



REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

OCTUBRE~DICIEMBRE 1998

REVISTA JURIDICA
DEL
NOTARIADO

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

**LA REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO
NO SE IDENTIFICA CON LAS OPINIONES EXPRESADAS
POR LOS AUTORES EN SUS TRABAJOS**

I.S.S.N.: 1132-0044
Depósito legal: GU-72/92

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidente

Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

- D. Fernando Pantaleón
- D. Juan Luis Iglesias Prada
- D. José Luis Martínez Gil
- D. Antonio de la Esperanza Martínez-Radio
- D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
- D. Angel Martínez Sarrion
- D. Antonio Soto Bisquert
- D. Luis Rojas Montes
- D. José María Segura Zurbano
- D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
- D. Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente
- D. Fernando Arroyo del Corral
- D. Francisco Javier Manrique Plaza
- D. Julián Peinado Ruano
- D. José Manuel Díe Lamana
- D. Juan Francisco Delgado de Miguel

Director

D. Ignacio Solís Villa

REVISTA
JURÍDICA
— DEL —
NOTARIADO
ORGANIZACIÓN

Dirección:
Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º
28010 MADRID

Tfno.: 91-308.72.32
Fax: 91-308.70.53

SUMARIO

Estudios

- 2 **BOLÁS ALFONSO, Juan:** “La partición hecha por contador partidor. Cuestiones prácticas”.
- 31 **RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio:** “El documento negocial informático”.
- 37 **SIMÓ SANTONJA, Vicente Luis:** “El notario y los derechos fundamentales”.

Actualidad notarial

- 539 — “Gaspar de Grizio, autorizante del testamento de Isabel la Católica”, por Manuel Andrino.
- 545 — Jornadas sobre Urbanismo y Comunidades Autónomas, 16 a 18 de noviembre de 1998.

LA PARTICIÓN HECHA POR CONTADOR PARTIDOR. CUESTIONES PRÁCTICAS (*)

JUAN BOLÁS ALFONSO

Notario

9

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN: LA EJECUCIÓN DE ÚLTIMAS VOLUNTADES Y EL CONTADOR PARTIDOR. **II.** EL CONTADOR PARTIDOR. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS CON EL ALBACEA. **1.** Caracteres comunes. **2.** Notas diferenciales. **III.** EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL. **1.** Naturaleza del cargo: su carácter imperativo (“El testador podrá encomendar...”). **2.** Forma de designación (“... por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte...”). **3.** Facultades (“... la simple facultad de hacer la partición...”). **A)** *Actuaciones previas.* **a)** *La interpretación del testamento.* **b)** *Liquidación*

(*) Trabajo presentado en unas Jornadas organizadas por el Consejo General del Poder Judicial; publicado en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997.

de la sociedad conyugal. **B)** Operaciones particionales propiamente dichas. **a)** Inventario: los bienes reservables. La colación. El párrafo 2.º del artículo 1.057. **b)** Avalúo. **c)** Liquidación: legítimas. Sustitución. Derecho de transmisión. Acrecimiento. Preterición. Desheredación. **d)** División: el artículo 1.061 C.c. **e)** Adjudicación: los suplementos en metálico. Las adjudicaciones en pago y para pago de deudas. **C)** Actuaciones posteriores: la entrega de legados. **4.** Capacidad (“... a cualquier persona que no sea uno de los herederos”). **A)** Los cesionarios. **B)** Los herederos en usufructo. **C)** Los legatarios de parte alicuota. **D)** El cónyuge viudo. **E)** Momento en el que debe apreciarse la capacidad del nombrado como contador partidor. **IV.** EL CONTADOR PARTIDOR DATIVO. **1.** Carácter subsidiario. **2.** Naturaleza del cargo. **3.** Régimen. **A)** Nombramiento. **B)** Efectos de la solicitud. **C)** Legitimados para la solicitud. **D)** Capacidad para ser nombrado. **E)** Facultades. **V.** EXTINCIÓN DEL CARGO. **1.** Extinción del cargo de contador partidor testamentario. **2.** Extinción del cargo de contador partidor dativo. **VI.** EFICACIA DE LA PARTICIÓN. **1.** Eficacia de la partición realizada por el contador partidor testamentario. **2.** Eficacia de la partición realizada por el contador partidor dativo. **3.** El principio del *favor partitionis*. **BIBLIOGRAFÍA.**

