensión de algunos pasajes. Por último, pero no menos importante, muestra la lengua aragonesa que escribía Jiménez Cerdán, libre de los abundantes castellanismos que se infiltraron en la impresión de 1496.

B) NOTICIAS DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL

CAMBIOS EN LA COMPOSICIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL. OTRAS NOTICIAS (2016-2022)

JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA

Catedrático de Derecho Civil

Vocal de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil

Las últimas noticias de la *Comisión Aragonesa de Derecho Civil* (CADC), publicadas en la *RDCA-2015-2016-XXI-XXII*, págs. 349 a 354, se terminaron de escribir el 22 de febrero de 2016, a los pocos días de la entrada en vigor de la modificación de los arts. 535 y 536 del CDFA; desde entonces hasta el día en que finalizo este escrito han pasado seis años y algo más de ocho meses, ya concluyó la Legislatura IX y nos hallamos próximos al término de la X, que tendrá lugar en la primavera de 2023.

En este tiempo, la *Comisión* ha celebrado un total de veinticinco sesiones, algunas de forma no presencial, que tienen su adecuado reflejo en las Actas 265 a 289, pero, además, y es lo que vamos a destacar en primer lugar, ha experimentado notables cambios en su composición, así como en la regulación de su organización y funcionamiento, con reflejo en la Presidencia y Secretaría.

I. CAMBIOS EN LA COMPOSICIÓN DE LA COMISIÓN

A la primera de las sesiones de este periodo de tiempo del que aquí nos ocupamos, la de 1 de junio de 2016 (Acta 265), ya no asisten los dos vocales Registradores de la Propiedad, José Luis Batalla Carilla y José García Almazor, que, con motivo de su jubilación, presentaron escritos solicitando su sustitución como miembros de la *Comisión* (el 18 de febrero de 2016, tuvieron entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón); el Consejero de Presidencia (Vicente Guillén Izquierdo) pidió a la Decana del Colegio de Registradores que le propusiera, no solo uno como pide el Decreto 10/1996, de 20 de febrero, del Gobierno de

Aragón, que regulaba por entonces la composición y funciones de la *Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, sino dos nuevos candidatos para ser nombrados vocales de la Comisión, siendo propuestos por el Decanato Joaquín José Oria Almudi y M.^a del Carmen Betegón Sanz, ambos Registradores de la Propiedad de Zaragoza.

Por Decreto de 18 de julio de 2016 (BOA núm. 150, de 4/8/2016), el Presidente del Gobierno de Aragón, Javier Lambán Montañés, dispone:

“Primero.— El cese, a petición propia, de Don José Luis Batalla Carilla y Don José García Almazor, 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 Don Joaquín José Oria Almudi y Doña M.^a del Carmen Betegón Sanz, ambos Registradores de la Propiedad de Zaragoza.”

Al comienzo de la sesión de 8 de febrero de 2017 (Acta 268), el Presidente de la *Comisión*, Jesús Delgado Echeverría, comunica el reciente nombramiento de María Ángeles Parra Lucán para desempeñar el cargo de Magistrada de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo. Desde entonces esta vocal tiene dificultades para asistir a las sesiones de la *Comisión*.

En la sesión de 16 de febrero de 2022, el Presidente da cuenta de que Doña María del Carmen Betegón Sanz ha presentado su renuncia por motivos personales y le ha sido aceptada (Acta 276). Al final de esa misma sesión también comunica a la Comisión su decisión de dimitir de su condición de vocal por motivos personales Don José-Manuel Enciso Sánchez, quien esa misma tarde envía su renuncia al Gobierno de Aragón.

Con fechas de 9 y 16 de febrero de 2022, se reciben en la Vicepresidencia, los escritos de ambos miembros de la Comisión solicitando su cese por motivos personales. Puesto que en la Comisión ya hay un Notario (Don Adolfo Calatayud Sierra) y un Registrador (Don Joaquín José Oria Almudi) nombrados a propuesta de su respectivo colegio profesional, el Vicepresidente del Gobierno propone la sustitución de los dos vocales cesantes por dos profesoras de reconocido prestigio en el campo del Derecho civil aragonés, tanto por su labor profesional como investigadora, siendo ambas miembros del Grupo de Investigación y Desarrollo del Derecho Civil de Aragón.

De esta manera, por Decreto de 24 de febrero de 2022, a propuesta del Vicepresidente, el Presidente del Gobierno de Aragón, Don Javier Lambán Montañés, dispone el cese de los dos vocales que lo han pedido, agradeciéndoles los servicios prestados, y, a la vez, el nombramiento como nuevos vocales de la Comisión de Doña María del Carmen Bayod López y Doña Aurora López Azcona (BOA núm. 42, de 2 de marzo de 2022). Las nuevas vocales asisten ya a la sesión presencial habida el mismo día de la publicación de su nombramiento en el BOA (Acta 278).

En esa sesión de 2 de marzo de 2022 (Acta 278), una vez que se han nombrado e incorporado a la Comisión personas nuevas y más jóvenes, en ruegos y preguntas, Don José-Antonio Serrano García comunica a la Comisión su renuncia al cargo de Secretario de la misma, cargo en el que fue nombrado el 15 de noviembre de 2001 y en el que ha permanecido sin interrupción durante más de veinte años. Hasta que se pueda nombrar un nuevo Secretario, continuará en el cargo como Secretario en funciones.

II. CAMBIOS EN LA REGULACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN.

El BOA núm. 121, de 24 junio 2022, publica el 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, que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOA. Su Disposición derogatoria única deroga el Decreto 10/1996, de 20 de febrero (BOA núm. 24, de 28 de febrero de 1996), por el que se establecían las normas reguladoras de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

La Comisión Aragonesa de Derecho Civil es un órgano consultivo del Gobierno de Aragón que tiene por objeto el estudio, análisis, actualización y difusión del Derecho Civil aragonés (art. 1 del nuevo Decreto), que *está adscrita al Departamento con competencias en materia de Derecho civil aragonés* (art. 2.1; en la actualidad la Vicepresidencia del Gobierno). Sus funciones tradicionales las reitera el art. 3.

En cuanto a la composición, dice el nuevo Decreto que la Comisión *estará integrada por un mínimo de 7 y un máximo de 13 vocales, nombrados* (con carácter honorífico: art. 4.5) *por Decreto del Gobierno de Aragón a propuesta del titular del Departamento competente en materia de Derecho civil aragonés* (art. 4.1). Con anterioridad estaba compuesta por un mínimo de 5 y un máximo de 11 miembros (art. 3.1 Decreto 10/1996). Como antes, 5 vocales lo son a propuesta de instituciones (el TSJA, el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón, el Colegio Notarial de Aragón, el Decanato autonómico de Aragón del Colegio de Registradores de la Propiedad, y la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza), y el resto son propuestos libremente por el titular del Departamento competente en materia de Derecho civil aragonés (art. 4.2 Decreto 86/2022).

Es novedad también que, ahora, pueden existir vocales honorarios en el supuesto previsto en el art. 5 apartado 3: *Los miembros de la Comisión, al cumplir los setenta y cinco años, pasarán a tener la condición de vocales honorarios. Los vocales honorarios podrán participar en las reuniones, deliberaciones y trabajos de la comisión, con voz pero sin voto, así como realizar los estudios que quien ostente la Presidencia de la Comisión pueda encomendarles. Su cese solo se producirá por las causas previstas en las letras b) a e) del apartado anterior.* No hay, por tanto, una edad máxima como causa de cese de los vocales honorarios, si bien éstos no computan a efectos de determinar el número máximo de vocales de la Comisión (art. 4.4).

III. CAMBIOS EN LA PRESIDENCIA DE LA COMISIÓN

Por aplicación del art. 5.3 del Decreto 86/2022, Don Jesús Delgado Echeverría, mayor de 75 años de edad a su entrada en vigor, dejó automáticamente de ser vocal ordinario de la Comisión y, por tanto, dejó de desempeñar la Presidencia de la misma; ahora, Don Jesús Delgado Echeverría, y también Don Javier Sancho-Arroyo y López Rioboo, igualmente mayor de 75 años en ese momento, han pasado a tener la condición de vocales honorarios.

De manera que, la primera sesión de la Comisión tras la vigencia del nuevo Decreto, celebrada el 29 de junio de 2022 (acta 281), la preside Don Fernando García Vicente como presidente suplente, porque, vacante la Presidencia de la Comisión y hasta que haya un nuevo vocal nombrado por el Gobierno de Aragón para desempeñarla, las funciones propias de la Presidencia las desempeñará, como dice el art. 7.2 del nuevo Decreto regulador de la Comisión, el vocal de mayor antigüedad y edad, por este orden. De los vocales nombrados en 1996 (Decreto de 19 abril, BOA núm. 47, de 24 abril), siguen siendo vocales ordinarios Don Adolfo Calatayud Sierra, Don Fernando García Vicente y Don José Antonio Serrano García, y de ellos el de más edad es Don Fernando García Vicente, razón por la que le corresponde ser el Presidente suplente.

En esa primera sesión, el Presidente suplente, en nombre de toda la Comisión, agradece a los vocales que han pasado a tener la condición de honorarios la estupenda labor desempeñada en la Comisión en beneficio de todos los aragoneses. En particular, agradece al ya expresidente, Don Jesús Delgado Echeverría, la tarea que ha realizado en estos 26 años al frente de la Comisión, la forma en que ha sabido conducirla, su autoridad y sabiduría, lo que ha hecho posible que el Derecho civil aragonés haya adelantado en este tiempo más que en siglos.

El orden del día de esta primera sesión ya incluye dos puntos para proceder, en primer lugar, a la “Elección de Presidente de la Comisión” y, después, a la “Elección de Secretario de la Comisión”. Para la elección de Presidente hay que atenerse a lo dicho en el apartado 2 del art. 6 del Decreto regulador: “La Comisión propondrá a uno de sus miembros para desempeñar la Presidencia, correspondiendo al Gobierno de Aragón su nombramiento”.

En dicha sesión, Don Jesús Delgado Echeverría, en su condición de vocal honorario, propone a Don Fernando García Vicente para desempeñar la Presidencia de la Comisión, porque cree que es interesante que lo sea él, como ya ha comentado con bastantes vocales, por ser el vocal ordinario de más edad de entre los más antiguos; también porque ha sido Justicia de Aragón 18 años y ahora puede poner su prestigio y su saber hacer al servicio de la Comisión y el Derecho civil aragonés.

Para Don Fernando García Vicente el ofrecimiento de la Presidencia de la Comisión es un honor y una satisfacción, pero considera que, como le faltan nada mas 18 meses para cumplir los 75 años, solo debe aceptar la Presidencia si no hay otros candidatos y se le propone por acuerdo unánime. No hay más

candidatos y nadie manifiesta su oposición a que lo sea Don Fernando García Vicente, con lo que se acuerda por aclamación proponerle al Gobierno de Aragón para ser nombrado nuevo Presidente de la Comisión. El elegido acepta la propuesta.

IV. CAMBIOS EN LA SECRETARÍA DE LA COMISIÓN

Como se ha dicho ya, Don José-Antonio Serrano García consideró que había llegado el momento oportuno para dejar de ser Secretario de la Comisión y presentó su renuncia al cargo en la sesión de 2 de marzo de 2022 (Acta 278), la comunicó al Presidente del Gobierno y siguió en funciones hasta el nombramiento de uno nuevo.

Había sido nombrado Secretario en 2001 (el 15 de noviembre) por el Presidente Marcelino Iglesias, a propuesta de la Comisión y en sustitución de Doña M.^a Ángeles Parra Lucán. En la sesión en que presentó la renuncia, el Presidente de la Comisión, en su nombre y en el de todos los vocales, le agradeció los servicios prestados, no solo por la tarea de confección de las Actas, sino también por otras muchas facetas de comunicación y relación que conlleva la secretaría. Otros vocales recalcan el agradecimiento por la incommensurable labor desempeñada a lo largo de tantos años, así como el valor de las Actas como instrumento imprescindible para reconstruir la historia e interpretación del Derecho aragonés en esta época.

En la sesión siguiente a su renuncia, celebrada el 9 de marzo de 2022 (Acta 279), se incluyó en el orden del día un punto sobre “Acuerdo para proponer nombramiento de Secretario de la Comisión (art 3.3 Decreto 10/1996 de 20 de febrero)”. Pero, como dice el Acta, en la ronda de conversaciones que el Presidente tuvo con los miembros de la Comisión ninguno le manifestó su disposición para ser el nuevo Secretario y el miembro más joven, Doña Aurora López Azcona, no puede asumirlo hasta el verano, momento en el que se compromete a aceptarlo.

Con la entrada en vigor del nuevo Decreto regulador el día 25 de junio de 2022, la elección del Secretario de la Comisión cambia ligeramente. Ya no dice que la Comisión propondrá al Presidente de la Diputación General el nombramiento de un Secretario de entre sus miembros (como decía el art. 3.3 del Decreto 10/1996, de 20 de febrero), ahora el art. 6.3 del nuevo Decreto regulador se limita a decir que “la Comisión elegirá de entre sus miembros a quien haya de desempeñar la Secretaría”. Por tanto, se interpreta que el nombramiento lo hace directamente la propia Comisión, de modo que si el elegido acepta desempeñar la Secretaría queda automáticamente nombrado Secretario de la misma, con la consecuencia de que el Secretario en funciones deja de serlo en ese mismo momento, sin perjuicio de que los cambios se notifiquen al Gobierno para su conocimiento y ratificación.

Finalmente, como se ha dicho, el orden del día de la sesión de 29 de junio de 2022 (Acta 281) vuelve a incluir un punto para la “Elección de Secretario de la

Comisión”. De conformidad con lo ya acordado en la sesión de 9 de marzo (Acta 279), Doña Aurora López Azcona, que es la vocal más joven, acepta la propuesta que de forma unánime le hacen los demás vocales para que desempeñe la Secretaría de la Comisión y queda elegida Secretaria de la misma. La nueva Secretaria recibe las felicitaciones de los demás miembros y manifiesta que intentará desempeñar el cargo lo mejor que pueda a la vista del ejemplo de los que han sido sus predecesores.

V. ACUERDO DEL GOBIERNO DE ARAGÓN SOBRE LA PRESIDENCIA, SECRETARÍA Y VOCALES HONORARIOS DE LA CADC

El gobierno de Aragón, en su reunión celebrada el día 13 de julio de 2022, acuerda:

“*Primero.*- El nombramiento de D. Fernando García Vicente, como titular de la Presidencia de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

“*Segundo.*- El nombramiento de D.^a Aurora López Azcona, como titular de la Secretaría de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

“*Tercero.*- El reconocimiento de D. Jesús Delgado Echeverría y de D. Javier Sancho-Arroyo y López Rioboo, como vocales honorarios de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.”

Por Orden de 22 de julio de 2022, del Vicepresidente, se da publicidad a este Acuerdo: lo publica el BOA núm. 151, de 4 de agosto de 2022.

VI. RELACIÓN DE ASUNTOS EN QUE HA INTERVENIDO LA COMISIÓN DESDE FEBRERO DE 2016 A MITAD DE NOVIEMBRE DE 2022

1. Informe de la CADC sobre la *Proposición de Ley en relación a la personalidad jurídica de las comunidades o sociedades de montes de origen vecinal*: Consultar las Actas 265, de 1 de junio de 2016, y 266, de 16 de noviembre de 2016.

2. Debates y textos articulados de la CADC para *ajustar el Código del Derecho Foral de Aragón a la Ley de Jurisdicción Voluntaria*: Consultar las Actas 264, de 10 de febrero de 2016, y 266, de 16 de noviembre de 2016, previas a la propuesta de textos articulados; el debate de la propuesta de textos tiene lugar en las sesiones de 25 de enero de 2017 (Acta 267), 8 de febrero de 2017 (Acta 268), 1 de marzo de 2017 (Acta 269), 15 de marzo de 2017 (Acta 270), 29 de marzo de 2017 (Acta 271), 26 de abril de 2017 (Acta 272).

En las *Actas de los XXVII Encuentros del Foro* (El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2018, págs. 127 a 202) puede leerse y consultarse, además de la ponencia y las coponencias, una tabla comparativa de la regulación vigente de los arts. 18, 46, 49, 50, 51, 54, 77, 102, 103, 117, 128, 129, 132, 140, 141, 154, 155, 172, 175, 244, 276, 348, 404, 438, 440 y 531 CDFA y la regulación para ellos propuesta por la *Comisión Aragonesa de Derecho Civil* hasta ese momento.

3. Informe de la CADC sobre la *Proposición de Ley de modificación del artículo 71 del Código de Derecho Foral de Aragón*. Consultar Acta 273, de 1 de octubre de 2020, el Informe figura como Anexo a dicha Acta.

4. Informe de la CADC sobre el *Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón (TRLPA)*, en lo que afecta a la regulación de los inmuebles vacantes y los saldos y depósitos abandonados. Consultar el Acta 274, de 9 de diciembre de 2020, y sus anexos.

5. Intervención de la CADC, representada por el vocal Rafael Santacruz Blanco, en la tramitación del *Proyecto de ley de reforma de la Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón*, para evitar la desaparición de la posibilidad del Gobierno de Aragón de encomendar a la CADC la elaboración de los anteproyectos de ley sobre Derecho foral civil aragonés.

6. Elaboración por la CADC del *Anteproyecto de ley de modificación del art. 348 CDFA* (sobre interpelación sucesoria). Consultar el Acta 275, de la sesión on-line de 12 de julio de 2021, y su anexo. El mismo texto aprobado en 2017 para la reforma del art. 348 CDFA (Acta 271, de 29 marzo 2017), dentro de los ajustes a la Ley de Jurisdicción Voluntaria, es el aprobado ahora por unanimidad para este Anteproyecto de Ley.

El Anteproyecto aprobado por la Comisión (incluido como Anexo al Acta 275) no se ha convertido en Proyecto de Ley independiente, si bien en estos momentos figura como parte del Anteproyecto de Ley de modificación puntual del libro tercero del Código del Derecho Foral de Aragón, relativo a las sucesiones por causa de muerte, elaborado por la Vicepresidencia del Gobierno y el Departamento de Ciudadanía y Derechos Sociales, primera redacción de 1 de abril de 2022, en tramitación (<https://acortar.link/06uZP6>).

7. Informe de la CADC 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*. Solicitado por el Vicepresidente del Gobierno por escrito de 17 de junio de 2021. Consultar las Actas 275, de la sesión on-line de 12 de julio de 2021, Acta 276, de la sesión de 16 de febrero de 2022, Acta 277, de 23 de febrero de 2022, Acta 278, de 2 de marzo de 2022, Acta 279, de 9 de marzo de 2022, y, finalmente, Acta 280, de 6 de abril de 2022, en la que se aprueba por unanimidad el informe redactado por el Presidente de la Comisión, que figura como anexo a esta última Acta.

8. Informe de la CADC sobre el *Anteproyecto de Ley de aragoneses y aragonesas en el exterior y sus comunidades*. Consultar Acta 277, de 23 de febrero de 2022, Acta 278, de 2 de marzo, y Acta 279, de 9 de marzo de 2022, que incorpora el Informe como anexo.

9. Informe de la CADC sobre el *Anteproyecto de ley de modificación puntual del libro III del CDFA relativo a la sucesión por causa de muerte*. Consultar Acta 281, de 29 de junio de 2022, y Acta 282, de la sesión on-line de 20 de julio de 2022.

10. Trabajos de la CADC para la elaboración del *Anteproyecto de ley de modificación del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad de las personas*. Antes de recibir el encargo formal del Gobierno, que tiene lugar el 15 de junio de 2022, en la sesión de 6 de abril de 2022 (Acta 280), ya se forman ponencias internas o grupos de trabajo en el seno de la Comisión para preparar borradores parciales de textos articulados de la parte general, los apoyos voluntarios y la autocratela, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

En la sesión de la Comisión de 29 de junio de 2022 (Acta 281), los tres Grupos de Trabajo ya han hecho entrega de sus respectivos borradores de texto articulado.

El texto de la ponencia de parte general se comienza a debatir en la sesión de 7 de septiembre de 2022 (Acta 283), y continúa en las sesiones de 14 de septiembre de 2022 (Acta 284), 28 de septiembre (Acta 285), 5 de octubre de 2022 (Acta 286), 19 de octubre (Acta 287), 26 de octubre (Acta 288), y 9 de noviembre (Acta 289). En esta última sesión termina el debate de la Parte general, aunque se pospone a momento ulterior el debate sobre los artículos que regulan la validez o invalidez de los actos de las personas con discapacidad, y empieza el debate de la ponencia sobre medidas voluntarias de apoyo.

VII. REFORMAS DEL CÓDIGO DE DERECHO FORAL DE ARAGÓN SIN INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN

Sin ningún tipo de intervención de la *Comisión Aragonesa de Derecho civil*, en el periodo de tiempo del que se ocupan estas Noticias, el Código del Derecho Foral de Aragón ha sido modificado en tres ocasiones:

a) Por la *Ley 15/2018, de 22 de noviembre, sobre la tributación de la fiducia aragonesa en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones* (BOA núm. 240, de 13/12/2018): su Disposición adicional única modifica el artículo 451 CDFA, al que adiciona una nueva letra d), con la siguiente redacción:

«d) En caso de aplazamiento, la garantía del pago del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.»

b) Por la *Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón* (BOA núm. 7, de 11/01/2019): su Disposición final tercera modifica el art. 311 CDFA, al que añade un nuevo apartado 3, con la siguiente redacción:

«3. En caso de fallecimiento de un miembro de una pareja estable no casada, el otro miembro de la pareja debe poder tomar parte, en las mismas condiciones que en caso de matrimonio, en los trámites y las gestiones relativos a la identificación y disposición del cadáver, el entierro, la recepción de objetos personales o cualquier otro trámite o gestión necesaria.»

c) Por la *Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación 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 en materia de custodia* (BOA número 66, de 4 de abril de 2019): su artículo único modifica el art. 80.2 CDFA para suprimir la preferencia legal por la custodia compartida y añadir un nuevo factor a tener en cuenta para adoptar un tipo u otro de custodia en interés del hijo; con estas modificaciones el art. 80.2 CDFA queda redactado como sigue:

«2. El Juez adoptará la custodia compartida o individual de los hijos e hijas menores atendiendo a su interés, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:

- a) La edad de los hijos.
- b) El arraigo social y familiar de los hijos.
- c) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.
- d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.
- e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.
- f) *La dedicación de cada progenitor/a al cuidado de los hijos e hijas durante el periodo de convivencia.*
- g) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.»

La Disposición final indica que “La presente Ley entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial de Aragón», por tanto, el 24 de abril de 2019.

En Zaragoza, a 13 de noviembre de 2022.

C) CURSOS, CHARLAS, SEMINARIOS Y LIBROS 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 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 2022-2023, *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. 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, Javier Pérez Milla, María Biesa Hernández y el doctorando Gerardo Aguas Valero, que ha sustituido a la profesora López Azcona, por razones de agenda.

El curso cuenta con la colaboración y financiación del Justicia de Aragón, que imparte la lección de clausura del curso. Este año, por enfermedad del Justicia Dolado, pronunció la lección de clausura su lugar teniente, D. Javier Hernández.

La directora del curso, Carmen Bayod, tuvo el honor de impartir la lección inaugural de la Universidad de la Experiencia en la sede de Teruel, con una disertación sobre “El amor y el Derecho civil de Aragón”.

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 8.^a edición (septiembre 2022-abril 2023).

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. 71 y 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. 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 2022 a abril de 2023, 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, además, ha habido un cambio de plataforma, hasta ahora se venía utilizando el servicio prestado por la UNED y este curso se utiliza Moodle desde el servidor del CGPJ.

3. I CONGRESO INTERNACIONAL PERSONA Y DERECHO CIVIL: LOS RETOS DEL SIGLO XXI (PERSONA, GÉNERO TRANSGÉNERO; INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ANIMALES SENSIBLE)

Los días 22 y 23 de junio de 2022 se celebró en Zaragoza el mencionado Congreso internacional que estuvo organizado por grupo IDDA. Lo dirigió la Dra. Carmen Bayod y lo coordinaron el profesor Lacruz y el doctorando Gerardo Aguas.

En el Congreso se debatió sobre los grandes retos en el siglo XXI a los que se enfrenta el Derecho civil. En efecto, el Derecho de la persona, contenido permanente del Derecho civil, está dando una vuelta de tuerca a través de la propia concepción del ser humano y la importancia que en su determinación juega la autonomía de la voluntad.

La distinción tradicional entre hombres y mujeres, en respuesta a un sexo biológico, se encuentra ahora superada ante la posibilidad de que la autonomía de la voluntad permita elegir el sexo emocional e incluso no adscribirse a ninguno de los hasta ahora conocidos, todo ello con una posible respuesta legal a través de diversas propuestas legislativas en ese sentido.

No cabe duda de que todo ello influye en la regulación que el Derecho debe ofrecer ante esta situación, tanto a nivel civil, (estado y condición de las personas); como en sobre todo su influencia en aspectos penales (cómo queda afectado, por ejemplo, la violencia de género) o laboral.

Junto a todo ello, aparecen otros retos: la nueva concepción de los animales como seres dotados de sensibilidad y la inteligencia artificial, con una propuesta de crear una personalidad robótica, exigen una reflexión desde el Derecho civil, la Filosofía del Derecho y los Derechos humanos.

Este I Congreso internacional sobre Persona y Derecho civil: los retos del siglo XXI, pretende reflexionar sobre todas estas cuestiones y proponer posibles respuestas para servir con ellas a los ciudadanos y, tal vez, influir en una mejor legislación.

Para ello se contó con la participación de diversos especialistas, a saber: los catedráticos de Derecho civil: Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, María Ángeles Egusquiza Balmaseda, María Paz García Rubio, Antoni Vaquer Aloy; José Ramón de Verda y Beamonte; y el profesor Lacruz Mantecón; también se contó con especialistas de otras ramas del Derecho: María Ángeles Rueda Martín (penal); Eva Sáenz Royo (constitucional); Sara Alcázar Ortiz (laboral); Santiago Álvarez González (Internacional privado) y María José González Ordovás (Filosofía del Derecho). Participó también Félix Jodra Abuelo, Comisario del CNP. En el ámbito internacional contamos con María Carmela Venuti (Palermo); Rui Miguel Prista Patrício Cascão (Coimbra) y Martín Ebers (Polonia/Alemania).

El Congreso fue patrocinado por el Justicia de Aragón, la Dirección General de Desarrollo Estatutario y Programas europeos, el Instituto de Patrimonio y Humanidades y la Facultad de Derecho.

Fue un éxito, no solo en asistencia, sino, fundamentalmente en la presentación de comunicaciones a los diversos paneles, que junto con las ponencias, ofrecieron significativos resultados de investigación.

En razón de todo ello, se ha elaborado un libro colectivo que se editará, con la misma denominación del Congreso, por Tirant Lo Blanch. En dicha obra se recogerán las ponencias y comunicaciones presentadas al Congreso y seleccionadas por el Comité científico del Congreso que estuvo presidido por el Dr. Argudo, que

junto a mí coordina esta publicación. El Comité científico que valoró las comunicaciones a efectos de defensa y publicación estuvo compuesto por el Dr. Argudo, como presidente junto con los doctores Bellod Fernández de Palencia, López Azcona y Pérez Milla, todos ellos miembros efectivos del grupo IDDA.

4. SEMINARIO SOBRE LIBERTAD RELIGIOSA, TOLERANCIA Y EXCLUSIÓN

Los días 3 y 4 de noviembre de 2022 se celebró en la Facultad de Derecho de Zaragoza el seminario referido, que estuvo dirigido por Guillermo Vicente y Guerrero.

La lección inaugural la impartió la catedrática de Filosofía del Derecho y magistrada del Tribunal Europeo de Derechos humanos doña María Elósegui.

El seminario contó con tres secciones: en la primera, sobre los Fundamentos y bases teóricas de la libertad religiosa, intervinieron los doctores José Ignacio Solar Cayón, Fernando Arlettaz y Óscar Vergara Lacalle; la segunda versó sobre el desarrollo histórico de la libertad religiosa en Europa, y en ella participaron con sendas ponencias los doctores Roberto Ceamanos Llorens, Guillermo Vicente y Guerrero, Marcos Arjona Herráiz y Pilar Salomón Cheiiz; la tercera y última trató sobre sus Problemas actuales y restos de futuro, y estuvo a cargo de los doctores: Zoila Combalía Solís, Pilar Diago Diago, Marta Albert Márquez y Andrés García Inda.

La inauguración del seminario contó con la presencia del Decano de la Facultad de Derecho, D. Antonio García Gómez y con la IP del Grupo IDDA, doña Carmen Bayod; la clausura estuvo a cargo de la secretaria de la Facultad de Derecho, doña Sofía de Salas Murillo y de la secretaria general de la Universidad, doña María Ángeles Rueda Martín.

5. JORNADA SOBRE MÁS DE UNA DÉCADA DE VIGENCIA DEL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN

El 30 de noviembre de 2022 se celebró en la Facultad de Derecho de Zaragoza la referida Jornada, que contó con financiación de la Institución «Fernando el Católico». Esta Jornada estuvo organizada por el Grupo IDDA y por Real e Ilustre colegio de abogados de Zaragoza.

El 23 de abril de 2011 entró en vigor el Código del Derecho foral de Aragón, hace más de una década que regula las relaciones privadas de los aragoneses.

El Código foral de Aragón contiene el Derecho civil de un nuevo milenio, está pensando para durar y dar cumplida repuesta a los problemas que se presenten a los aragoneses y otros ciudadanos europeos o nacionales españoles en este siglo XXI.

Tras estos diez años de vigencia, y algunas modificaciones, parece razonable que se le dedique una Jornada de reflexión sobre cómo ha sido su aplicación a lo largo de este espacio de tiempo y, acaso también, a pensar en algunas cuestiones de futuro, consideramos que es este un homenaje a nuestro Derecho civil foral aragonés.

Para ello, la Jornada se desarrolló a lo largo de la mañana en tres mesas redondas.

La primera, moderada por José Luis Artero (abogado y académico de número de la Academia aragonesa de Jurisprudencia y legislación), tuvo como objeto analizar *El Código del Derecho foral de Aragón y su aplicación en los tribunales de Justicia*, interviniendo como ponentes David Arbués Aisa, abogado y vocal de la CADC e Ignacio Martínez Lasierra, Magistrado Jubilado del TSJA. En la segunda se abordó el tema *El Código del Derecho foral de Aragón en las notarías y registros*, en ella intervinieron Adolfo Calatayud Sierra, notario, vocal de la CADC y académico de número de la Academia aragonesa de Jurisprudencia y legislación, junto a María Pilar Palazón, registradora de la propiedad y académica de número de la academia aragonesa de Jurisprudencia y legislación; la mesa la coordinó el catedrático de Derecho civil, José Antonio Serrano García. La última mesa, coordinada por Carmen Bayod y bajo el título *El Código del Derecho foral de Aragón y su relación con otras materias*, contó con la participación de Francisco Pozuelo Antoni, Director General de Tributos. Gobierno de Aragón y académico de número de la Academia aragonesa de Jurisprudencia y legislación; Gabriel Morales Arruga, jefe de la asesoría Jurídica de Ibercaja e Iván Pineda, secretario del Colegio de Gestores y profesor del Máster Universitario de Gestión Administrativa.

La conferencia inaugural, con el título Variaciones sobre el tema ‘Códigos y duración’: conceptos e historia, estuvo a cargo de D. Jesús Delgado Echeverría, Catedrático jubilado de Derecho civil y profesor honorario de la Universidad de Zaragoza.

La jornada contó con la presencia de los Decanos de la Facultad de Derecho y del R. e I. Colegio de abogados de Zaragoza, en la inauguración y con el Lugarteniente del Justicia de Aragón y el Director General de Desarrollo Estatutario de Programas Europeos en la Clausura de la Jornada.

6. RENOVACIÓN DE LA CADC

Las profesoras Carmen Bayod López, catedrática de Derecho civil y Aurora López Azcona, profesora de Derecho civil y ambas miembros del Grupo IDDA (Investigación y Desarrollo del Derecho civil de Aragón), grupo de referencia S.15-R.20, reconocido y financiado por el Gobierno de Aragón y dirigido por Carmen Bayod como investigadora principal, han sido designadas como vocales de la CADC por Decreto de 24 de febrero de 2022, del Presidente del Gobierno de Aragón.

7. RENOVACIÓN DE LA REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

El pasado 16 de mayo de 2022 se reunió el Consejo Asesor de la RDCA bajo la presidencia del Dr. Delgado Echeverría y los secretarios Dr. Serrano y Dra. Bayod, que lo han sido desde 1995.

En aquella sesión el punto segundo del orden del día decía: Renovación, en su caso, de los diversos cargos de la Revista: Dirección, coordinación, secretarios, Consejo asesor y Comité científico. (Se adjunta documentación).

A los secretarios de la Revista, con el visto bueno de su director, nos pareció que era el momento de renovar la RDCA y darle una nueva perspectiva, como advertimos en 2019 cuando comenzamos a trabajar sobre *25 años de jurisprudencia aragonesa*, al efecto de homenajear a la RDCA y dar a luz a una obra que, con dicho título se editó por Tiran Lo blanca, que analizase la evolución del Derecho civil de Aragón a través de la jurisprudencia.

El resultado de esa sesión y, otra más que tuvo lugar el 20 de julio de 2022, dio como resultado una nueva dirección de la Revista, un nuevo Consejo Asesor y la novedad de la creación de un Consejo de Redacción; también la revista, en la sección Estudios se desdobra en dos subsecciones, una dedicada al Derecho civil aragonés y otra sobre Filosofía del Derecho, Historia del derecho y Derecho comparado.

Al frente de la secretaría está el Dr. Guillermo Vicente y Guerrero, miembro del Grupo IDDA, quien ha guiado con entusiasmo y rigor este primer número de una nueva era. La coordinación de la revista está a cargo de doña María Ángeles Ruiz Blasco, Decana del Colegio de Registradores Aragón. La dirección sigue recayendo en el maestro Delgado. La composición de los Consejos Asesor y de Redacción obran en las primeras páginas de este volumen.

Una nueva etapa, unos nuevos tiempos para RDCA y, de seguro un gran éxito, para esta herramienta imprescindible en la investigación y desarrollo del Derecho civil foral de Aragón.

8. RECONOCIMIENTOS Y MENCIONES A LOS MIEMBROS DEL GRUPO IDDA

El profesor Lacruz Mantecón ha ingresado en la Academia Ius privatista de Pavía.

La profesora López Azcona ha sido nombrada Socia de la Sociedad Económica Aragonesa de Amigos del País (abril 2022) y Académica electa de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación (junio 2021).

La profesora Carmen Bayod ha recibido el premio Aragón en Derechos humanos, concedido por la Fundación Chesús Bernal por su trayectoria en la investigación y divulgación del Derecho civil de Aragón.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAPHY

A) RECENSIONES

A) *REVIEWS*

Mediación y Derecho aragonés. Coordinador: José Luis Argudo Périz; Prólogo: M.^a Ángeles Júlvez León; Editorial Reus, S. A., Madrid, 2022, 369 págs. Por José Antonio Serrano García, Catedrático de Derecho civil.

Es mérito muy especial de José Luis Argudo Périz, Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza, consumado especialista tanto en Derecho civil aragonés como en mediación, el haber promovido desde el principio y luego coordinado adecuadamente esta monografía que aúna sus dos especializaciones: el Derecho aragonés y la mediación.

De excelente factura, esta obra ha sido editada, con el patrocinio del Gobierno de Aragón (la Directora General de Justicia es la autora del Prólogo), por Editorial Reus, S. A., de reconocido prestigio en el ámbito jurídico, dentro de su “Colección de Mediación y resolución de conflictos”.

Pero el origen del libro hay que buscarlo en la acertada iniciativa institucional del Gobierno de Aragón y la Universidad de Zaragoza para conmemorar en 2021 el décimo aniversario tanto de la Ley de Mediación Familiar de Aragón (Ley 9/2011) como del Código del Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011), que plasma en un convenio entre ambas instituciones para la difusión e investigación de la mediación y, más en concreto, en el Proyecto de Investigación OTRI-2021/2002 de la Universidad de Zaragoza, financiado por la Dirección General de Justicia, cuyo investigador principal es el profesor José Luis Argudo Périz y del que forman parte los investigadores que colaboran en el libro, que, por tanto, viene a recoger los resultados de las investigaciones realizadas en el marco del Proyecto dirigido por el profesor Argudo.