I. Introducción: la ejecución de últimas voluntades y el contador partididor

La materia que nos corresponde estudiar tiene su encaje en la teoría general de la ejecución de últimas voluntades, ejecución que puede estar encomendada, en todo o en parte, a diversas personas que cumplen funciones distintas.

La figura fundamental es la del albacea, que es la persona a la que el testador encomienda, en términos generales, la ejecución de su última voluntad.

La ejecución de las últimas voluntades se ha mirado desde los tiempos más remotos como algo sagrado. Consecuencia natural de ello es que tal misión se encargara especialmente a determinadas personas, que en un principio fueron los propios herederos pero que, como no siempre los hay o podían no reunir las condiciones más idóneas, el testador solía nombrar un ejecutor testamentario distinto del heredero, como fue en Roma el *Familiae emptor* y en los Derechos germánicos el *salmann* o *fiduciario*, cargos basados en la confianza y que se encargaban de ejecutar la voluntad testamentaria.

11

El albacea, en su fisonomía moderna es fruto del Derecho canónico, especialmente interesado en fiscalizar el cumplimiento de los numerosos legados piadosos que en la Edad Media se hacían a la Iglesia, siendo en esta época los obispos los encargados de excitar el celo de los albaceas e, incluso, a partir de Trento, se consideraban albaceas legítimos.

A partir del año mil, y de la convulsión del pensamiento del mundo occidental, el cargo se secularizó.

Actualmente, el albacea es una figura plenamente admitida en el Derecho comparado que tiene distinta importancia según los sistemas:

a) En el Derecho anglosajón, es una figura capital del fenómeno sucesorio, pues la herencia es un patrimonio "en liquidación" que los herederos no pueden liquidar por sí solos.

b) En cambio, en el Derecho continental es un cargo de designación voluntaria que puede no existir porque la herencia es un patrimonio "en conservación".

Éste es el sistema español, en el que con el albacea pueden coexistir otros cargos más o menos semejantes, entre los que cabe citar, aparte del cargo de contador partidor, a los administradores de la herencia y las personas encargadas de distribuirla, a que se refieren diversos preceptos del Código civil, tales como:

— El artículo 671, en relación a las personas a las que el testador encomienda la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, y la elección de las personas o establecimientos a que aquéllas deben aplicarse.

12 — El artículo 749, que cita al párroco, al alcalde y al juez municipal que tienen la misma misión en su defecto, en las disposiciones hechas en favor de los pobres en general.

— El artículo 801, que se refiere al administrador de la herencia en los casos de heredero instituido bajo condición suspensiva.

— Y en materia de herencia aceptada a beneficio de inventario:

— El artículo 1.020, referido al administrador nombrado a instancia de cualquier interesado, por el juez durante el período para la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia.

— Y el artículo 1.026, que prevé la figura del administrador nombrado hasta el pago de deudas y legados en la herencia aceptada a beneficio de inventario.

— Y, por no hacer más larga esta enumeración, la figura del cónyuge viudo, con facultades para distribuir entre los herederos forzosos los bienes del testador, de conformidad con lo establecido en el artículo 831.

El problema práctico que puede derivarse de la existencia de todas estas personas que de una u otra forma colaboran

en la ejecución de la voluntad sucesoria es el de la delimitación de funciones, que deberá hacerse con sujeción a los preceptos citados.