Junto al Prólogo de la Directora General y la Presentación del Coordinador, la monografía consta de once capítulos, obra de 11 autores distintos (entre ellos está también José Luis Argudo Périz); los tres primeros componen la Primera Parte, dedicada a la “Mediación y otros medios adecuados de solución de Controversias”, y los ocho restantes integran la Segunda Parte, titulada “Autonomía privada, mediación familiar y Código del Derecho Foral de Aragón”.

En la Primera Parte, la no relacionada directamente con el Derecho civil aragonés, escribe sobre el llamado “Derecho colaborativo” la Catedrática de Derecho Procesal y Árbitro, M.^a Rosa Gutiérrez Sanz, y se pregunta si puede ser una alternativa más eficaz que la mediación en los conflictos de Derecho matrimonial. Por su parte, el Profesor Asociado de Derecho Procesal, Francisco de Asís González Campo, desarrolla el tema “Jurisdicción y MASC [medios adecuados de solución de controversias] en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficacia procesal. Especial referencia a su aplicación en Aragón”. En tercer lugar, José Javier Pérez Milla, Profesor Titular de Derecho Internacional Privado y miembro del Grupo de Investigación y Desarrollo del Derecho Aragonés (GIDDA), aborda la cuestión de los “Criterios de aplicación espacial en la Ley de mediación familiar en Aragón”.

Menciono un poco más abajo los autores y los títulos de los Capítulos de la Segunda Parte. Entre los autores, hay que destacar que cinco de ellos son miembros del citado Grupo de Investigación (GIDDA) del que es Investigadora Principal Carmen Bayod López, Catedrática de Derecho Civil.

Las normas del Código del Derecho Foral de Aragón hay que presumir, de entrada, que son dispositivas en virtud del principio general del Derecho conocido como “*standum est chartae*”, principio de libertad civil o autonomía de la voluntad de los particulares presente en todas las ramas del Derecho civil aragonés. Las posibilidades de recurrir a la mediación para resolver los conflictos son, por tanto, grandes, porque muchas veces pueden solucionarse por acuerdo de las partes. Pero la autonomía de la voluntad también tiene sus límites, que son los que los autores ponen de manifiesto al discurrir sobre la posible mediación.

La profesora Bayod López escribe sobre “Mediación, familia y autonomía de la voluntad: *standum est chartae*”; Aurora López Azcona, Profesora Titular de Derecho Civil, sobre “El papel de la mediación familiar en el ámbito de la protección de menores”; María Cristina Martínez Sánchez, Abogada y Mediadora, estudia “La aplicación del paradigma restaurativo a la discapacidad intelectual y al trastorno mental”; Marina Pérez Monge, Profesora Titular de Derecho Civil, pone en relación “Derecho a conocer los orígenes de personas adoptadas y mediación en Aragón”; María Cristina Chárlez Arán, Profesora asociada doctora y Abogada, se ocupa de la mediación familiar “en ruptura de pareja con hijos”; Miguel Lacruz Mantecón, Profesor Titular de Derecho Civil, contrasta “Mediación y Junta de Parientes”; Elena Bellod Fernández de Palencia, Profesora Titular de Derecho Civil, expone “la mediación sucesoria en el Derecho civil aragonés”; por último, José Luis Argudo Pérez, discurre sobre “Autonomía privada y mediación en derechos reales”.

Pero, como se advierte en la contraportada del libro, “se equivocará el lector que piense que tiene entre sus manos exclusivamente una obra de ámbito regional referida al Derecho civil aragonés, ya que los estudios que componen la obra superan esta delimitación espacial por la trascendencia nacional e incluso internacional de los temas tratados, aunque partan de una normativa específica autonómica tratada con una extraordinaria profundidad científica”.

Bibliografía

Mi enhorabuena al Coordinador y a los demás autores de la obra, así como al Gobierno de Aragón y la Universidad que la han hecho posible. Que los lectores la disfruten.

JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

B) REPERTORIO DE BIBLIOGRAFÍA

B) BIBLIOGRAPHY REPERTOIRE

JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

I. FUENTES: EDICIONES HISTÓRICAS

1. REINO DE ARAGÓN. FUEROS, OBSERVANCIAS Y ACTOS DE CORTE.

LALIENA, Carlos, TOMÁS, Guillermo y DE LA TORRE, Sandra: *El original de la Letra Intimada: La carta autógrafa del Justicia de Aragón Juan Jiménez Cerdán (1435)*, Edición facsímil con estudio de su contenido, lenguaje y protagonistas. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2021.

Reseña de los autores: La “Letra intimada” o Carta enviada por el anciano Justicia de Aragón Juan Jiménez Cerdán a su sucesor, Martín Díaz de Aux, en 1435 se puede definir como unas memorias políticas de su actuación en un periodo extremadamente conflictivo y un enérgico manifiesto en defensa de la institución del Justicia de Aragón. Su trascendencia fue tal que se convirtió en parte del sistema constitucional aragonés de la época foral. Esta edición tiene el doble objetivo de darlo a conocer a un público amplio y de animar a los historiadores a reflexionar sobre un testimonio histórico de primer orden, demasiado olvidado. Con el patrocinio del Justicia de Aragón se recupera el documento original autógrafo y, con él, una parte fundamental de la historia del Justicia.

IV. OBRAS GENERALES, DE JURISPRUDENCIA, MANUALES, PANORÁMICAS Y REVISTAS

5. PANORÁMICAS

BAYOD LÓPEZ, Carmen: “Derecho aragonés” en *Pasión por Zaragoza*. Zaragoza 2018. Conmemoración de los Aniversarios de la ciudad, ed. Fundación Ibercja, Zaragoza, 2021.

BAYOD LÓPEZ, Carmen: *El Derecho civil aragonés en el Siglo XXI: Algunas cuestiones prácticas*, Edita el Gobierno de Aragón- Vicepresidencia, Zaragoza, 2022, 79 págs.

Trabajo de divulgación que tiene su origen en una publicación anterior encargada en 2011 por el Departamento de Presidencia y Justicia de Aragón con el objeto de difundir las claves e identidades de los aragoneses reflejadas en el Derecho civil aragonés. En 2022, el Director General de Desarrollo Estatutario y Programas Europeos encarga a la autora una puesta al día de ese estudio, lo que le ha obligado a redactar de nuevo una buena parte para adaptarlo a las reformas legislativas habidas en este tiempo.

Además de la relevancia del Derecho civil como signo de identidad de Aragón, se tratan cuestiones prácticas como la vecindad civil y los puntos de conexión para determinarla, los Reglamentos europeos sobre Ley aplicable en materia de sucesiones y régimen económico matrimonial, la mayoría de edad por matrimonio, el menor de edad mayor de 14 años, la autoridad familiar y el deber de crianza y educación, los bienes consorciales y el régimen de separación de bienes, la viudedad foral aragonesa, el Derecho de sucesiones aragonés y, por último, el Derecho patrimonial.

BERNAD MAINAR, Rafael: *Derecho romano y Derecho civil aragonés: objetivación de una dialéctica antagónica*. Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, leído el día 31 de marzo de 2022. Contestación al mismo por José Luis Merino Hernández. Edita la propia Academia, Zaragoza, 2022, 87 págs.

VICENTE Y GUERRERO, Guillermo: “Las leyes. Introducción al Derecho aragonés” en Carlos Serrano (coord.), *El país de los aragoneses*. Rolde de Estudios Aragoneses. Zaragoza, 2021, págs. 109-144.

VICENTE Y GUERRERO, Guillermo: “El Derecho aragonés”, en VV. AA., *Historia y cultura de Aragón*. Rolde de Estudios Aragoneses, Zaragoza, 2020, págs. 194-246.

6. REVISTAS

REVISTA *de Derecho Civil Aragonés*, XXVI-XXVII-2020-2021, Institución «Fernando el Católico», Excma. Diputación Provincial, Zaragoza, 2021, 415 págs.

ACTAS *de los XXX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 2021*, Volumen I, sesiones de 9 y 16 de noviembre de 2021, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2022, 170 págs.

Recoge los textos de las dos primeras Sesiones, las celebradas en la ciudad de Zaragoza. Sesión I. Reforma de la discapacidad y su incidencia en el Derecho Aragonés. Coponentes: Aurora López Azcona, Adolfo Calatayud Sierra y Armando Barreda Hernández. Sesión II. Legislación y respuesta judicial ante la pandemia en Aragón. Coponentes: Javier Alvar García, Eva Sáenz Royo y Julio Tejedor Bielsa.

ACTAS de los XXX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés de 2021, Volumen II, sesión del 23 de noviembre de 2021 en Huesca, sesión conmemorativa de los XXX Encuentros, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2022, 128 págs.

Recoge la ponencia de José Antonio Serrano García y M.^a del Carmen Bayod López: “Aportación del Foro de Derecho Aragonés a la evolución del Derecho Foral” (págs. 7 a 66), y cuatro Anexos obra de la profesora Bayod sobre Comisiones de coordinación de 1991 a 2021 (Anexo I), Materias civiles abordadas de 1991 a 2021 (Anexo II), Porcentajes de materias civiles tratadas de 1991 a 2021 (Anexo III) y Profesiones, profesionales y género de 1991 a 2021 (Anexo IV).

V. MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS (SIGLOS XIX-XXI)

1. TEMAS COMUNES A TODOS LOS DERECHOS FORALES

1.1. *Historia hasta la Nueva Planta. La Codificación, la cuestión foral y el Derecho civil aragonés*

MOREU BALLONGA, José Luis: “La doctrina de don Federico de Castro sobre la cuestión foral y el Derecho civil aragonés”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N.º 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 84-167.

Se inicia el trabajo con algunas afirmaciones del autor estudiado sobre la historia del Derecho civil español que coinciden, a grandes rasgos, con la doctrina de los mejores historiadores, incluso recientes, de ese Derecho. Se explica luego la defensa, más matizada de lo que se suele pensar, de la unificación del Derecho civil que hizo el profesor De Castro. Después hace el autor del trabajo algunas consideraciones sobre la ideología del profesor De Castro. También se explica el sentido que tuvieron las conclusiones del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-1881 y el Apéndice Foral de 1925. Finalmente, se recuerda el Congreso sobre los derechos forales de Zaragoza de 1946 y los lúcidos pronósticos, ya olvidados hoy por casi todos, que formuló De Castro sobre la ejecución deseable de las ideas o conclusiones de ese Congreso de 1946 (resumen del autor).

VICENTE Y GUERRERO, Guillermo: «El Derecho natural como filtro legitimador de las libertades aragonesas en el proceso constitutivo del estado nacional español», en RDCA-2020-2021-XXVI-XXVII, págs. 49 a 64.

Resumen del autor: El humanista aragonés Braulio Foz participó a través de diversos escritos en el trascendental debate que discutía sobre la construcción del Estado nacional español, solicitando la implantación para la comunidad nacional de algunos de los antiguos fueros, libertades e instituciones aragonesas. Para ello Foz alegó su superioridad con respecto al Derecho y a las instituciones tanto castellanas como del resto de los antiguos reinos, por su decidida apuesta

por la libertad y por su no contradicción con los postulados del Derecho natural. Para fundamentar su postura elaboró un sistema iusfilosófico propio, en el que la voluntad constituía la principal cualidad del ser humano, siendo su principal función el cumplimiento de toda una serie de necesidades naturales que daban forma a la auténtica esencia del Derecho natural.

1.4. Los Derechos forales en la Constitución y los Estatutos de Autonomía

GETE-ALONSO CALERA, M.^a del Carmen: “Plurilegislación civil: Ejercicio de la competencia en el Derecho personal y familiar civil catalán. Derecho patrimonial: Breve comentario de la STC 132/19, 13 de noviembre de 2019”, en *Revista de Derecho Civil*, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020), Estudios, pp. 41-89.

En este trabajo, dividido en dos partes, la autora, sobre el eje de la pluralidad legislativa civil reconocida en la Constitución, explica cómo se ha desarrollado su puesta en práctica por la Generalidad de Cataluña. En la primera parte analiza la conflictividad, vicisitudes y logros, centrándose especialmente en las leyes del ámbito personal y familiar. En la segunda parte lleva a cabo un breve comentario de la STC 132/2019, de 13 de noviembre, que resuelve el recurso interpuesto por el presidente del Gobierno contra los artículos 3, 4 y 9 de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto. Sentencia de enorme relevancia para entender el actual significado de la competencia legislativa de la Generalitat de Catalunya no solo en materia contractual sino en general, pues comporta un cambio de criterio en la doctrina mantenida por el alto Tribunal hasta la misma. Importante porque intenta definir e identificar lo que sean las bases de las obligaciones contractuales (resumen de la autora).

ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel: “Conexión y bases de las obligaciones contractuales: a propósito de la STC 132/2019”, en *Derecho privado y Constitución*, ISSN 1133-8768, N.º 37, 2020,

La Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2019 declara constitucional la práctica totalidad del contenido del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y contratos. El Tribunal considera que la regulación catalana guarda conexión suficiente con normativa previa y que no invade la competencia exclusiva del Estado sobre bases de las obligaciones contractuales. Es la primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional aborda tan directamente la cuestión de las bases de las obligaciones contractuales, pero la sentencia es relevante también por sus valoraciones y posicionamientos en torno a la conexión. En este artículo se analiza la decisión, al tiempo que se hace un repaso por la jurisprudencia constitucional anterior (resumen de la autora).

1.6. Problemas de Derecho interregional. La vecindad civil

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: ¿Puede un extranjero acogerse al pacto de mejora gallego? El reglamento 650/2012 y la resolución DGSJFP de 20 de enero de 2022”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 1 (enero-marzo, 2022), Estudios, pp. 1-34.

Resumen del autor: La presente contribución comenta una reciente resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que versa sobre la aplicación del Reglamento 650/2012, de sucesiones. Dicha resolución rechaza la posibilidad de que un francés con residencia habitual en Galicia pueda realizar un pacto de mejora de los previstos por el Derecho Gallego.

Las razones en las que se apoya la resolución son extravagantes y alguna de ellas claramente contrarias a la práctica judicial en un caso similar sobre el pacto de definición mallorquín. El autor no está de acuerdo con la resolución, critica fuertemente sus argumentos y ofrece una visión alternativa de las relaciones entre el Reglamento 650/2012 y el Derecho civil autonómico.

ZABALO ESCUDERO, Elena: «Pactos sucesorios de extranjeros residentes en España: la respuesta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en su Resolución de 10 de agosto de 2020», en RDCA-2020-2021-XXVI-XXVII, págs. 157 a 164.

4. LA COMPILACIÓN. OTRAS LEYES CIVILES ARAGONESAS

4.3. Autonomía: conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: “40 años de Estatuto y Derecho civil aragonés”. *Revista Actualidad del Derecho en Aragón*, julio 2022.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: “Derecho civil vasco en clave autonómica”, en *Estudios de Derecho privado. Homenaje al profesor Gabriel García Cantero*, Tirant lo Blanch, Bogotá D.C, 2021, pp. 115-142.

SERRANO GARCÍA Y BAYOD LÓPEZ: “Aportación del Foro de Derecho Aragonés a la evolución del Derecho foral” en *Actas de los XXX Encuentros de Foro de Derecho civil aragonés*. Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2022, págs. 7 a 125.

5. PARTE GENERAL DEL DERECHO

5.1. Fuentes del Derecho. Costumbre. Standum est chartae

ARGUDO PÉRIZ, José Luis (coordinador), *Mediación y Derecho aragonés*, Madrid, Editorial Reus, 2022 (369 págs).

ARGUDO PÉRIZ, José Luis, «Capítulo 11. Autonomía privada y mediación en derechos reales», en José Luis Argudo (coordinador), *Mediación y Derecho aragonés*, Madrid, Editorial Reus, 2022, pp. 291-358.

ARGUDO PÉRIZ, José Luis, «Diez años de mediación familiar en la legislación civil aragonesa», en *Revista Actualidad del Derecho en Aragón*, n.º 45, diciembre 2020, pp. 28-29.

BAYOD LÓPEZ, Carmen: “La autonomía de la voluntad. Un análisis desde el Derecho civil aragonés (Fuentes del Derecho civil, Derecho supletorio y *Standum*)”, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 112, enero-junio 2021, págs. 577 a 621.

Exposición, algo más completa, de lo ya publicado en la RDCA-2019-XXV, pp. 91 a 128.

Resumen de la autora: “El principio “*Standum es Chartae*” forma parte de las fuentes del Derecho civil de Aragón. En razón de él, los particulares pueden regular sus intereses privados como bien les parezca dentro, desde luego, de los límites del “*Standum*” (lo imposible, la Constitución y las normas imperativas del Derecho aragonés) en aquellas materias civiles en las que Aragón, teniendo competencia para ello, no hubiera legislado. De esta manera, el pacto impide la aplicación de las normas de Derecho supletorio, que bien podrían disponer otra cosa o incluso prohibir en su ámbito de aplicación lo pactado por los particulares.

La regla general permite afirmar que las normas de Derecho supletorio son dispositivas y por ello, lo regulado por el Derecho estatal, cuando tiene una aplicación supletoria en los territorios con Derecho civil propio, puede ser desplazado por la autonomía de la voluntad.

La validez o no del pacto no depende de lo que disponga el Derecho del Estado cuando tiene aplicación supletoria; su validez dependerá de que dicho pacto no infrinja los límites de la autonomía de la voluntad entre los que se encuentran los principios Éticos (límites intrínsecos a la autonomía de la voluntad) que entraña el orden público constitucional.

Estos principios exigen del juez (de los operadores jurídicos en general) no una tarea de subsunción de los hechos en la norma aplicable, que en estos casos no la hay por definición; sino un ejercicio de ponderación: el pacto será válido, “a menos que infrinja los principios de orden público (moral y buena costumbres)” que informan todo el Derecho civil español, y son un límite a la autonomía de la voluntad ex art. 3 CDFA.”

BAYOD LÓPEZ, Carmen: “Autonomía de la voluntad y Derecho supletorio: *Standum est chartae*” en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*-Año 2022, Número 16 Bis, Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Cesare Massimo Bianca, Coordinadores: Mirzia Bianca y José Ramón de Verda y Beamonte, págs.74 a 103.