Respetando la estructura de las ponencias, me centraré en la figura del contador partidor. Figura que, en rigor, sólo en un sentido amplio puede considerarse de ejecución de la última voluntad testamentaria pues, como veremos, no siempre lo nombra el testador y si lo nombra tal nombramiento no equivale a la manifestación del testador de que la herencia se divida, prohibiendo así la situación de indivisión, ni siquiera de que se divida inmediatamente, sino que lo que el testador pretende es que cuando tenga lugar la división de la herencia tal división se realice por la persona que designa como más idónea, en su criterio, en evitación de problemas entre los herederos y para asegurar el cumplimiento de su voluntad.

13

II. El contador partidor. Analogías y diferencias con el albacea

Entrando en materia, al tratar del contador partidor, la primera cuestión práctica es la de diferenciarlo del albacea.

En efecto, esta distinción no fue conocida en LAS PARTIDAS, que atribuyeron al albacea tanto la ejecución testamentaria como la función de dividir el caudal relicto.

Incluso hoy pueden citarse diversas sentencias del TS que sostienen que dichos cargos no pueden distinguirse por ser la partición y división del caudal hereditario una función inherente al albacea mientras no sea excluida por el testador (sentencias de 5 de febrero de 1908 y de 23 de mayo de 1958).

Sin embargo, la generalidad de la doctrina considera superada esta polémica entendiendo que albacea y contador partidor son dos cargos que aunque pueden y suelen coincidir en una misma persona, tienen su propia sustantividad desde

que ya en 1791 Carlos IV desgajara ambos cargos (Real Cédula de 4 de noviembre de 1791), de manera que el albacea carece de la facultad de efectuar la partición si el testador no se la ha encomendado según el tenor del testamento.

Y lo cierto es que el Código civil regula la figura del albacea en los artículos 892 y siguientes mientras que la referencia al contador partidador se encuentra en el artículo 1.057, sin perjuicio de que la falta de una regulación legal del contador partidador justifica la aplicación a éste de los preceptos del Código civil sobre los albaceas, con las debidas adaptaciones.

Porque el mantener la distinción entre ambas figuras no supone ignorar que aunque tengan diferencias derivadas de su distinta función, presentan también importantes analogías.

Muy resumidamente podemos apuntar los siguientes rasgos comunes y diferenciales:

14

1. Caracteres comunes.

Ambos cargos son:

— Personalísimos: no se pueden delegar aunque tanto el albacea como el contador pueden asesorarse y auxiliarse con peritos.

— Voluntarios: mientras que no se acepten, si bien una vez aceptados son obligatorios, pudiendo renunciar si media justa causa. Son de aplicación al contador partidador los artículos 898 y concordantes del Código civil, respecto de su aceptación o renuncia.

— Y temporales: debiendo cumplir su encargo dentro del plazo señalado y en su defecto en el plazo de un año contado desde la aceptación o desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento o de alguna de sus disposiciones (art. 904), sin perjuicio de las posibles prórrogas. Si bien lo realizado fuera de plazo es válido si lo ratifican los herederos.

2. Notas diferenciales.

Las diferencias prácticas entre ambas figuras son notables:

— A diferencia del albacea, el contador partidador tiene una función concreta, la división del caudal hereditario ateniéndose a las instrucciones del testador y a la Ley.

— Por la naturaleza de su función es un cargo retribuido, así se infiere del artículo 908 cuando, exceptuando el principio de gratuidad del albaceazgo, reconoce a los albaceas “el derecho que les asista para cobrar lo que les corresponda por los trabajos de partición...”.

— Y no es estrictamente un cargo testamentario pues, además de que el contador puede ser designado por acto *inter vivos*, cabe su designación por el juez, como veremos a lo largo de esta exposición.

15

III. Exégesis del artículo 1.057 del Código civil

La redacción actual del citado artículo 1.057 del Código civil es fruto de las reformas de 13 de mayo de 1981 y de 15 de enero de 1996.

A tenor de dicho artículo:

“El testador podrá encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.

No habiendo testamento, contador partidador en él designado o vacante el cargo, el juez, a petición de herederos y legatarios que representen al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador partidador dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sometido a patria potestad o tutela, o a curatela por prodigalidad o por enfermedad o deficiencias físicas o psíquicas; pero el contador partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas.”

La exégesis de este precepto nos llevará de la mano al estudio de las cuestiones más interesantes que en la práctica se plantean en torno a la partición realizada por contador partidor.

1. Naturaleza del cargo: su carácter imperativo (“El testador podrá encomendar...”).

16

Comienza el precepto reconociendo el derecho de todo testador a encomendar a cualquier persona la realización de la partición.

El artículo habla de ENCOMENDAR, es decir, estamos ante un encargo.

Por ello, a propósito de la naturaleza del cargo de contador partidor goza de gran aceptación la tesis, sustentada por nuestro TS en reiterada jurisprudencia, que califica al contador partidor de “mandatario” del testador, “mandatario *post mortem*”. Lo cual permite que sean aplicables al contador partidor no sólo, como dijimos, las reglas del albacea en cuanto lo permita la analogía, sino también, y en defecto de éstas, subsidiariamente las normas del mandato.

De la condición de “mandatario *post mortem*” se deriva una importante consecuencia, a saber, el contador partidor tiene las mismas facultades que el testador para hacer la partición y la partición por él realizada se aproxima mucho a la hecha por el testador.

En relación con este punto se plantean en la práctica algunas cuestiones muy debatidas.

a) En primer lugar se discute en torno al carácter imperativo del cargo, para los herederos. O dicho de otro modo, si los herederos pueden prescindir del contador partidor testamentario y mantener indivisa la herencia o realizar por sí mismos la partición.

La cuestión es muy debatida.

—El TS, en reiterada jurisprudencia y la DGRN (res. de 28 de abril de 1945) han negado dicha posibilidad, de manera que existiendo contador partidor testamentario los herederos no pueden realizar la partición prescindiendo de aquél.

—Un sector doctrinal, encabezado por LACRUZ, GONZÁLEZ PALOMINO y ALBALADEJO, ha defendido la posibilidad contraria en base a: 1) la voluntad presunta del testador, que lo único que pretende al designar contador partidor es ayudar a sus herederos, no estorbarles; 2) la idea de que la designación de contador testamentario nunca se efectúa en interés de éste sino de los herederos, que pueden actuar siempre de la manera que les sea más conveniente si cuentan para ello con el consentimiento unánime de todos ellos; 3) el hecho de que los herederos actuando unánimemente pueden vender cualquier bien hereditario; 4) y la referencia a los Derechos forales, pues esta tesis es la vigente en el Derecho catalán (*cf.* antigua art. 274 de la Compilación y hoy art. 57 del Código de Sucesiones de 30 de diciembre de 1991) y es también la que aplica la Ley 344 del Fuero Nuevo de Navarra, en ambos casos siempre que en el testamento no exista disposición expresa en contrario.

Los argumentos no son totalmente convincentes. Es presumir mucho el que el testador sólo quiera ayudar a los herederos. La práctica diaria demuestra que son diversas las razones que pueden llevar al testador a designar un contador partidor. En efecto, una vez asesorado del significado y alcance del nombramiento, tratándose de testamento abierto que es la hipótesis más frecuente, se observa que: 1) unas veces el testador designa contador con la única intención de

evitar los problemas que derivan de la existencia de herederos menores de edad. Se trata de evitar el nombramiento de defensor judicial y la aprobación judicial a que se refiere hoy el artículo 1.060, nuevamente redactado por la citada Ley de 15 de enero de 1996; 2) otras veces el testador pretende favorecer a uno de sus herederos y asegurarse de que la partición se ajustará al testamento, para ello no es infrecuente que designe contador partidador a una persona de confianza de dicho heredero, como por ejemplo, a su cónyuge; 3) otras veces, finalmente, lo que el testador desea es proteger a los herederos menos capacitados frente a posibles maniobras de los más hábiles o astutos. En suma, no es muy realista la citada tesis pues sólo en determinados casos el testador actúa en interés de todos los herederos.