5.3. Otras materias

SERRANO GARCÍA, José Antonio: “Reflexiones sobre la docencia del Derecho civil aragonés en la Facultad de Derecho de Zaragoza”, en *Estudios de Derecho privado. Homenaje al profesor Gabriel García Cantero*, Tirant lo Blanch, Bogotá D.C., 2021, pp. 297-318.

6. PERSONA Y FAMILIA

6.1. En general

BAYOD López, Carmen: “Eutanasia: requisitos y capacidad”, Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas, dirigida por Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla y Manuel García Mayo, ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2021 págs. 233 a 254.

BAYOD López, Carmen: “Babel: globalización, familia y persona”, Más allá de Babel: paradojas de la globalización, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 161-183.

BAYOD López, Carmen: “Mediación, familia y autonomía de la voluntad: Standum est chartae” en *Mediación y Derecho aragonés*, Coordinado por José Luis Argudo Périz, Zaragoza, 2022, págs. 11-127.

6.2. Edad. Incapacidad e incapacitación

6.2.1. Edad. Emancipación

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “Los menores de edad tras la reforma del código civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho. *Revista Jurídica del Notariado*, ISSN 1132-0044, N.º 112, 2021, págs. 499-556.

La reforma operada por la reciente Ley 8/2021, de 2 de junio, realiza una profunda modificación de la legislación civil y procesal en torno al apoyo a prestar a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Dicha reforma acomete importantes cambios, y tiene gran calado en las personas con discapacidad, pero también modifica sustancialmente lo relativo a los menores de edad. En concreto, la institución de la tutela, antes prevista como regla general para las personas con la capacidad modificada judicialmente y para los menores de edad, tras la reforma solamente se contempla para los menores de edad, siendo la curatela la institución o medida de apoyo de referencia para las personas con discapacidad. En cuanto a la guarda de hecho de los menores, su regulación se produce a imagen y semejanza, siempre que ello sea posible, de la prevista para las personas con discapacidad, habida cuenta la

remisión expresa que efectúa el legislador al respecto. En el presente trabajo voy a incidir especialmente en las modificaciones que se producen con la reforma en relación con los menores de edad tanto en la tutela como en la guarda de hecho (resumen de la autora).

ARGUDO PÉRIZ, José Luis, «Capacidad y participación de los hijos en los procesos de mediación», en *Investigación y práctica en convivencia y cultura de paz* (libro de Actas), Serie de Publicaciones CUEMYC N.º 3, Dolores Seijo, Jessica Sanmarco, Francisca Fariña (coordinadores), Santiago de Compostela, CUEMYC, septiembre 2022, pp. 205-213.

BAYOD LÓPEZ, Carmen: “Capacidad de las personas por razón de la edad. Uno de los modelos (¿a exportar?) de la legislación civil española”, en AAVV: *Capacidad y protección de las personas menores de edad en el derecho* (Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla y Leonardo B. Pérez Gallardo -Directores-, Manuel García Mayo -Coordinador-), Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, impreso en Argentina, 2021, págs. 117 a 143.

SUMARIO: I. LA PLURALIDAD LEGISLATIVA ESPAÑOLA EN MATERIA DE DERECHO CIVIL. II. REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS POR RAZÓN DE LA EDAD EN EL CDFA. III. LA MAYOR EDAD POR MATRIMONIO: 1. Consideraciones generales. 2. El menor emancipado aragonés y la capacidad para contraer matrimonio. 3. Efectos de esta mayor edad. IV. MINORÍA DE EDAD: LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN ARAGÓN: 1. Consideraciones generales: 1.1. Marco normativo. 1.2. Ley aplicable. 1.3. Principios de la regulación. 2. Situación jurídica: Representación y asistencia. 3. Derechos y deberes de los menores de edad: 3.1. Derechos de los menores en general. 3.2. Las obligaciones del menor. 3.3. Derechos concretos: El derecho a ser oído. 3.4. Deberes concretos: El deber de obediencia. 4. Capacidad de obrar del menor: 4.1. Consideraciones generales. 4.2. Lo que todos los menores de edad pueden hacer por sí solos. 5. Patrimonio del menor: 5.1. Propiedad. 5.2. Gestión de los bienes del menor. 5.3. La administración de los bienes del menor no emancipado. 5.4. La disposición de los bienes del menor no emancipado: la relevancia de la edad de 14 años. 5.5. Las excepciones a la gestión de los padres o tutor. V. LA PERSONA MENOR DE CATORCE AÑOS: 1. Situación jurídica del menor de 14 años: Representación legal. 2. Disposición de los bienes del menor por sus representantes legales: 2.1. Atribuciones gratuitas. 2.2. Actos de disposición. 3. Actuaciones personales del menor: 3.1. Intromisión de terceros en los derechos de la personalidad del menor que no ha cumplido 14 años. El art. 20 CDFA. 3.2. Actuaciones en el ámbito de la salud. 3.3. La interrupción voluntaria del embarazo. 3.4. Transexualidad. VI. EL MENOR MAYOR DE CATORCE AÑOS: 1. La edad de 14 años. 2. Capacidad del menor mayor de 14 años. 3. La asistencia. 4. Los derechos de la personalidad y el menor mayor de 14 años: 4.1. La regla general. 4.2. Excepciones. 4.3. Actuación en caso de que el menor mayor de 14 años no esté en condiciones de decidir. 4.4. Lo que no puede hacer.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: “Situación en Aragón de la responsabilidad de un tercero por la intromisión en los derechos de la personalidad del menor o incapacitado judicialmente”. En *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al profesor Dr. Juan Roca Guillamón*. Directores: Joaquín Ataz López, José A. Cobacho Gómez, Tomo I. Thomson Reuters Aranzadi, 2021; págs. 703 a 740.

MAYOR DEL HOYO, M.^a Victoria: “La violencia contra los hijos menores en el Derecho civil. A la luz de la Convención sobre los derechos del niño”, en *Estudios de Derecho privado. Homenaje al profesor Gabriel García Cantero*, Tirant lo Blanch, Bogotá D.C., 2021, pp. 575 a 601.

1. La violencia contra el menor en la Convención sobre los derechos del niño. 2. La facultad de corregir a los hijos menores. 3. Ruptura matrimonial y protección del menor contra la violencia. 3.1 Separación y divorcio: la violencia como causa de exclusión del requisito del plazo legal. 3.2. Violencia y guarda y custodia tras la ruptura matrimonial. 3.3. Violencia y régimen de “visitas” tras la ruptura matrimonial. 3.4. Determinación provisional de la guarda y custodia y régimen de visitas en la orden de protección por violencia doméstica. 3.5. Jurisdicción especializada en Infancia, Familia y Capacidad. 4. Protección del menor ante la violencia de género. 5. La desatención como forma de violencia: el desamparo del menor. 6. Patria potestad y violencia. 6.1. Privación de la patria potestad. 6.2 Exclusión de la asistencia psicológica del ejercicio conjunto de la patria potestad. 6.3. Las medidas del nuevo art. 158 Cc. tras la Ley 26/2015. Bibliografía.

NIETO CRUZ, Alejandro, “La edad núbil en el ordenamiento español tras la reforma del 2015: especial incidencia del Derecho foral”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N.º 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 380-405.

Este trabajo analiza la colisión que se produce entre las normas del Derecho común español y las normas del Derecho foral tras la reforma del año 2015. Por un lado, se estudia cuál es la legislación estatal en materia de edad mínima para contraer matrimonio y emancipación. Por otro lado, se examina cuál es la incidencia que puede tener el Derecho foral, en concreto el Derecho civil aragonés, en este ámbito. Así mismo, se proponen algunas soluciones para adaptar nuestra legislación a las diversas recomendaciones internacionales que se han realizado sobre esta cuestión (resumen del autor).

PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: “El menor de edad y su capacidad en el Derecho español”, en *Estudios de Derecho privado. Homenaje al profesor Gabriel García Cantero*, Tirant lo Blanch, Bogotá D.C., 2021, pp. 553 a 574.

1. La determinación de la capacidad de obrar a través de la edad. 2. El sistema de la menor edad. 2.1 Minoría de edad. 2.2. La voluntad del menor en lo que tiene que ver con su persona. 2.3. Esquema de las normas de capacidad de los menores. 2.4. Manifestaciones concretas de la autonomía del menor. 2.1. Ámbito

personal y familiar. 2.4.2. Ámbito patrimonial. 2.5. La representación legal del menor. Bibliografía.

PALOMINO DIEZ, Isabel: “La administración separada en el marco de la tutela de menores y de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, en *Revista de Derecho Privado*, Núm. 3, mayo-junio 2022. Págs. 3-40.

Resumen de la autora: Los artículos 205 Cc. y 252 Cc., herederos del derogado artículo 227 C.c., regulan las facultades que se conceden a quien dispone a título gratuito de bienes a favor de un menor tutelado o de una persona necesitada de apoyo. Esta figura, cercana al patrimonio especialmente protegido de la Ley 41/2003, aparece escasamente regulada incluso después de la importante reforma llevada a cabo 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, así como también son escasos los estudios doctrinales que se han hecho sobre ella. Esta administración separada ofrece aplicaciones prácticas interesantes, algunas quizá con un encaje discutible en el espíritu de la reforma citada, pero plantea también múltiples interrogantes sobre su constitución, la extensión de las facultades del administrador y, sobre todo, acerca de su control y supervisión, en particular por la autoridad judicial.

6.2.2. Incapacidad e incapacitación. personas con discapacidad (**selección**)

AA.VV.: *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* (Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla y Leonardo B. Pérez Gallardo —directores—; Manuel García Mayo —coordinador—), Ediciones Olejnik (Chile), impreso en Argentina, 2021, 459 págs.

AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, GUILARTE, C. (dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021.

AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Yolanda De Lucchi López-Tapia y Antonio José Quesada Sánchez, directores. José Manuel Ruiz-Rico Ruiz, Coordinador. Atelier-Libros Jurídicos, Barcelona, 2022.

La obra se estructura en tres partes: una primera parte que analiza el alcance de la reforma desde la perspectiva del «movimiento de cimientos» que la misma supone; una segunda parte que aborda el análisis de las reformas civiles en las instituciones tutelares, y una tercera parte, que sistematiza la dimensión procesal de aquellas, a través del estudio de los nuevos procesos y expedientes de provisión de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica. Se completa el trabajo con el imprescindible examen del papel de los notarios en la materia, que toman protagonismo en toda la estructura (resumen del editor).

AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. María Paz García Rubio y María Jesús Moro Almaraz (Directoras), Ignacio Varela Castro (Coordinador). Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, 1353 págs.

ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: *La Curatela tras la Ley 8/2021*, Tirant Lo Blanch, 2022, 440 páginas, ISBN: 978-84-1130-641-6.

Resumen de la autora: 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 ha supuesto un nuevo enfoque en el tratamiento de la situación jurídica de las personas con discapacidad, tanto en el ámbito jurídico como en el contexto social. La nueva regulación se fundamenta en el respeto a la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad, a quien, como regla general, se atribuye la toma de sus propias decisiones en los diversos aspectos personales y patrimoniales de su vida, estableciendo un sistema de apoyos que le ayuden en ello, entre los que destaca la curatela como medida formal preferente. La presente obra aborda el análisis del régimen jurídico de dicha figura, abarcando la constitución de la misma, el nombramiento de curador, el contenido y ejercicio de la curatela, su extinción y la responsabilidad civil del curador. No obstante, el nuevo perfil que regula la curatela ha suscitado bastantes dudas en la doctrina, quedando abiertas algunas cuestiones no resueltas por el legislador. Así, entre otras, la idoneidad del curador, los actos en los que debe intervenir, la carencia de control judicial sobre la curatela asistencial, la conformación de la voluntad de la persona con discapacidad y la responsabilidad civil del curador por faltas de la persona con discapacidad. De todo ello se deriva una problemática compleja y ciertos vacíos legales. En dicho análisis se ha tenido en cuenta la confluencia de legislaciones que convergen a la hora de delimitar el régimen jurídico de la figura, regulada principalmente en el CC, en la LJV y en la LEC, las diversas y dispares soluciones que ha aportado la doctrina científica, y los pronunciamientos al respecto que se han producido en los Tribunales desde la publicación de la Ley.

ALEMANY GARCÍA, Macario: “Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual”, en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, ISSN 1697-7068, N.º 145, 2020, págs. 1-1

Resumen del autor: El objetivo del trabajo es mostrar que la representación de personas con discapacidad mental y/o intelectual, cuando esta discapacidad afecta seriamente a su autonomía, no constituye necesariamente una violación de sus derechos a la igualdad y a la no discriminación. En el contexto jurídico, la representación de menores e incapaces está presente desde tiempo inmemorial y, hasta hace pocos años, era un lugar común aceptar la legitimidad de estas figuras. Sin embargo, una parte importante del activismo de los derechos humanos de las personas con discapacidad y, de forma muy relevante, el Comité de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad defienden un

«cambio de paradigma» en esta materia y afirman el carácter discriminatorio de las tradicionales formas de representación de incapaces, como, por ejemplo en Derecho español, la llamada institución de la «tutela». En particular, en este trabajo me centro en la postura expuesta por el Comité en su Observación General n.º 1 (2014) en relación con el tema de la representación de personas con discapacidad mental y/o intelectual.

ALÍA ROBLES, Avelina: “Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, en *Actualidad civil*, N.º 2, febrero 2020.

La voluntad, derechos y preferencias de la persona con discapacidad constituyen la base sobre la que se asienta la novedosa regulación contenida en el Anteproyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Sin embargo, la voluntad de la persona con discapacidad puede hallarse en ocasiones contaminada, secuestrada o suplantada por terceros que persiguen fines espurios. Debe hallarse el adecuado equilibrio entre el respeto a esos principios consagrados en el Anteproyecto con la necesidad de evitar abusos e influencias indebidas, tal y como prescribe la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Los apoyos judiciales al ejercicio de la capacidad jurídica y, particularmente, los poderes y mandatos preventivos, deben ser examinados desde esa doble perspectiva (resumen de la autora).

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: “Voluntad y consentimiento informado en la Ley para el apoyo a las personas con discapacidad”, en *El Notario del Siglo XXI* – Enero/Febrero 2022.

Resumen del autor: La nueva Ley 8/2021, de 2 de junio, hace de la voluntad de la persona con discapacidad el eje de su actuación en la vida jurídica. Eso desplaza el problema de la idea de capacidad a la de consentimiento, pues el que toda persona tenga capacidad no significa que pueda prestar un verdadero consentimiento a un acto concreto. Esto convierte en esencial la actuación del notario, que no es simplemente un evaluador, sino que tiene que procurar participar en el proceso de formación del consentimiento informado. Para ello debe realizar unas actividades especiales para conseguir explicar el acto y sus efectos, asegurando así la comprensión de la persona con discapacidad, lo que en ocasiones exigirá la participación de terceras personas, especialistas o del entorno del otorgante. Todas estas actuaciones conviene documentarlas en la propia escritura o en otro documento.

BARREDA HERNÁNDEZ, Armando: “Efectos procesales en Aragón tras la entrada en vigor de la Ley estatal 8/2021, en relación con la discapacidad”, en *Actas de los XXX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (2021), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2022, pp. 63 a 96.

BAYOD LÓPEZ, Carmen: “Efectos de la reforma en materia de discapacidad en relación con los Derechos civiles territoriales”, *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas*, dirigida por Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla y Manuel García Mayo, ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2021, págs. 141-162.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: “Sobre la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en *Revista Jurídica del Notariado*, julio-diciembre 2021, núm. 113, págs. 15-72.

Resumen el autor: La ley 8/2021 no era necesaria para adecuar nuestro Derecho a la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, ya que la regulación anterior del Código Civil permitía una interpretación de la misma acorde con ella, como ha entendido y aplicado nuestra jurisprudencia. Por otra parte, la mencionada Ley 8/2021 abordó otras modificaciones concretas relacionadas con las personas discapacitadas, en las que cabe observar errores técnicos y opciones cuestionables. Tal es el caso en materia de vecindad civil, nacionalidad, actos realizados por personas discapacitadas sin contar con los apoyos establecidos, legítima de los descendientes, sustitución ejemplar, capacidad del testador, patria potestad prorrogada, y con respecto al propio concepto de persona discapacitada.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: “Las medidas voluntarias de apoyo en la ley 8/2021, de 2 de junio: los poderes y mandatos preventivo”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año n.º 97, n.º 786, 2021, págs. 2392-2442.

Recientemente, se ha aprobado la Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se modifican un número importante de preceptos del Código civil y de otras normas sustantivas y adjetivas. En concreto, se da una nueva regulación a los apoderamientos y mandatos preventivos como medidas voluntarias de apoyo de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. El presente estudio se va a centrar en analizar su régimen jurídico (resumen de la autora).

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: “La autotutela como medida voluntaria de apoyo tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio”, en *Actualidad Civil* N.º 9, septiembre de 2021.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a la persona con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. En cumplimiento de tal mandato, se impone un cambio en el sistema de protección tutelar hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento, en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones que afectan a la persona con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y preferencias de las personas que, como regla general, será quien tome las decisiones relativas a su esfera personal y patrimonial; no obstante, la adopción de medidas de apoyo cuando resulten

necesarias. A ello responde la reforma de la legislación civil y procesal operado por la Ley 8/2021, de 2 de junio. El presente estudio se va a centrar en las medidas voluntarias de apoyo previstas en tal norma, en concreto en la escritura pública de la autotutela regulada en el Código Civil (resumen de la autora).

CALATAYUD SIERRA, Adolfo: “La reforma de la discapacidad y su incidencia en el Derecho aragonés: Medidas voluntarias de apoyo”, en *Actas de los XXX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (2021), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2022, pp. 27 a 61.

CARRASCO PERERA, Ángel: “Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el ministerio de justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad”, en Centro de Estudios de Consumo, Publicación Jurídica de 12 de octubre de 2018. <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>

El Derecho de las personas con discapacidad hace ya tiempo que dejó de ser en España con carácter primordial un Derecho para la celebración eficaz de negocios de tráfico, para convertirse en un Derecho de la asistencia social y del desarrollo personal de la persona con discapacidad. Lo más radical de la reforma en tramitación es lo que elimina sin sustituir: la incapacitación como tal, que ya no podrá ser decretada por un juez, ni tan siquiera cuando imponga en jurisdicción voluntaria medidas judiciales de apoyo o la curatela. Con todo, no quiere decirse con ello que se pueda contratar indiscriminadamente por personas discapacitadas no sometidas a representación legal.

El Anteproyecto va bien a los negocios y actos de ejercicio de derechos de la personalidad, derechos políticos, incluso para otorgar testamento. Pero incurre en un error de perspectiva con los negocios de tráfico patrimonial oneroso *inter vivos*. El Anteproyecto está más bien pensado para ciegos y usuarios de sillas de ruedas, pero no para esquizofrénicos, para quienes padecen serias lesiones cerebrales, para la enormidad de ancianos dementes o con Alzheimer que andan por el país. Se moverán libremente en el tráfico jurídico personas no capacitadas para contratar, acompañadas o secundadas de equívocas medidas de apoyo que no van a servir para estabilizar la contratación si, de hecho, por muy buena voluntad de todos, el sujeto sigue siendo o ha devenido *hic et nunc* un incapaz natural. Y aquí reside la patología del sistema: que un contrato pueda ser anulable por no respetarse las medidas de apoyo no conectadas con el consentimiento y que un contrato pueda ser anulable a pesar de que éstas han sido observadas. Incremento del riesgo de inestabilidad contractual que debería asumir el discapacitado.

Debería haberse dejado fuera del CC todo el aparato de las medidas de apoyo, importantes para el “desarrollo” del discapacitado, pero no relevantes para la validez del contrato. Y debería haberse previsto que todo sujeto cuya discapacidad sea susceptible de afectar al consentimiento contractual necesita asistencia del curador en el contrato. Y aún más, debería haberse dejado claro que la

prestación de esta asistencia contractual excluye la posibilidad de anular el contrato por defecto de consentimiento, al menos frente a terceros que contraten a título oneroso de buena fe.

CARRASCO PERERA, Ángel: “Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, ISSN 1132-0257, Núm. 978, 2021.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: “*In dubio pro capacitate* y *favorabilia amplianda*, odiosa restringenda: «viejos» principios para interpretar «nuevas» reglas sobre capacidad y prohibiciones”, en AA.VV.: *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* (Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla y Leonardo B. Pérez Gallardo —directores—; Manuel García Mayo —coordinador—), Ediciones Olejnik (Chile), impreso en Argentina, 2021, págs. 143 a 183.

Sumario: I. La necesaria interpretación restrictiva de las normas limitadoras de la capacidad en personas menores o con discapacidad: la revisión de un tópico desde una visión -interpretativa- internacionalista. II. Criterios de interpretación de las normas sobre capacidad de las personas menores de edad: ¿*favorabilia amplianda*, odiosa restringenda?, *favor libertatis*, *favor minoris*, y, subsidiariamente, *in dubio pro capacitate*. III. Criterios de interpretación de las normas sobre capacidad de las personas con discapacidad: *favorabilia amplianda*, odiosa restringenda, la plena igualdad en el *favor libertatis*, y, subsidiariamente, *in dubio pro capacitate*. IV. Y la posible interpretación extensiva de las prohibiciones legales impuestas a los cargos de apoyo a personas menores o con discapacidad: a mayor alcance de la prohibición mayor autonomía para menores y personas con discapacidad (conforme al *favorabilia amplianda*, y, una vez más, *in dubio pro capacitate*). V. A modo de conclusión, y de epílogo (abierto).

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: “Prohibición legal de testar para las personas con discapacidad: justificación e interpretación del “nuevo” artículo 753 del código civil”, en *Revista Jurídica del Notariado* julio-diciembre 2021, núm. 113, págs. 91-158.

Resumen del autor: La doctrina mayoritaria hoy considera injustificado el nuevo artículo 753 del Código civil, al prohibir testar a la persona con discapacidad en favor de su cuidador o persona de apoyo, por ser ello contrario a la Convención de Naciones Unidas sobre personas con discapacidad, al limitar su capacidad y discriminarla frente a las demás personas (sin discapacidad), considerando, por eso mismo, que aquella norma, aún vigente, debe ser siempre interpretada restrictivamente. Frente a tal posición, el autor del presente trabajo considera justificado aquel artículo 753, cuya razón, como la de los arts. 752 y 754 CC, no es discriminatoria, sino protectora de la persona ante posibles abusos o engaños en la captación de su voluntad y libertad de testar por parte de quienes deberían velar por ella, siendo así posible que la interpretación de dicha norma no sea siempre restrictiva, pudiendo serlo, según cada caso, extensiva si con ello se contribuye a aquella protección.

DIAGO DIAGO, M.^a Pilar: “La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas (1)”, en *Diario LA LEY*, n.º 9779, de 27 de enero de 2021.

El presente trabajo pone de relieve las distorsiones que la nueva regulación de la protección de adultos produce en el ámbito del Derecho Internacional Privado e interregional. Lejos de dotar a nuestra legislación de un sistema avanzado de protección, se introducen problemas, algunos de los cuales ya estaban resueltos. Al respecto, se propone una mejora del proyecto de ley de discapacidad, en línea con las soluciones acogidas en el Convenio de la Haya de 2000.

DÍAZ PARDO, Gloria: “Retribución y gastos derivados del ejercicio de la medida de apoyo a la persona con discapacidad. Nuevas perspectivas tras la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal”, en *Revista de Derecho Civil* vol. IX, núm. 1 (enero-marzo, 2022), Estudios, pp. 103-132.

Resumen de la autora: La materia de gastos y de retribución por el desempeño del cargo ha sido regulada tradicionalmente de manera tangencial, lo que nos conduce a plantearnos si con la nueva legislación se profundiza en este tema y se dan soluciones normativas a las dudas suscitadas bajo la regulación anterior, razón que motiva este trabajo.

La práctica en el ejercicio de las funciones asistenciales encuentra como dificultad la calificación de los gastos que asume, dudando en muchas ocasiones qué gastos son o no repercutibles, así como el determinar los que quedan subsumidos o no en la cuantía fijada como retribución.

Por ello, analizaremos el estado de estas cuestiones desde la nueva perspectiva jurídica e intentaremos aportar criterios que clarifiquen las dudas suscitadas.

DUPLÁ MARÍN, M.^a Teresa: “Consideraciones en torno al alcance y la interpretación de la nueva «capacidad jurídica» de las personas con discapacidad introducida 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 *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n.º 97, N.º 788, 2021, págs. 3768-3794.

Resumen de la autora: “El presente trabajo tiene como objetivo principal analizar el alcance y la interpretación que debe darse a los términos capacidad jurídica (legal capacity) y discapacidad (disability) utilizados en la nueva Ley, partiendo de la esencia de la reforma planteada, esto es, de los elementos clave del nuevo paradigma presentado en la citada Convención y la Observación General núm. 1 de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU. La finalidad última que se pretende no es otra más que la de proponer una adecuada integración de dichos términos en nuestro ordenamiento jurídico en general, y en la estructura del Derecho de la Persona, en particular, que facilite *in fine* cualquier interpretación y aplicación posterior del contenido de la nueva Ley.”

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario práctico de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra.

GARCÍA ROCO, Luisa: «Replanteamiento del sistema legal de protección de las personas con discapacidad tras la Convención internacional de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Especial referencia a las personas que padecen una parálisis cerebral severa», en RDCA-2021-2021-XXVI-XXVII, págs. 65 a 101.

Con esta publicación se persiguen dos grandes objetivos: (i) exponer una visión crítica del Proyecto de Ley, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en base a la Convención y; (ii) reflejar cuál es la situación actual de la legislación española respecto de las personas con gran discapacidad, con especial referencia a las personas que padecen una parálisis cerebral severa. Todo ello para detallar lo que se necesita para que puedan disponer de una efectiva capacidad legal, entre otras cosas. Tomando como punto de partida la información recabada, se dará una visión crítica del Proyecto de Ley y se mencionarán aquellos aspectos que contempla y no contempla y que son necesarios para su viabilidad.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen: “Conceptuación de la capacidad: del paternalismo a la autonomía” en AA.VV.: *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* (Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla y Leonardo B. Pérez Gallardo —directores—; Manuel García Mayo —coordinador—), Ediciones Olejnik (Chile), impreso en Argentina, 2021, págs. 25 a 44.

Sumario: I. Presentación. II. Las referencias del Derecho romano. III. La capacidad en los códigos civiles decimonónicos. IV. Primeras ampliaciones. Las reformas inmediatas a la Constitución. V. El modelo de capacidad de la autonomía: las personas menores de edad. VI. Capacidad / discapacidad: la Convención de Nueva York de 2006. VII. Reflexiones a modo conclusivo.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen (Coordinadora): *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Colegio Notarial de Cataluña: Marcial Pons, 2020, ISBN: 978-84-9123-859-1. Págs.: 184.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006) cuyo objetivo es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente” establece un nuevo modelo de capacidad al que deben acomodarse los ordenamientos jurídicos. En esta obra se recogen las Ponencias presentadas en las *Jornadas sobre el nuevo modelo de la discapacidad: propuestas y principios*, organizadas los días 29 y 30 de enero de 2020 (en Tossa de Mar).

Además de la Coordinadora (El nuevo modelo de la discapacidad. La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad), son autores del

libro: María Paz García Rubio (Notas sobre el propósito y el significado del anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica), Jordi Ribot Igualada (Las bases de la reforma del Código Civil de Cataluña en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica), Martín Garrido Melero (El juicio de capacidad notarial en los testamentos y en los otros negocios jurídicos), María Ángeles Parra Lucán (Hacia una reforma del régimen de la discapacidad: la doctrina del Tribunal Supremo y la Convención de Nueva York) y José María Valls Xufre (El poder preventivo en el sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica).

GÓMEZ-LINACERO CORRALIZA, Adrián: “Análisis crítico de los fundamentos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad”, *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, N.º 10006, 2022

La Ley 8/2021, de 2 de junio, trasvase legislativo patrio de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, ha significado una profunda revolución en nuestro sistema jurídico de la discapacidad y del Derecho de la Persona, objeto genuino del Derecho Civil. La reforma, necesaria y loable, revierte la posición pasiva en que se encontraba la persona con discapacidad en nuestro entramado jurídico para dotarle de soberanía en las decisiones trascendentales de su vida, en igualdad de condiciones y con la misma capacidad que el resto, respetando su voluntad, deseos y preferencias. Sin embargo, se advierten, a nuestro juicio, algunos conceptos controvertidos, criterios indeterminados (propios de una declaración de principios) o desviaciones idealistas que, tratando de abrogar, por la discriminación histórica de este colectivo, cualquier atisbo de tutelaje o paternalismo, pueden lograr el efecto contrario al perseguido y quebrar la seguridad jurídica. Todo ello amén de dañar los pilares vertebradores de nuestro Derecho Civil y no ser coherente con los graves problemas de autogobierno y discernimiento que padecen muchas personas con discapacidad y que hacen inviable la expresión de una voluntad libre y no viciada y la eficaz aplicación de cualquier sistema de ajuste, adaptación o fomento de decisiones para colmar las deficiencias estructurales del afectado (resumen del autor).

GÓMEZ-LINACERO CORRALIZA, Adrián: “Régimen de ineficacia contractual en materia de discapacidad: actos realizados por el curador sin autorización judicial (287 CC) y contratos celebrados sin medidas de apoyo (1302.3 CC)”, en *Diario LA LEY*, n.º 10064, de 9 de mayo de 2022.

Resumen del autor: El nuevo sistema institucional de discapacidad fruto de la profunda reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, regula con énfasis los aspectos personales de las medidas de apoyo, obviando, entre otras, la inmejorable oportunidad de delimitar sin fisuras el tipo de ineficacia aplicable a los actos tipificados en el art. 287 CC realizados por el curador representativo sin autorización judicial. Se sigue debatiendo, por tanto, como con el anterior art. 271 CC, y en la misma línea que con el vigente art. 166 CC, que tipo de ineficacia

(nulidad, anulabilidad, inexistencia o negocio por cuenta de otro) resulta de prescindir de autorización judicial, así como de la viabilidad de dejar sin efecto el art. 287 CC mediante declaración notarial del afectado en el otorgamiento de medidas voluntarias o constitución de auto-curatela. Por último, se aprovecha el artículo para abordar el régimen anulatorio instaurado por la citada reforma para aquellos contratos celebrados por la persona con discapacidad sin contar con las medidas de apoyo que tuviere establecidas, cuando éstas fueren necesarias, ahondando en sus requisitos, plazo y efectos y en su aplicación analógica para personas con discapacidad natural sin medidas de apoyo formalizadas.

GORDILLO CAÑAS, Antonio: “Incapacidades desconocidas y tráfico inmobiliario de buena fe”, en AA.VV.: *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* (Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla y Leonardo B. Pérez Gallardo —directores—; Manuel García Mayo —coordinador—), Ediciones Olejnik (Chile), impreso en Argentina, 2021, págs. 209 a 238.

Sumario: La constancia registral de las limitaciones dispositivas y de capacidad del titular inscrito. La admisión de estas limitaciones a la publicidad del Registro: I.- Su justificación como complemento necesario de la función aseguradora del Registro de la Propiedad. Comprobación de tal justificación desde la actual experiencia europea. II.- La subversión de la doctrina contra el criterio legal hasta llegar a su desactivación efectiva. III.- Refutación de la crítica doctrinal e intento de recuperación del genuino valor de la inscripción de las limitaciones de capacidad y dispositivas.

LECIÑENA IBARRA, Ascensión: “Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 1 (enero-marzo, 2022), Ensayos, pp. 257-293.2

La reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, reconoce a las personas con discapacidad el derecho a la toma de sus propias decisiones con pleno respeto a su voluntad, deseos y preferencias si bien, cuando presenten limitaciones intelectivas, el ejercicio de tal derecho precisará el apoyo de una persona que ella misma ha podido elegir o, en su defecto, la prevista por la norma. Esta nueva realidad jurídica desplaza el centro de atención, de la exteriorización del acto en que interviene la persona con discapacidad al proceso de formación de su voluntad, del que va a depender que emita consentimiento vinculante en los ámbitos que requieran de su intervención. Reconocida su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida, la persona con discapacidad psíquica deberá afrontar, con la ayuda de la persona que le presta el apoyo, un proceso deliberativo que le permita adoptar una decisión consciente y libre. Y si ello no fuera posible, la decisión la tomará el apoyo reconstruyendo cuál sería su voluntad si pudiera tomarla sin representación. El juicio sobre el discernimiento de la persona corresponderá hacerlo al notario lo que lo convierte en pieza fundamental en la aplicación de la reforma.

LECIÑENA IBARRA, Ascensión: “Contratación con personas de edad avanzada: un reto para la autonomía decisoria en el marco del envejecimiento”, en *Diario LA LEY*, n.º 10063, de 6 de mayo de 2022.

Resumen de la autora: La población está envejeciendo y este fenómeno no se afronta de igual manera que en décadas pasadas. Las personas mayores han dejado de ser meras espectadoras de su propia vida y defienden la hegemonía de su voluntad en la toma de decisiones que les incumben en todos los órdenes de la vida y el negocio no es una excepción. Por ello, en este nuevo escenario, a la luz de la reforma de la Ley 8/2021 y, por ende, de la autonomía decisoria de este colectivo, resulta necesario estudiar cómo el legislador ha afrontado la contratación en el tráfico con personas vulnerables por edad.

LECIÑENA IBARRA, ASCENSIÓN: “Autonomía decisoria y heteronomía en personas vulnerables por razón de edad”, en *Derecho privado y Constitución*, N.º 40, 2022, págs. 131-169.

Resumen de la autora: El presente trabajo tiene como objetivo evidenciar la integración de las personas de edad avanzada en el discurso de la COPO y por ende la aplicación a las mismas de la Ley 8/2021, de 2 de junio. En particular se insiste en que su discapacidad no tiene por qué incidir en su derecho a ejercer su capacidad jurídica a través de medidas de apoyo, en igualdad de condiciones con las demás personas y con pleno respeto a su voluntad.

Tras una breve introducción, la primera parte del trabajo se centra en el estudio de la vejez como circunstancia discapacitante, reservándose la segunda parte para realizar una aproximación al ejercicio de la autonomía decisoria en este escenario de vulnerabilidad por razón de edad, con especial atención a la dimensión asistencial y representativa del apoyo y al protagonismo de la voluntad en su elección.

LLAMAS POMBO, Eugenio: “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad”, en *Práctica Derecho de Daños*, núm. 149, oct.-dic. 2021, Editorial.

En el Editorial de este mes, Eugenio Llamas nos ofrece un análisis crítico sobre la responsabilidad civil de las personas con discapacidad, profundamente modificada por la Ley 8/2021 de 2 de junio, que ha supuesto un «cambio de sistema» en nuestro ordenamiento jurídico. El director de la revista analiza la responsabilidad civil de las personas con discapacidad desde dos perspectivas igualmente relevantes: tanto por hechos propios como por hechos ajenos de terceros.

LÓPEZ AZCONA, Aurora: “Capacidad jurídica y discapacidad intelectual y psicosocial: a vueltas sobre el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de 2006 y su interpretación por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en AA.VV.: *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* (Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla y Leonardo B. Pérez Gallardo —directores—;

Manuel García Mayo —coordinador—, Ediciones Olejnik (Chile), impreso en Argentina, 2021, págs. 113 a 142.

Sumario: I. Previo. II. La nueva visión de la discapacidad propugnada por la Convención UN 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad: del modelo médico al modelo social. III. El art. 12 de la convención y su compleja interpretación: 1. Planteamiento. 2. ¿Mantiene la Convención la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar? 3. El ambiguo significado del término apoyo. 4. Principios inspiradores de las medidas de apoyo. 5. La especial referencia a los derechos patrimoniales de las personas con discapacidad. IV. Las observaciones del Comité un sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: 1. Observaciones generales. 1.1. Observación núm. 1 (2014) sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley. 1.2. Observaciones generales complementarias. 2. Observaciones específicas a España. 2.1. Observaciones finales de 2011. 2.2. Observaciones finales de 2019. V. Breve apunte sobre la adecuación del nuevo sistema estatal de apoyos diseñado por el proyecto de ley 2020 a la Convención UN 2006.