18

Además, si el testador está conforme en el carácter no imperativo del contador partidador puede indicarlo así a través de la llamada cláusula de no estorbar, en virtud de la cual señala que la intervención del contador sólo será necesaria si la solicita uno cualquiera de los herederos.

Por otra parte, los argumentos de Derecho positivo son muy sólidos, pues el C.c. condiciona siempre la actuación de los herederos a la inexistencia de contador partidador testamentario, tal como resulta tanto de este artículo 1.057.2.º como del artículo 1.058. Y en la misma línea se pronuncia la Ley Hipotecaria, en su artículo 14, y el RH en los artículos 82 y 83.

Obsérvese que incluso en la hipótesis extrema de existencia de un heredero único, en la que no cabe hablar técnicamente de partición, el citado artículo 14 LH exige la inexistencia de contador partidador.

Por ello, en la práctica, cuando los herederos están de acuerdo en la partición y cuentan con la colaboración del contador partidador testamentario, se acude a la fórmula del otorgamiento conjunto de la partición por todos ellos. Pero éste es un supuesto distinto. En rigor, cabe distinguir los siguientes casos:

1. Que el contador partidor realice la partición por sí solo, con los efectos que luego diremos.

2. Que los herederos prescindan de la partición realizada por el contador y efectúen una nueva, lo cual equivaldrá a un nuevo negocio jurídico modificativo, con los costes fiscales correspondientes.

3. Que los herederos ratifiquen la partición del contador. En este caso no por ello la partición pierde su carácter unilateral, lo que ocurre es que tal ratificación equivaldrá a la renuncia a la impugnación de la partición salvo que sobrevengan circunstancias por ellos desconocidas.

4. Que la partición se realice conjuntamente, en cuyo caso tal partición deviene contractual, con la importante consecuencia de no ser entonces aplicable el artículo 1.057 (DGRN res. de 27 de febrero de 1922 y de 6 de abril de 1962).

b) Una segunda cuestión que plantea el respeto al mandato del testador es la relativa a si el contador testamentario puede partir la totalidad de la herencia aun en los casos de sucesión mixta, por abrirse la sucesión intestada por hechos desconocidos por el testador y que no pudo prever, tales como aparición de bienes sobre los que no ha dispuesto en el testamento, o producción de vacantes por preterición, renunciaciones, declaraciones judiciales de indignidad, etc.

LACRUZ nos dice que el tema es dudoso. En mi opinión, el respeto a la voluntad del testador debe llevar a la admisión de la actuación global del contador testamentario que no debe ver coartada su labor por el nombramiento de un contador partidor en el abintestato.

La validez y eficacia del nombramiento no requiere la validez y eficacia de la totalidad del testamento sino sólo de la cláusula en cuestión y, aceptado esto, no resulta práctico ni respetuoso con la voluntad testamentaria el obligar a la concurrencia de distintos contadores partidores para un mismo caudal hereditario.

2. Forma de designación (“... por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte...”).

Continúa el artículo 1.057 haciendo referencia a las dos formas de nombramiento de contador partidor por el testador, es decir, por acto *inter vivos* o *mortis causa*.

En la generalidad de los casos el nombramiento se contiene en el propio testamento.

La designación por acto *inter vivos* es posible pero muy infrecuente. Requerirá la existencia de un testamento, anterior o posterior y tal designación debe hacerse en la debida forma. Para MANRESA, por aplicación del artículo 1.280.5.º C.c. deberá constar en documento público, sin embargo, para DE BUEN y LACRUZ debe bastar con un documento indubitado.

20 3. Facultades (“... la simple facultad de hacer la partición...”).

El encargo consiste en encomendar la simple facultad de hacer la partición.

El laconismo del C.c. nos lleva al estudio de las facultades concretas del contador partidor.

A pesar del silencio legal pueden sentarse las siguientes afirmaciones generales:

— En primer lugar, el contador partidor tendrá todas las facultades que expresamente le atribuya el testador, que, como dijimos, puede incluso atribuirle todas las facultades propias del albacea.