LÓPEZ AZCONA, Aurora: “Las medidas voluntarias de apoyo”, en *Un nuevo orden para las personas con discapacidad: Comentarios a las nuevas reformas legislativa*, Dres. G. Cerdeira y M. García Mayo, Wolters Kluwer-Aranzadi, Madrid, 2021, págs. 365 a 382.

Sumario: I. Las medidas voluntarias de apoyo como principal manifestación del derecho al respeto a la voluntad y preferencias. II. El régimen general en materia de medidas voluntarias de apoyo. III. Los poderes-mandatos preventivos y con cláusula de subsistencia. IV. La autotutela. V. Bibliografía. Documentación complementaria.

LÓPEZ AZCONA, Aurora: “La necesaria reforma del Código del Derecho Foral de Aragón a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en *Actas de los XXX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (2021), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2022, pp. 7 a 26.

LÓPEZ AZCONA, Aurora: “El sistema de apoyos a las personas con discapacidad en Derecho aragonés”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, pp. 48-79.

LÓPEZ AZCONA, Aurora: “Reflexiones sobre el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de 2006”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana (Estudios de Derecho privado en homenaje al Profesor Cesare M. Bianca)*, 2022, pp. 636-667.

LÓPEZ BARBA, Elena: *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, Editorial Dykinson, Madrid, 2020.

LORA-TAMAYO, Isidoro: *Reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad*, Lefebvre, 2021.

Exposición de conjunto, en IX Capítulos, de la reciente reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, en el Derecho civil estatal y en el procesal civil. Obra omnicomprendensiva que facilita al lector, especialmente al profesional, captar el sentido del radical cambio de paradigma que introduce en prácticamente todos los ámbitos del Derecho privado, pues en todos ellos la persona discapacitada desarrolla el libre juego de su personalidad. Obra de gran utilidad para la práctica notarial.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro: “La comunicación en el otorgamiento notarial en la Ley 8/2021”, en *El Notario del Siglo XXI* - enero - febrero 2022 / n.º 101.

Resumen del autor: Se desarrolla en este artículo el derecho de la persona con discapacidad física o sensorial a que se garantice su accesibilidad en el otorgamiento ante notario. Considera el autor que para ello es imprescindible lograr la comunicación entre el notario y el otorgante, usando los medios adecuados a tal fin, pero con preferencia de los medios materiales que permitan la comunicación directa entre el notario y el otorgante, a los humanos que supongan la intervención de un tercero para lograr esa comunicación. Considera que el mediador o intérprete no tiene que ser profesional, que pueden serlo los familiares de la persona con discapacidad, pero no los familiares del notario, ni sus empleados.

MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, Alfonso: “La reforma de la regulación de la discapacidad por Ley 8/2021, de 2 de junio: la hora del notario”, en *Revista Jurídica del Notariado*, ISSN 1132-0044, N.º 112, 2021, págs. 437-459.

La 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 constituye una de las reformas más importantes del derecho privado desde la aprobación del Código Civil. El reto es especialmente importante para los notarios, a los que la reforma otorga un papel preeminente y una gran responsabilidad. Concretamente, se han de destacar dos cuestiones en las que la actuación de los notarios va a ser esencial: la actuación ante notario de las personas necesitadas de apoyo y la regulación de la propia discapacidad (resumen del autor).

MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: “El nuevo artículo 1387 CC: su interpretación a la luz de la regulación de la discapacidad de la Ley 8/2021 y propuestas de *Lege Ferenda*”, en *ADC*, tomo LXXIV, 2021, fasc. IV (octubre-diciembre), pp. 1289-1372.

Resumen de la autora: El presente trabajo tiene como finalidad analizar el alcance de la modificación que 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, ha llevado a cabo de forma particular sobre

el artículo 1387 CC, referido a la atribución automática de la administración de la sociedad de gananciales en caso de discapacidad de un esposo y nombramiento de curador con facultades de representación plena del otro, así como la incidencia en el mismo de la nueva regulación de la discapacidad en general. Para ello se estudia tanto el supuesto de hecho de la norma como su consecuencia jurídica, cuya regulación se perfila en el artículo 1389 CC, precepto que se aborda también desde esta perspectiva. Se concluye con un listado de conclusiones y unas propuestas de *lege ferenda*, como aportación para una mejora de la regulación de esta materia en el futuro.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: “La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?”, en AA.VV.: *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* (Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla y Leonardo B. Pérez Gallardo —directores—; Manuel García Mayo —coordinador—), Ediciones Olejnik (Chile), impreso en Argentina, 2021, págs. 85 a 112.

Trabajo muy bien construido y razonado en el que su autor llega a las siguientes conclusiones:

“En cuanto a su eficacia, la *Observación General Primera* no es vinculante para los Estados signatarios, pero sí contiene una interpretación cualificada de la Convención, en cuanto procede de un órgano creado por la propia Convención para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones por los Estados parte, y en cuanto sus componentes son expertos en la materia. Sin embargo, los Estados, que deben tomar en cuidadosa consideración el contenido de la *Observación*, pueden discrepar razonadamente de ella. En este sentido, la interpretación propuesta por el Comité pierde fuerza en la medida en que demostrablemente se aleje del texto de la Convención, porque en tal caso se corre el riesgo de que la Convención acabe siendo sustituida en la práctica por la interpretación de la Convención propuesta por el Comité.

Desde este último punto de vista, la *Observación General Primera*, más que una interpretación, realiza una modificación del art. 12 CDPD. Así ocurre, por ejemplo: 1) cuando se cierra la posibilidad de establecer regímenes de sustitución en la toma de decisiones, que es una posibilidad que intencionalmente quiso dejarse abierta en la Convención; 2) cuando se hace girar la discusión en torno a los conceptos, que se presentan como antitéticos, de sustitución en la toma de decisiones y apoyo en la toma de decisiones, conceptos que no aparecen en la Convención, cuyo texto refiere el apoyo no a la toma de decisiones (como hace reiterada y casi exclusivamente la *Observación*), sino al ejercicio de la capacidad jurídica; 3) cuando se excluye la consideración del interés de la persona afectada como criterio rector de la actuación del prestador de apoyo (siendo que dicho interés está expresamente mencionado en el art. 12.4 CDPD), y se restringe dicho criterio rector a la voluntad y preferencias de la persona afectada, con olvido de sus derechos, expresamente mencionados junto a la voluntad y las preferencias por el art. 12.4 CDPD. Estas opciones interpretativas (*rectius*,

correctoras) del Comité dejan sin atención casos en los cuales los instrumentos (apoyo no sustitutivo) y los criterios de actuación (la voluntad y preferencias) propuestos por el Comité no son operativos, con el consiguiente perjuicio para las personas con discapacidad afectadas.

A la vista de todo esto, la conclusión es que la *Observación General Primera* expresaría no tanto lo que dice el art. 12 de la Convención, cuanto lo que los miembros del Comité piensan que debería haber dicho, viniendo a reemplazar así el texto de la Convención por el de la *Observación*, y empobreciendo además, con esas propuestas, el abanico de herramientas legales de que los Estados podrían disponer para atender adecuadamente a las personas con discapacidad psíquica en toda su abundante diversidad.”

MARTÍNEZ ORTEGA, Juan Carlos: “El facilitador: herramienta fundamental en la defensa de las personas con discapacidad”, en *El Notario del Siglo XXI* - Enero - Febrero 2022 / n.º 101.

Resumen del autor: La Ley 8/2021 sobre discapacidad ha incluido una nueva figura positiva para que participe en las tareas de adaptación y ajuste necesarias con el fin de que cualquier persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

Se trata de un profesional experto que facilite el objetivo esencial de que cualquier persona pueda desarrollar su voluntad y preferencias en condiciones de igualdad con el resto de la población.

El notario juega un papel destacado como apoyo de las personas más vulnerables pero para ello debe utilizar todas las herramientas de que dispone para tal fin, sean humanas o tecnológicas.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis: “La clave hermenéutica de la nueva legislación civil sobre capacidad jurídica”, en *Revista de Derecho Privado*, Núm. 3, mayo-junio 2022. Págs. 41-63.

Resumen del autor: 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, ha supuesto una profunda alteración en el régimen tradicional de la capacidad jurídica y de las instituciones de apoyo a las personas con discapacidad. En efecto, mientras que el antiguo modelo estaba presidido por el principio del mejor interés, hoy el criterio rector es el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. El presente artículo pretende justificar que éste es el principio interpretativo que ha de presidir la aplicación de la nueva Ley y mostrar algunas de sus implicaciones prácticas, tanto en el momento de la constitución del apoyo como en la posterior actuación de la figura de apoyo.

MAYOR DEL HOYO, M.^a Victoria: “Los Derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad. Especial referencia al Derecho civil aragonés: ¿una adaptación condicionada por la reforma estatal?”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 782, 2020, págs. 3359 a 3415.

La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas para los derechos de las personas con discapacidad implica la necesidad de adaptar nuestro Derecho interno. En concreto, el Derecho civil debe adaptarse al ya conocido artículo 12 de la Convención. La doctrina suele centrar su atención en la acomodación del Código civil, pero no debe olvidarse que la obligación de reconsiderar la regulación existente incumbe tanto al legislador estatal como, en su caso, a los legisladores territoriales. El presente artículo estudia la adaptación de los Derechos civiles en España: del Código civil y de los derechos civiles territoriales, con especial referencia al Derecho civil aragonés. Y analiza la posible incidencia de la reforma del ordenamiento jurídico privado estatal en la adaptación de las normas aragonesas como consecuencia de los problemas de armonización que, de otra forma, podrían llegar a existir (resumen de la autora).

MAYOR DEL HOYO, M.^a Victoria: “La incidencia de la reforma estatal del Derecho civil en materia de capacidad en los Derechos civiles territoriales”, en *Diario La Ley*, N.º 9859, Sección Doctrina, 27 de Mayo de 2021, Wolters Kluwer, 11 págs.

“Hasta el momento, el foco de la necesaria adaptación del Derecho privado al art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad se ha puesto en la reforma del Código civil. Prácticamente culminada la reforma del Derecho estatal, el presente trabajo presenta una reflexión acerca de la —también necesaria— adaptación de los demás Derechos civiles de España —los territoriales—, así como sobre la incidencia que esta reforma estatal puede tener en ellos” (resumen de la autora).

MAYOR DEL HOYO, M.^a Victoria: “La escisión de los regímenes jurídicos del menor y de la persona con discapacidad con la ley 8/2021”, en *Revista de Derecho Privado*, Núm. 5, 6, noviembre-diciembre 2021. Págs. 47-74.

Resumen de la autora: La adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Nueva York por medio de la Ley 8/2021 ha conllevado la escisión de los regímenes jurídicos de la minoridad y de la discapacidad. El alejamiento del presupuesto y la finalidad de las medidas a adoptar en uno y otro caso se ha traducido en el diseño de instituciones distintas y en una reorganización de la estructura del Código civil. El sistema de protección de menores no ha resultado indemne tras la separación. El hecho de que el legislador tuviera puesto el foco en la discapacidad —que era el objetivo de la reforma— ha provocado que el régimen del menor se debilite perdiendo su carácter principal y que la regulación de sus instituciones se resienta.

MIGUEL ALHAMBRA, Luciana y CHACÓN CAMPOLLO, Raquel: “Internamiento en residencia de ancianos con demencia. Reflexiones con motivo de la entrada en vigor de la ley 8/2021, de 2 de junio”, en *El Notario del Siglo XXI* - MARZO-ABRIL 2022/ N.º 102.

Interesantes reflexiones de una médico forense, especialista en geriatría, y una magistrada. En su opinión, con la entrada en vigor de la Ley 8/2021 se podría abrir la posibilidad de que, al margen de la intervención judicial, fuera el anciano con deterioro cognitivo quien tomara la decisión de vivir en residencia, siempre que esa fuera su voluntad y preferencia, y contara con los apoyos necesarios en el proceso de toma de decisión.

MUNAR BERNAT, Pedro A. (Dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*. Colección *lege ferenda*, Marcial Pons, Madrid, 2021, 322 pp, ISBN 9788413810157.

NEVADO MONTERO, Juan José: “La crisis de pareja en caso de hijos o progenitores con discapacidad”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año n.º 97, n.º 786, 2021, págs. 2443-2467.

Tras la crisis de pareja, se organiza de forma diferente el núcleo familiar, y es necesario establecer en la resolución que regule las medidas paterno-filiales como se van a llevar a cabo las tareas de los progenitores comprendidas en el ámbito de la patria potestad. Entre las cuestiones a regular se encuentran el régimen de guarda y custodia de los hijos menores de edad, las pensiones de alimentos si proceden, y la atribución del uso de la vivienda familiar, en su caso. Cuando los hijos o progenitores son personas con discapacidad, dicha circunstancia deberá tenerse en cuenta para establecer las medidas (resumen del autor).

ORTIZ TEJONERO, Macarena: “La guarda de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021”, en *Diario La Ley*, núm. 10053, 2022.

Una de las principales novedades que ha supuesto 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, es la introducción de la figura de la guarda de hecho como medio de provisión de apoyos, que en nada se asemeja a la antigua guarda de hecho que regulaba el Código Civil con anterioridad a la reforma (Resumen de la autora).

PALLARÉS NEILA, Javier: “La participación en la toma de decisiones: el instrumento que permite el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica”, *Actualidad Civil* n.º 3, marzo 2020, Editorial Wolters Kluwer, págs. 1-20.

En el presente artículo, se considera el proceso de toma de decisiones como un instrumento imprescindible para que los tutores y curadores profesionales respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con

discapacidad, como exigencia del art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Se ofrece una definición de este proceso y se describen todos los pasos que hay que seguir hasta alcanzar una decisión, elemento que se considera clave cuando se trata de personas cuyo ejercicio de su capacidad jurídica se ha visto modificada judicialmente (resumen del autor).

PALLARÉS NEILA, Javier: “Quién, qué y por qué. El estándar de intervención en el Proyecto de Ley para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en *Actualidad Civil* n.º 10, octubre 2020.

El Gobierno ha remitido a las Cortes Generales un Proyecto de Ley por el que se sustituye el sistema de tutela actualmente vigente, por otro de apoyo en la toma de decisiones. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos europeos reformados recientemente, en este proyecto no se expresan con claridad las causas que permiten acceder a este sistema de apoyo. A juicio del autor, este hecho afectará a otros principios como el de necesidad y proporcionalidad, generando inseguridad jurídica (resumen del autor).

PALLARÉS NEILA, Javier: “El traje nuevo del emperador. Análisis de la jurisprudencia menor un año después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021”, en *Actualidad Civil* n.º 9, septiembre 2022.

Resumen del Autor: Un año después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, se analizan en este artículo el contenido de treinta y cinco sentencias que han sido dictadas por distintas audiencias provinciales. En todas ellas el tribunal ha revocado la declaración de incapacidad y el nombramiento del tutor, que había sido llevado a cabo por un juzgado, y ha constituido en su mayoría una curatela, atribuyendo al curador las más diversas funciones relativas a la persona, salud y bienes de las personas con discapacidad.

PEREÑA VICENTE, Montserrat (dir.), DÍAZ PARDO, Gloria (coord.), NÚÑEZ NÚÑEZ, María (coord.): *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*; Editores: Universidad Rey Juan Carlos: Dykinson, 2018, 572 págs., ISBN: 9788491489504.

El respeto de la voluntad de la persona protegida debe convertirse, por imperativo de la Convención de Nueva York, en eje vertebrador de todas las medidas de protección. La inaplazable reforma que debe acometer el legislador español así lo debe consagrar, pero debemos permanecer atentos a que estos cambios, enarbolando banderas comunes a todas las causas, no caigan en el error de consagrar un sistema, políticamente correcto, vacío de contenido en el que los más vulnerables de nuestra sociedad vean incrementada su vulnerabilidad. Por ello, toda reforma debe ir precedida de un trabajo de análisis que ponga de manifiesto las deficiencias del ordenamiento jurídico y proponga soluciones eficaces a los problemas detectados.

Esta obra es el fruto de una reflexión colectiva de más de veinte investigadores, procedentes de diferentes universidades de España, Francia, Inglaterra, Estados Unidos, Argelia, Bélgica, Italia y Suiza, en la que se estudian las reformas que se están llevando a cabo y las que se van a realizar para adaptarse a los postulados de la Convención que exige adoptar las “medidas pertinentes” para garantizar el respeto de la voluntad de la persona, voluntad que debe situarse en el centro de cualquier medida de protección pero, eso sí, anticipando los riesgos de abuso e influencia indebida que existen, para adoptar las salvaguardias que los impidan.

La reflexión que cada autor realiza desde la perspectiva de su ordenamiento jurídico, permite, con un abordaje transversal, observar el impacto de las posibles reformas en todos los ámbitos de la vida de la persona ya que se analiza su incidencia tanto en los actos de carácter personal, como el matrimonio y el divorcio o los de carácter médico, hasta los actos de carácter patrimonial como la contratación o la capacidad sucesoria, sin olvidar la cuestión de los derechos políticos, cuyo ejercicio es la mejor expresión de la participación en sociedad de todas las personas con discapacidad (resumen del libro).

PEREÑA VICENTE, Montserrat: “El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código civil”, en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Dir. Pedro A. Munart Bernad, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 195 a 241.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: “El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 782, 2020, págs. 3625 a 3671.

El derecho a ejercer la capacidad jurídica se ha erigido en un derecho humano con reconocimiento y protección convencional. Desde el modelo social que proyecta la CDPD, la capacidad para testar de las personas con discapacidad debe ser entendida a partir de claves que permitan su inclusión social y el respeto a su dignidad inherente. Nada priva que conforme con su particular situación puedan otorgar testamento ante notario con apoyos, ya hayan sido estos nombrados por el propio testador en escritura pública notarial o dispuestos por resolución judicial. La participación de los apoyos no conculca la naturaleza personalísima del testamento, en todo caso la intervención notarial se erige en crucial salvaguardia de los derechos del testador para evitar influencias indebidas.

PETIT SÁNCHEZ, Milagros: “La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés”, en *Revista de Derecho Civil*, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, vol. VII, núm.5 (octubre-diciembre, 2020), Ensayos, pp. 265-313.

La persona con discapacidad es en sí misma el centro de atención de las miradas puestas en la determinación de apoyos y ayudas en aras de su protección. Su mejor interés ha sido considerado como uno de los motores de empuje

de cualquier actuación externa en la determinación de estas medidas, si bien, en los últimos años, es la autonomía de su voluntad la que se postula como el eje sobre el que giran estos apoyos. Este estudio pretende armonizar ambos criterios partiendo de las premisas de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, teniendo en cuenta los pronunciamientos judiciales y los cambios que propone el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (resumen de la autora).