— Si se le nombra sin especificación de facultades, éstas serán estrictamente las dirigidas a contar y partir, pues como tal contador carece de las facultades de administración y representación de la herencia.

— Por ello, para los actos que excedan de la esfera estrictamente particional precisará del consentimiento de los herederos y jamás podrá por sí solo realizar actos traslativos ni actos que alteren los derechos de los herederos.

Descendiendo al plano de lo concreto, pueden señalarse las siguientes cuestiones, ATENDIENDO A UN CRITERIO CRONOLÓGICO:

A) Actuaciones previas.

a) La interpretación del testamento.

Parece claro que el contador, al igual que el albacea, goza de la facultad de interpretar el testamento, pues sin una previa interpretación difícilmente podrá cumplir su cometido particional conforme a la voluntad del testador. La interpretación es un acto previo e instrumental para la posterior partición (TS S de 31 de marzo de 1968 y de 18 de abril de 1985, entre otras. Igualmente *cfr.* DGRN res. 28 de abril de 1945 y de 14 de diciembre de 1965).

b) Liquidación de la sociedad conyugal.

Como operación preparticional deberá liquidar la sociedad de gananciales con la intervención del cónyuge viudo, facultad ésta que se le reconoce unánimemente por doctrina y jurisprudencia (TS S de 22 de agosto de 1914, 10 de enero de 1935 y 17 de abril de 1943).

Técnicamente la solución es discutible ya que, como dice LACRUZ, la liquidación de la sociedad de gananciales debería practicarla el cónyuge viudo con todos los herederos del difunto por unanimidad, pues no es una operación de distribución de la herencia sino de determinación de bienes. Pero es una solución plausible por su eficacia práctica. La solución contraria supondría de hecho un bloqueo de la actuación del contador partidor que no podría proceder a realizar la partición hasta contar con el consentimiento de los herederos para la liquidación del haber ganancial.

B) Operaciones particionales propiamente dichas.

Nadie duda de las facultades del contador para la práctica del inventario, avalúo, liquidación y fijación de hijuelas, con las consiguientes división y adjudicación del caudal relicto. Pero el desarrollo de estas operaciones suscita algunas cuestiones concretas.

a) Inventario: los bienes reservables. La colación. El párrafo 2.º del artículo 1.057.

El contador deberá llevar a cabo el inventario de los bienes integrantes del caudal relicto para lo cual los herederos están obligados a proporcionarle toda la documentación e información necesarias.

22 Tiene facultades para determinar los bienes reservables, que forman parte de la herencia del reservista, sin necesidad del consentimiento de los reservatarios (res. DGRN 14 de abril de 1969 y STS de 2 de marzo de 1959, en un supuesto de reserva vidual, en la que los bienes forman parte de la herencia del cónyuge reservista). Esta facultad no resultará necesaria si el carácter reservable de los bienes consta ya en el Registro de la Propiedad.

Y, conforme a la resolución de 24 de febrero de 1968 (DGRN), puede integrar el inventario de la herencia con bienes de los que el testador no haya dispuesto expresamente.

Además, puede y debe colacionar en el inventario los bienes donados en vida por el causante (arts. 1.035 y 1.045 C.c.) sin dispensa de colacionar, ya que dichos bienes deben integrar también el haber partible.

Especial referencia merece el supuesto de que entre los coherederos haya alguno sometido a patria potestad o tutela, o a curatela por prodigalidad o por enfermedad o deficiencias físicas o psíquicas, pues en este caso, como resulta del párrafo 2.º del artículo 1.057 que estamos comentando,

el contador deberá formalizar el inventario con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas.

Este párrafo segundo ha sido nuevamente redactado por la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996.

La nueva ley define con mejor precisión las personas que están interesadas en la partición.

Además, ha suprimido la palabra “comisario” zanjando la polémica en torno a si eran o no dos cargos distintos el de comisario y el de contador partidor. El Código antes hablaba de contador partidor en sus dos primeros párrafos mientras que en el tercero hablaba de “comisario”.

En rigor, el Código llamaba comisario al que tanto las leyes procesales como el uso forense llaman contador partidor, entre los que existe una diferencia formal, ya que al comisario lo nombraba el testador mientras que al contador partidor lo nombra el juez y una importante diferencia de régimen jurídico pues el comisario, contador partidor se rige por el C.c. mientras que el contador partidor judicial se rige por lo dispuesto en la LEC (arts. 1.070 y concordantes).

Hoy cabe distinguir entre el contador partidor testamentario, el contador partidor dativo y el contador partidor designado judicialmente en los juicios de testamentaría y abintestato.

Pero lo más importante de esta reforma es que ha rectificado el criterio anterior, ciertamente absurdo, por el que se citaba a los coherederos, acreedores y legatarios, exigiendo ahora con mayor acierto que la citación se efectúe a los representantes de las personas cuyos legítimos intereses se trata de proteger.

En la práctica la citación deberá hacerse de forma fehaciente, para facilitar su prueba, pero basta con la citación, es decir, que no es preciso que dichas personas, una vez citadas, asistan a la realización del inventario. En los casos en que existan intereses contrapuestos deberá hacerse la citación al defensor judicial lo que implica su previo nombramiento.

En defecto de citación la partición adolecerá de un vicio de nulidad, si bien el TS en sentencia de 23 de diciembre de 1976 tiene declarado que la omisión de la citación no es determinante de nulidad absoluta sino de anulabilidad.

24

Merece especial atención la resolución de la DGRN de 6 de febrero de 1995 (BOE 24 de marzo) relativa a un caso de partición realizada conjuntamente por el contador partidor y los herederos, en la que no obstante estar representado un menor por su madre, también interesada en la herencia, declaró no ser necesario el nombramiento de defensor judicial y la práctica de la citación para el inventario por la razón fundamental de que en la partición todos los bienes hereditarios se adjudicaron en proindiviso a todos los herederos, lo que, a juicio de la Dirección, “es una operación sin transcendencia económica; supone solamente la transformación de la comunidad germánica en una comunidad romana sobre cada uno de los mismos bienes, que no envuelve peligro alguno de perjuicio o lesión para el hijo, porque las deudas que hipotéticamente pudieran existir se mantienen —art. 1.084 C.c.— y en definitiva la adjudicación realizada en la escritura calificada tiene carácter provisional y será más tarde, si durante la menor edad del hijo se procede a la disolución de la comunidad romana formada, cuando aparecerán claramente enfrentados los intereses de los comuneros, ante el peligro de que la madre, prevaliéndose de su representación legal, se lucre en perjuicio de su hijo”.

En rigor, al tratarse de partición conjunta el supuesto incide más en el artículo 1.058 C.c. que en el del 1.057.

b) Avalúo.

El contador deberá proceder a valorar los bienes, para lo que, como dijimos, puede servirse del auxilio de peritos.

c) *Liquidación: legítimas. Sustitución. Derecho de transmisión. Acrecimiento. Preterición. Desheredación.*

Una vez inventariados y valorados los bienes, el contador deberá determinar la liquidación de los distintos derechos hereditarios, es decir, que deberá concretar en cifras el derecho de cada heredero.

A tal efecto el contador tiene plenas facultades para fijar las legítimas, pues no se pueden determinar los haberes sin conocer el importe exacto de aquéllas. Igualmente, como admitió la DGRN en resolución de 16 de junio de 1922, el contador podrá reducir las donaciones y legados inoficiosos.

En cambio, el contador partidario no puede conmutar la legítima del cónyuge viudo, facultad que corresponde a los herederos conforme al artículo 839, aunque sí que deberá respetar las disposiciones que en tal sentido haya ordenado el testador.

Puede y debe aplicar la sustitución y colocar al sustituto en su lugar.

Pero en caso de que se produzca la hipótesis que da lugar al derecho de transmisión del artículo 1.006, deberá limitarse a fijar la cuota del heredero fallecido sin aceptar ni repudiar la herencia, es decir, que no puede partir entre los transmisarios, pues es una nueva herencia distinta de aquélla para la que se le nombró.