PLANAS BALLVÉ, María: “Igualdad de derechos y no discriminación de personas con discapacidad sensorial en el proceso sucesorio”, en *Revista de Derecho Civil*, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020), Ensayos, pp. 365-384.

La Ley 6/2019, de modificación del Libro IV del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial, pretende que las personas con discapacidad sensorial, temporal o permanente, no sufran discriminación alguna en el momento de otorgar un testamento y en la posibilidad de intervenir en calidad de testigo en el acto de otorgamiento por otra persona. Ahora bien, parece ser que el legislador catalán no ha garantizado esta igualdad cuando las personas tienen una discapacidad física y/o mental, con lo que resta pendiente adaptar la norma a la Convención de 2006 de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (resumen de la autora).

PRADOS GARCÍA, Celia: “Adaptación del Código Civil al nuevo modelo de la discapacidad. La supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada”, en *Actualidad Civil* n.º 11, noviembre 2021.

“Entre las principales adaptaciones y modificaciones, suscribo la supresión del artículo 171 del Código Civil por la rigidez y falta de adaptación de la patria potestad prorrogada y rehabilitada. Ambas figuras suponen un modelo de representación legal, que no es acorde al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad. Por ello, la Ley pretende romper con la tradición jurídica que considera que los padres son siempre las personas más adecuadas para prestar los apoyos. Por el contrario, la reforma no opera en detrimento de la familia, sino que solo pone en tela de juicio el automatismo que se da en estas figuras, porque con cierta frecuencia, el exceso de protección dificulta que el hijo logre un grado de autonomía suficiente para vivir en el futuro sin sus progenitores. No obstante, nada impide que los padres presten los apoyos necesarios al hijo mayor de edad con discapacidad, como guardadores de hecho o curadores” (valoración final de la autora).

RODRÍGUEZ ELORRIETA, Naiara: “Los fundamentales cambios producidos por la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma en materia de discapacidad. Especial

referencia al régimen de responsabilidad civil extracontractual”, en *Actualidad Civil* n.º 11, noviembre 2021.

Las modificaciones en la Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad, hacen oportuno destacar las principales novedades y realizar un breve análisis sobre la responsabilidad civil extracontractual: el vigente sistema contenido en el Código Civil y su modificación normativa.

SALAS MURILLO, Sofía de: “La delimitación del ámbito subjetivo de aplicación en la adaptación del Código civil a la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad”, en *Estudios de Derecho privado. Homenaje al profesor Gabriel García Cantero*, Tirant lo Blanch, Bogotá D.C., 2021, pp. 273 a 296.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Derecho a la libertad personal e ingresos involuntarios civiles: en busca del equilibrio ante el nuevo paradigma de los derechos humanos en materia de discapacidad*, Reus, Madrid, 2022.

SEGARRA CRESPO, María José y ALÍA ROBLES, Avelina: “Reflexiones sobre la nueva forma de ejercicio de la curatela, a partir de la Sentencia del Pleno de la Sala 1.ª TS de 8 de septiembre de 2021”, en *Actualidad Civil* N.º 10, octubre de 2021.

El día 3 de septiembre de 2021 entraba en vigor 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. Sin hacerse esperar, el día 8 de septiembre de 2021 el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictaba la primera sentencia que aplica la nueva ley. La oportunidad de esta sentencia es indiscutible y tiene una trascendencia muy notable. No solo examina y acomoda lo acordado en la instancia al nuevo régimen de provisión judicial de apoyos, sino que se adentra en el análisis y alcance de la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad psíquica o intelectual. Se abre ahora el camino a una actuación del curador que debe respetar esa tríada, interpretada a la luz de esta sentencia. Asimismo, se impone un ejercicio de la curatela centrado en la persona y dirigido a que el afectado precise menos apoyos en el futuro.

SERRANO CHAMORRO, M.ª Eugenia: “Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo”, en *Revista de Derecho de Familia* 94, Enero - Marzo 2022.

Resumen de la autora: La nueva regulación del CC sigue hablando de unos actos prohibidos, así como de colisión de intereses. Si la regla general es el principio de presunción de capacidad ¿Cómo es posible que el art. 226 no se haya modificado? ¿en estos casos no cabe hablar de permisión o autorización voluntaria? Se siguen requiriendo la autorización judicial para muchos de sus actos, en línea similar a la regulación existente. Parece que el CC ha querido acercarse a los

principios de la CDPD, pero con ciertas cautelas, por eso pretendo señalar ciertas limitaciones de actuación que se siguen contemplando para la validez de los actos celebrados por el curador o tutor, al seguir exigiendo autorización o incluso aprobación judicial, o apreciando conflicto de interés en la autocontratación salvo prueba en contrario.

SERRANO CHAMORRO, M.^a Eugenia: “Consideraciones sobre la capacidad jurídica *versus* capacidad de ejercicio tras los nuevos cambios legislativos: criterios jurisprudenciales”, en *Actualidad Civil* n.º 2, 1 de febrero 2022, Editorial Wolters Kluwer.

Resumen de la autora: La nueva Ley 8/2021, de 2 de junio, sigue distinguiendo el ejercicio de la capacidad jurídica, al hablar de complemento de capacidad, de apoyo en su ejercicio, de curatela representativa, de asistencia. Todas las personas valen, pero cada una de manera distinta. Se ha pasado de la incapacitación al apoyo. La clásica distinción entre capacidad de obrar y de ejercicio se unifica en capacidad jurídica y su ejercicio a través de las personas que ejercen el apoyo. Se trata de responder una serie de interrogantes: ¿La titularidad de derechos implica una acción de ejercicio? ¿capacidad jurídica se ejerce por cualquier persona? ¿Desaparece la capacidad de obrar? ¿se habla de complemento de capacidad? ¿que implican las medidas de apoyo?

TENA ARREGUI, Rodrigo: “El régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad”, en *El Notario del Siglo XXI* - enero – febrero 2022 / n.º 101.

Resumen del autor: Aclarar el régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad es crucial para comprobar el verdadero alcance de la reforma y su fidelidad a los principios de la Convención de Nueva York. La cuestión decisiva es dilucidar, en relación al tenor literal de los artículos 1301, 1302 y 1304 CC, cuándo puede entenderse que son “precisas” las medidas de apoyo. Una interpretación formalista que se remita al simple ámbito de la medida nos reconduciría al antiguo sistema de la incapacitación judicial como estado civil, radicalmente rechazado por la Convención. Sin embargo, entenderlo como una presunción que admitiría prueba en contrario, serviría para encontrar un equilibrio adecuado que permita proteger a la persona con discapacidad, pero evite los variados inconvenientes de la tesis formalista. De esta manera, no debería impedirse a la parte que ha contratado de buena fe probar que para un concreto acto el apoyo no era necesario, o que el institucional prestado por el notario (o incluso por otra persona distinta del titular formal) fue suficiente a esos efectos.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad”, en *Diario LA LEY*, n.º 10021, de 3 de marzo de 2022, Editorial Wolters Kluwer.

Resumen del autor: En el presente trabajo se analizan las líneas esenciales de

la importante Ley 8/2021, que ha llevado a cabo una profunda reforma del Código civil en materia de discapacidad, estudiando la jurisprudencia recaída hasta el momento, en aplicación de la misma, tanto en el Tribunal Supremo, como en los Tribunales de instancia, y poniéndola en relación con la finalidad pretendida por el legislador: garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mediante un adecuado sistema de apoyos a la luz de los principios de no discriminación y de libre desarrollo de la personalidad, que se plasman en la prevalencia de las medidas de carácter voluntario, en la razonable desjudicialización a través del reforzamiento de la guarda de hecho y en el establecimiento de la curatela asistencial como medida judicial de apoyo preferente, suprimiéndose la incapacitación y la tutela de las personas con discapacidad.

6.4. Relaciones entre ascendientes y descendientes

6.4.1. Efectos de la filiación

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: “Gestación por sustitución y tribunal supremo español. Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022”, en *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, n.º 10069, 2022.

Resumen del autor: La Sala primera del Tribunal Supremo ha vuelto a afirmar que la gestación por sustitución comercial es contraria al orden público español y atenta contra la dignidad de la madre gestante y el nacido. En el concreto supuesto, tales declaraciones eran totalmente innecesarias para la resolución del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y, en gran medida, resultan incongruentes con la realidad de la gestación por sustitución en España y con la oferta que el propio Tribunal Supremo hace para que la madre comitente y el nacido puedan establecer un vínculo de filiación recurriendo a la adopción. El comentario resalta esta incongruencia y reclama una urgente regulación legal.

ARROYO GIL, Antonio: “Gestación por sustitución: la dignidad humana en juego”, en *Estudios de Deusto*, Vol. 68/2, julio-diciembre 2020, págs. 41-73. <http://www.revista-estudios.deusto.es/>

La gestación por sustitución ha planteado serios problemas de orden público en aquellos Estados en los que, como es el caso de España, esta práctica no se encuentra legalizada. La tensión existente entre la dignidad y los derechos de la mujer gestante, los deseos de los futuros padres comitentes y, sobre todo, el interés superior del menor, no pueden resolverse de manera automática, atribuyendo, en todo caso, prioridad a este último. Antes bien, se requiere un análisis pormenorizado de cada caso en el que se tengan en cuenta todas las circunstancias concurrentes. Las respuestas a nivel estatal son difíciles e insatisfactorias. Idealmente, sería precisa una solución de Derecho internacional público (resumen del autor, profesor de Derecho constitucional).

JORQUI AZOFRA, María: “La difícil conciliación de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico con los derechos fundamentales involucrados”, en *Derecho privado y Constitución*, ISSN 1133-8768, N.º 37, 2020.

A la luz de los valores y principios que vertebran nuestro sistema jurídico, hay que plantearse si estos son conciliables con la pretensión de ubicar, en el marco de un contrato de gestación por sustitución, determinados derechos fundamentales. ¿Cómo encajar en nuestro ordenamiento la intención de transformar en materia disponible la facultad personalísima de gestar una nueva vida humana, además de esta última? El trabajo tiene por objeto analizar los principales argumentos que delimitan el debate sobre si admitir o no esta práctica. Para ello, se observa el estado de la cuestión en nuestro derecho. Se revisan las distintas posturas sustentadas sobre el reconocimiento de la filiación de los nacidos a partir de esta práctica allí donde es admitida. Para finalizar con una valoración ponderada de las distintas consideraciones expuestas a fin de concluir si resulta o no admisible la regulación de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico.

MARTÍNEZ CALVO, Javier: “La regulación del derecho de relación entre nietos y abuelos en el ordenamiento jurídico italiano”, en *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, N.º 10004, 2022

La configuración actual del derecho de relación entre nietos y abuelos en el Derecho italiano es el resultado de una serie de reformas que han conformado un complejo régimen con diferentes cauces procesales para su ejercicio, cada uno con sus propias especialidades en materia de competencia y legitimación. Además, desde un punto de vista sustantivo, son varias las controversias que se han ido generando en torno al régimen de relación entre nietos y abuelos, como los presupuestos necesarios para su establecimiento, su configuración concreta o los supuestos en los que queda excluido. Todas estas cuestiones serán objeto de análisis en el presente trabajo, para lo que se atenderá tanto al régimen legal como a la interpretación que han hecho del mismo la jurisprudencia y doctrina italianas. Además, se irán haciendo las oportunas menciones al Derecho español cuando pueda resultar de interés a efectos comparativos (resumen del autor).

6.4.2. Deber de crianza y autoridad familiar

LÓPEZ AZCONA, Aurora: “La intervención psicológica con menores víctimas directas o indirectas de violencia intrafamiliar: La solución del Derecho español”, *Lex medicinae: Revista portuguesa de Direito da Saúde*, 2021, pp. 69-74.

6.4.3. Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres

ARGUDO PÉRIZ, José Luis, «La custodia compartida: entre el Derecho y la mediación. Aproximación desde el Derecho civil aragonés», en Carlos Villagrasa Alcaide (coord.), *Derecho de la persona y la familia*, Barcelona, Atelier, 2020, pp.555-570.

ARGUDO PÉRIZ, José Luis, «La mediación familiar en casos de custodia compartida: aproximación desde el Derecho civil aragonés», en Carlos Villagrasa Alcaide y Carme Panchón Iglesias (directores) y Richard Aguilar Díaz (coordinador), *Mediación y justicia restaurativa en la infancia y la adolescencia*, Barcelona, Huygens Editorial, 2021, pp. 181-189.

FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio: “Conflictos dominicales y posesorios derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n.º 97, N.º 788, 2021, págs. 3369-3441.

Resumen de los autores: “La atribución del uso de la vivienda familiar suscita numerosos problemas desde el punto de vista dominical y posesorio, tanto entre los cónyuges como con terceros, vistos los dispares títulos jurídicos en virtud de los cuales los cónyuges venían ocupando dicha vivienda antes de la crisis matrimonial. El régimen jurídico aplicable al derecho de uso difiere en función de si la vivienda es propiedad o copropiedad de los cónyuges o de un tercero. A la hora de dirimir los derechos dominicales y posesorios que asisten tanto a los cónyuges como a los terceros implicados en tales situaciones se discute la naturaleza jurídica de dicho derecho de uso, su trascendencia jurídico-real y su oponibilidad a terceros, así como la interrelación existente entre el régimen aplicable a la vivienda vigente el matrimonio y tras la crisis matrimonial. Aunque el enfoque de esta problemática experimentó un antes y un después tras la STS plenaria de 18 de enero de 2010, los razonamientos en ella adoptados por el Alto Tribunal continúan planteando numerosos interrogantes e inducen a confusión en no pocos aspectos, déficit que se aprecia, igualmente, en los pronunciamientos de la DGRN sobre este particular y cuya solución vuelve a estar en la palestra tras la reciente reforma operada en el artículo 96 del Código civil el pasado mes de junio en virtud de la Ley 8/2021 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. Por ello, resulta necesaria la formulación de una teoría unitaria sobre la naturaleza del derecho de uso y las implicaciones jurídico-reales que dicho derecho entraña tanto para el cónyuge o cónyuges titulares de la vivienda como para los terceros propietarios, fruto de la cual dirimir de forma coherente la solución aplicable en cada una de la hipótesis que se suscitan en la práctica judicial, no solo en sede de lege lata sino también de “lege ferenda”, caso de estimar necesaria una nueva reforma legislativa en la línea de la formulada en la Propuesta de Código civil o en algunos Derechos forales.”

GARCÍA MAYO, Manuel: “El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 Cc.”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 3 (julio-septiembre, 2021), Estudios, pp. 187-221

Resumen del autor: La modificación de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha dado nueva redacción al art. 96 del Código Civil, no solo para referirse a las personas con discapacidad, sino para resolver o, al menos, intentarlo, algunos de los problemas que había suscitado la aplicación de este precepto. El fin de este

trabajo es, así, reflexionar tanto sobre tales modificaciones, como sobre aquellas otras que, aun siendo necesarias, no se han llevado a efecto.

LÓPEZ AZCONA, Aurora: “La asignación compensatoria del derecho civil aragonés”, en VVAA: *La compensación por desequilibrio en la separación y divorcio. Tratado Práctico Interdisciplinar*, Dtor. JR de Verda, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 283-331.

El presente trabajo tiene por objeto ofrecer un examen crítico de la asignación compensatoria, tal y como se articula en el CDFA, con especial atención a la interpretación de que ha sido objeto por la jurisprudencia tanto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón como de las Audiencias Provinciales con sede en la Comunidad Autónoma.

LÓPEZ AZCONA, Aurora: “El destino de la vivienda y ajuar familiar en Derecho aragonés”, *La vivienda en las crisis familiares*, Dtor: P. Chaparro, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 89-112

LÓPEZ AZCONA, Aurora: “Las crisis familiares en la legislación aragonesa”, *Tratado de crisis familiares*, Dtor: J.R. de Verda, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 467-503.

PINTO ANDRADE, Cristóbal: “Ley Vasca de custodia compartida 7/2015, Reflexiones jurídicas y praxis jurisprudencial”, en *Diario La Ley* n.º 10087, 2022.

Resumen del autor: Muchas luces y algunas sombras se derraman a lo largo de los siete años de aplicación de la Ley 7/2015 en los Juzgados y Tribunales vascos. Se trata de un texto legal de constitucionalidad difusa cuyo enfoque material resulta ser generalmente innovador y novedoso y que constituye un valiosísimo instrumento normativo, aunque en ocasiones se expresa de manera confusa y farragosa. Su posterior desarrollo jurisprudencial ha resultado ser muy fructífero en el ámbito de las Audiencias Provinciales vascas e incluso proactivo y audaz en ocasiones —debiendo destacarse la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia— pero prácticamente inexistente, paupérrimo, en el del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Ahora bien, lo cierto es que las cifras estadísticas no hacen sino reflejar una tendencia progresiva en Euskadi a cuyo impulso coadyuva poderosamente una disposición legal propia, la Ley 7/2015, que encumbra la custodia compartida como el modelo preferente de cuidado de los hijos tras la ruptura.

6.5. Relaciones tutelares y parentales. Adopción

ALBA FERRÉ, Esther: “La nueva guarda de hecho como verdadera institución de apoyo”, en *Rev. Boliv. de Derecho* N.º 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 152-177

La guarda de hecho debe dejar de ser una mera situación fáctica de carácter provisional y convertirse en una verdadera institución jurídica de apoyo cuando se

manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de las personas protegidas, como ya lo indica el Anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018 por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Así la nueva guarda de hecho pasará a ser una guarda de derecho.

LACRUZ MANTECÓN, Miguel: “Mediación y Junta de parientes”, en *Mediación y Derecho aragonés*, Coord. José Luis Argudo Périz, Reus, Madrid, 2022, Páginas: 235-262.

LÓPEZ AZCONA, Aurora: “La situación de desprotección de los menores y sus respuestas en el Ordenamiento jurídico español”, *Derecho de la persona y la familia*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 103-134.

PÉREZ MONGE, Marina: “La protección jurídica de las personas mayores”, en *Estudios de Derecho privado. Homenaje al profesor Gabriel García Cantero*, Tirant lo Blanch, Bogotá D.C., 2021, pp. 637 a 659.