Y en su labor integradora puede también apreciar el acrecimiento por cualquier causa así como la indignidad de un coheredero una vez declarada.

Ahora bien, esta labor integradora tiene sus límites, porque el contador no es juez, no puede emitir juicios sobre cuestiones que únicamente incumben a los tribunales ordinarios.

Consecuentemente, no puede apreciar la preterición ni tampoco puede entrar en valorar si la desheredación es justa o injusta o si determinada condición es ilícita. Debe limitarse a cumplir con la voluntad del testador, dejando a salvo el

derecho de los herederos a entablar las oportunas acciones judiciales.

En toda esta materia el contador debe actuar con cautela para no extralimitarse en su función, aunque no siempre es fácil delimitar exactamente el ámbito de sus facultades integradoras, debiéndose estar al caso concreto.

Al respecto, el TS, en sentencias de 11 de febrero de 1952 y de 24 de febrero de 1968, tiene declarado que los contadores partidores están obligados a respetar la voluntad del testamento, pero nunca de un modo ciego y automático, sino ajustándose siempre a lo dispuesto en la ley, y subsanando en ese sentido los defectos u omisiones de las disposiciones de última voluntad.

d) División: el artículo 1.061 C.c.

26

Fijadas las cuotas hereditarias, procederá a la formación de hijuelas o lotes concretos para su pago.

Aunque la cuestión es debatida, a mi juicio el contador está sujeto a lo dispuesto en el artículo 1.061, y, en consecuencia, ha de velar en todo momento por la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie.

e) Adjudicación: los suplementos en metálico. Las adjudicaciones en pago y para pago de deudas.

No obstante, en materia de adjudicaciones de bienes, el contador tiene ciertas facultades que le permiten lograr la mayor justeza en la partición a través de los suplementos y pagos en metálico previstos en el C.c. en diversos supuestos.

1. Puede utilizar el cauce del artículo 1.056.2.º y adjudicar a uno de los herederos la explotación familiar indivisa, de forma que a los demás herederos se satisfaga su legítima en metálico.

2. En el mismo sentido cabe que el contador acuda al mecanismo del artículo 1.062 y tratándose de una cosa indivisible o que desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarla a uno de los coherederos a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. En este caso no será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del artículo 1.062, relativo a la solicitud de venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños, porque ello desnaturalizaría el carácter unilateral de este tipo de partición (*cfr.* res. DGRN de 2 de diciembre de 1964).

3. En tercer lugar, de conformidad con el artículo 841.1.º, el contador partidor expresamente autorizado por el testador podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.

Este supuesto es sustancialmente distinto de los anteriormente comentados por cuanto que, además de que cualquiera de los obligados puede alterar la decisión del contador partidor, tal como le autoriza a hacerlo el artículo 842, esta partición, a la que se refiere el 841, requiere siempre aprobación judicial, por exigirlo así expresamente el artículo 843, salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes.

En todos estos casos, la adjudicación se entiende sujeta a la condición resolutoria de la falta de pago de la compensación dineraria y así se hará constar en el Registro de la Propiedad como garantía de los herederos que sean acreedores de dicha compensación.

En otro orden de cosas, el contador partidor, conforme tienen reconocido el TS y la DGRN (sentencia de 25 de junio de 1946 y res. de 20 de septiembre de 1933), puede adjudicar bienes para pago de deudas a los herederos, lo que no excede de lo particional, pero no puede hacer adjudicaciones para pago a extraños ni, en ningún caso, puede hacer adjudicaciones en pago pues implican enajenación o disposi-

ción de bienes, lo que exige el consentimiento de todos los herederos.

Y, en general, no puede realizar actos que se consideran de riguroso dominio, tales como divisiones, segregaciones, agregaciones y agrupaciones hipotecarias, ni proceder a la constitución del régimen de propiedad horizontal.

C) *Actuaciones posteriores: la entrega de legados.