Introducción. 1. Denominación. 2. Envejecimiento. 3. En torno a la posible autonomía del Derecho de la ancianidad. 4. La senectud: ¿es un estado civil? Bibliografía.

6.6. Régimen económico conyugal

CALATAYUD SIERRA, Adolfo: “Ley aplicable al régimen económico matrimonial” y “derecho expectante de viudedad”, apartado dentro de la parte de Aragón del Libro *Las relaciones patrimoniales entre cónyuges y parejas convivientes en los derechos civiles autonómicos*, Dykinson, 2021.

LALANA DEL CASTILLO, Carlos: “Eficacia, modificación, publicidad y oponibilidad de las capitulaciones matrimoniales en Aragón”, en *Estudios de Derecho privado. Homenaje al profesor Gabriel García Cantero*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 375-398.

I. Eficacia. II. Modificación de las capitulaciones. III. Publicidad. IV. Oponibilidad de las estipulaciones capitulares y perjuicio de terceros. V. Índice de jurisprudencia y resoluciones de la DGRN.

SALAS AUSÉNS, José Antonio: “Pero si ..., y si ..., por si ...: asegurar la pervivencia de la casa en el alto Aragón en la edad moderna”, en *Obradoiro de Historia Moderna*, N.º 24, págs. 225-255, 2015, ISSN: 1133-0481 (<http://dx.doi.org/10.15304/ohm.24.2709>)

Las capitulaciones matrimoniales y los testamentos de los notarios de una pequeña comarca del Alto Aragón a finales del siglo XVI y comienzos del XVII, muestran que ya entonces el modelo de transmisión de propiedad, basado en la continuidad de la casa y en las distintas estrategias puestas en marcha para

alcanzar ese objetivo, característico del Pirineo aragonés y en parte similar al de otras áreas de montaña hispanas y europeas, estaba perfectamente definido. Pero a la vez, esa documentación evidencia la presencia de singularidades como la casi sistemática renuncia a la viudedad foral, que contemplaba el derecho del cónyuge superviviente al usufructo del patrimonio familiar, o la particularidad de los matrimonios a hermandad (resumen del autor).

SALAS AUSÉNS, José Antonio y JARQUE MARTÍNEZ, Encarna: “La visibilidad de la mujer a través de las capitulaciones matrimoniales del mundo rural del norte de Aragón (siglos XVI-XVIII)”, en *Vínculos de Historia*, núm. 10 (2021), pp. 261-277 (http://dx.doi.org/10.18239/vdh_2021.10.15).

Tradicionalmente se ha concedido un papel subordinado a la mujer en las capitulaciones matrimoniales, documento básico en la regulación del régimen económico de la familia. Sin embargo, no eran raras las ocasiones en que la mujer alcanzaba protagonismo. El examen de varios centenares de capitulaciones del Alto Aragón nos ha permitido sacar a la luz esa realidad. Son muchos los casos en que sus progenitores u otros familiares la eligen como heredera, no siendo óbice la existencia de hermanos varones. Protagonismo también en las capitulaciones pactadas mediante la figura del agermanamiento, en el que la mujer aportaba la herencia y el varón la dote. Finalmente, protagonismo gracias a la viudedad foral, a la que se podía renunciar y que en ocasiones era sustituida por el “año de manto”, figura semejante al any de plor catalán y valenciano.

6.9. Parejas estables no casadas

BARRIO GALLARDO, Aurelio: “Convivencia *more uxorio* y cuentas corrientes indistintas”, en *Rev. Boliv. de Derecho* N.º 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 122-151.

El autor se muestra crítico con la tendencia jurisprudencial que favorece la consideración de una comunidad tácita de bienes entre los miembros de una pareja de hecho. Ante la falta de pacto expreso, el principio rector debería ser el mantenimiento de sus economías separadas y la aplicación a las disputas relativas al saldo de cuentas indistintas y adquisiciones a título oneroso de las normas generales de Derecho patrimonial en vez de recurrir a especialidades propias del matrimonio (resumen del propio autor).

GARCÍA CANTERO, Gabriel: “Parejas de hecho: historia, régimen y perspectivas de futuro”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N.º 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 322-379.

En este texto el profesor García Cantero realiza un completo estudio sobre las parejas de hecho al hilo de la recensión que efectúa sobre la obra de Federico CANTERO y de Antonio LEGERÉN-MOLINA —*Las parejas de hecho y de Derecho. Régimen jurídico de la convivencia more uxorio en España*, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2018, 535 pp.—. La obra citada va prologada por la Catedrática de Derecho

civil y Vocal de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación doña María Paz García Rubio, cuyas discrepancias con los autores en unos aspectos no menores suscita y abre un interesante debate que es destacado por el autor.

El autor resume así su recensión: Completo tratado, conjuntamente realizado por ambos autores, sobre la unión libre o de hecho en el Derecho civil español, incluyendo el Derecho foral o especial. Partiendo históricamente del Derecho romano clásico, aborda los antecedentes históricos, Derecho canónico, común y codificado, con especial atención a la Constitución de 1978 y leyes matrimoniales reformadoras del Código civil. Las uniones al margen del matrimonio: a) tienen su fundamento, no en el principio de igualdad, sino en el de libertad y libre desarrollo de la personalidad; b) toda decisión legislativa en esta materia no puede tener un espíritu “anti matrimonial”; c) la legislación producida al amparo de esos principios no puede perjudicar la protección jurídica y social de la familia; y d) la concesión de un estatuto global a las mismas carece de razón suficiente. Lo consideran como fenómeno social expresado por el comportamiento de dos personas cuando, con independencia de su orientación sexual, mantienen una convivencia al estilo marital, de carácter estable, público y notorio, que es susceptible de producir efectos jurídicos. Se trata, por tanto, de un enfoque socio-jurídico que advierte en tales uniones los siguientes rasgos: a) el comportamiento como expresión, de carácter público y notorio; b) el carácter sexualmente indiferenciado; c) la exclusividad; d) la capacidad y edad necesarias y la posible aplicación de los impedimentos matrimoniales; e) la ausencia de vínculo jurídico y de sanción social; f) la convivencia estable de carácter marital; g) las relaciones sexuales y la descendencia; h) la susceptibilidad de producir efectos jurídicos; i) ¿fenómeno social o institución? Con singular detalle se analiza en particular, el nacimiento, permanencia y extinción, profundizándose finalmente en los aspectos sucesorios.

GÓMEZ LINACERO, Adrián: “Inaplicación de la pensión compensatoria a las parejas de hecho; fundamentos civiles y constitucionales y referencia a los Derechos Civiles especiales”, en *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, N.º 9919, 2021.

Los nuevos y diversos modelos de familia y los profundos cambios a que están sometidas nuestras instituciones sociales por el influjo cultural han propiciado el crecimiento exponencial de las uniones o parejas estables de hecho. Tras la ruptura de éstas, se ha discutido ampliamente la regulación de los efectos patrimoniales entre los convivientes, especialmente la pensión compensatoria y la naturaleza y alcance de ésta (resumen del autor).

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: “Distintos derechos a suceder abintestato de la pareja de hecho registrada: Código civil y Derechos forales. Paradojas y desigualdades”, en *Estudios de Derecho privado. Homenaje al profesor Gabriel García Cantero*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 469-491.

7. SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

7.1. En general y normas comunes a las sucesiones voluntarias

BAYOD LÓPEZ, Carmen: “Relaciones entre la sucesión *iure transmissionis* y el llamamiento a la sucesión legal del cónyuge premuerto ex art. 108-3 Comp. Efectos sobre la aceptación de la herencia por los herederos “del más viviente”, en *Estudios de Derecho privado. Homenaje al profesor Gabriel García Cantero*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 399-420.

Dictamen inédito redactado por la autora en 2014, tenido en cuenta en las sentencias de las instancias del JPI núm. 19 de Zaragoza de 23 marzo 2017 y de la APZ, Sec. 4.^a, de 30 octubre 2017, sin necesidad de llegar a casación. El análisis jurídico realizado en el Dictamen es el origen de la ponencia de la autora en el Foro de Derecho Aragonés, publicada en las *Actas de los XXIV Encuentros*, Zaragoza, 2015, pp. 51 a 106, con el título de “Incidencia del Derecho de transmisión en las instituciones sucesorias aragonesas: efectos prácticos”.

SANTANA BUGÉS, Armando José: “La autonomía de la voluntad en el *ius delationis* y liquidación del impuesto de sucesiones y donaciones (ISD): análisis histórico y dialéctica jurisprudencial, entre la teoría clásica y moderna” en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N.º 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 288-313.

Resumen del autor: El debate en torno al *ius delationis* siempre ha estado presente en la doctrina española, encontrando dos teorías al respecto. La teoría clásica defendida por LACRUZ y la teoría moderna sostenida por ALBALADEJO y VALLET. Optar por una otra trasciende del mero debate académico, dando lugar a importantes consecuencias en el plano civil y fiscal. Sin embargo, en la última década el debate se ha visto acrecentado por el continuo cambio de criterio jurisprudencial en el Tribunal Supremo y Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública, pudiendo así afectar al principio de seguridad jurídica y otros que inspiran nuestro ordenamiento jurídico.

7.2. Sucesión testamentaria

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: “Los diferentes efectos de un mismo llamamiento sucesorio según la distribución de los bienes hereditarios. Con especial referencia al heredero *ex re certa*”, en *Estudios de Derecho privado. Homenaje al profesor Gabriel García Cantero*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 493-515.

I. Llamamientos sucesorios. 1. Planteamiento. 2. Heredero *ex re certa* y legatario de parte alícuota. II. Efectos de los llamamientos sucesorios en relación a la facultad distributiva de su patrimonio hereditario del causante. 1. Planteamiento. 2. Distribución de la herencia entre los herederos en partes alícuotas iguales o desiguales. 3. Distribución de la herencia entre los herederos en partes alícuotas, iguales o desiguales, junto con la atribución de legados. 4. Distribución de

toda la herencia en legados. 5. Distribución de la herencia entre legatarios de parte alícuota. 6. El testador distribuye la totalidad de la herencia, adjudicando bienes en pago de unas cuotas predeterminadas. 7. Distribución de la herencia entre herederos *ex re certa*. III. Partición realizada por el causante. 1. Planteamiento. 2. ¿Cuándo la distribución de los bienes hereditarios constituye una partición del testador del art. 1056 del Cc. o del causante del art. 368 CDFA? 3. Efectos de la partición realizada por el causante. Bibliografía.

7.3. Sucesión paccionada

GIMÉNEZ DUART, Tomás: “Nuevas consideraciones sobre los pactos sucesorios en el derecho catalán: perspectivas sustantiva y fiscal”, en *Revista Jurídica del Notariado* julio-diciembre 2021, núm. 113, págs. 335-382.

Resumen del autor: Los pactos sucesorios se están otorgando en Cataluña con una cierta ligereza, pensando solo en el inmediato beneficio fiscal y dejando a un lado la problemática civil, lo que a la larga puede producir unos efectos indeseados para la concordia familiar e incluso para la continuidad de la empresa.

7.5. Legítima

ECHEVARRÍA DE RADA, María Teresa: “La cautela “socini”: revisión crítica de su concepción actual”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.º 96, N.º 781, 2020, págs. 2583-2619.

La aplicación de la cautela “socini”, cuando el testador haya prohibido la intervención judicial en su herencia, dependerá del carácter justificado o no de la impugnación promovida por los legitimarios. Las actuaciones de estos dirigidas a combatir el ámbito dispositivo y distributivo del testador incurrirán en la prohibición y darán lugar a la aplicación de la sanción prevista en la cautela “socini”, siempre y cuando la voluntad testamentaria respete la legalidad. El causante no puede eludir por esta vía el cumplimiento de normas de carácter imperativo, de forma que las prohibiciones de litigar cuando los legitimarios impugnen actos realizados en perjuicio de sus legítimas, constituyen limitaciones ilícitas que no deben admitirse, al tratarse de contenidos impugnatorios amparados en el incumplimiento de la ley. Por otra parte, la cautela “socini” es un mecanismo previsto por el causante para incentivar la aceptación por los legitimarios de gravámenes afectantes a la legítima. Por tanto, en contra del criterio mantenido recientemente por el Tribunal Supremo, en ausencia de legitimarios, si el testador realiza determinadas atribuciones patrimoniales a herederos voluntarios que se hacen depender de la aceptación de ciertas limitaciones, no podría hablarse de una auténtica cautela “socini”, al no existir legítimas que defender (resumen de la autora).

GARCÍA GOLDAR, Mónica: *Las legítimas en los Derechos autonómicos y su reforma en el Código civil*, ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2020, 229. pp. ISBN 978-84-123245-8-7.

GASPAR LERA, Silvia: “Preterición de descendiente sobrevenido al testamento. Calificación y acciones sucesorias tardías”, en *Revista de Derecho Civil*, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, vol. VII, núm.5 (octubre-diciembre, 2020), Ensayos, pp. 225-263.

La preterición de descendiente sobrevenido al testamento por nacimiento o adopción supone la ausencia de relación jurídica entre causante y preterido al tiempo de su otorgamiento, lo que explica su calificación como no intencional y, en consecuencia, la anulación de la institución hereditaria o de todas las disposiciones patrimoniales. Recientes resoluciones judiciales evidencian que cuando la superveniencia del descendiente trae causa de un reconocimiento formal o de una sentencia de filiación se plantean frecuentes problemas que conviene analizar, centrados principalmente en la determinación del tipo y efectos de la preterición, así como en el ejercicio entremezclado, y muchas veces tardío, de distintas acciones sucesorias (resumen de la autora).

ROCA TRIAS, Encarna: “La libertad de testar: entre constitución y familia”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, ISSN 1575-8427, N.º 24, 2020, págs. 13-46.

A lo largo de este texto la autora se pregunta acerca de la función social de la herencia, de las limitaciones jurídicas a la libertad de testar de los causantes y, en última instancia, de la posición constitucional de la legítima.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Determinación genérica de los hijos como beneficiarios del seguro de vida: la tomadora tiene un hijo y un nieto, de un hijo premuerto, al que en su testamento había excluido de su herencia (STS-JA 8/2020, de 4 marzo)», en RDCA-2020-2021-XXVI-XXVII, págs. 105 a 111.

8. DERECHO DE BIENES

ARGUDO PÉRIZ, José Luis: Relaciones de vecindad en el Derecho civil de Aragón y “ius usus inocui”, en *Estudios de Derecho privado. Homenaje al profesor Gabriel García Cantero*, Tirant lo Blanch, 2021, Bogotá D.C., págs. 151-193.

La regulación de las relaciones de vecindad en el CDFA. 2. Relaciones de vecindad y *ius usus inocui*. 2.1. Las relaciones de vecindad. 2.2. Facultad de exclusión y *ius usus inocui*. 2.3. El *ius usus inocui* en el Derecho foral aragonés. 2.4. El *ius usus inocui* en el actual Derecho civil aragonés. Bibliografía.

ARGUDO PÉRIZ, José Luis, «La colaboración de la sociedad civil en la gestión de conflictos en tiempos de crisis: hacia una nueva dimensión del derecho de vecindad», en *Una justicia alternativa para los derechos humanos y la protección familiar en tiempos de crisis*, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla y Carlo Pilia (directores), Santiago-Chile, Ediciones Olejnik, 2020, pp. 31-48.

ARGUDO PÉRIZ, José Luis, «Capítulo IV. Conflictos de vecindad en Aragón en tiempos de la COVID-19», en José Luis Argudo (coordinador), *Nuevos espacios de la Mediación en Aragón*, Zaragoza, Editorial Comuniter, 2021, pp. 325-405.

LACRUZ MANTECÓN, Miguel L.: «Adquisición de inmuebles vacantes y depósitos abandonados», en *Actualidad del Derecho en Aragón*, Año XI, n.º 46, mayo 2021, págs. 24 y 25.

Noticia sobre el contexto y fundamento en el que se enmarca el Anteproyecto de Ley que modifica el Código del Derecho Foral de Aragón y el Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, en lo que afecta a la regulación de los inmuebles vacantes y los saldos y depósitos abandonados.

9. DERECHO DE OBLIGACIONES

ARGUDO PÉRIZ, José Luis, «Tipicidad y atipicidad de los contratos de integración ganadera en el Derecho español», en *Revista de Derecho Agrario y Agroalimentario*, n.º 78 (enero-junio 2021), pp. 31-76.

VI. OBRAS AUXILIARES

BERNAD MAINAR, Rafael: «Una relectura de la obra jurídica de Joaquín Costa en los albores del siglo XXI: la huella del Derecho consuetudinario en el Código de Derecho Foral de Aragón», en RDCA-2020-2021-XXVI-XXVII, págs. 13 a 48.

Resumen del autor: Entre los distintos escenarios cultivados por Joaquín Costa (historia, literatura, geografía, pedagogía, antropología, agricultura, economía, política o derecho), su aporte más sobresaliente es, sin duda, el correspondiente al campo jurídico, tizado de un claro componente sociológico.

Costa fue un firme defensor del derecho consuetudinario, sobre todo en lo que respecta al derecho aragonés, como lo demuestra su amplia obra escrita sobre el particular. Buena prueba de su influjo en esta materia es que el derecho aragonés vigente recoge, en buena parte, su pensamiento jurídico, lo que nos permite realizar una relectura del mismo en pleno siglo XXI, a partir de la regulación contenida en el Código de Derecho Foral de Aragón (CDEFA).

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.

La sección destinada a la *Jurisprudencia* hace referencia a todas las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y a las más relevantes dictadas por las audiencias provinciales y juzgados civiles aragoneses; también se hace referencia a sentencias del Tribunal Supremo o de otros tribunales españoles que conozcan de materias aragonesas o que contribuyan a crear jurisprudencia en 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 denegación. 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. Se contemplan dos subsecciones:

I. Derecho civil de Aragón.

II. Filosofía del Derecho, Historia del Derecho y Derecho comparado.

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 | ☐ Ius Fugit |
| ☐ Archivo de Filología Aragonesa | ☐ Jerónimo Zurita, Revista de Historia |
| ☐ Caesaraugusta | ☐ Nassarre |
| ☐ Ciencia Forense | ☐ Palaeohispánica |
| ☐ Emblemata | ☐ 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:



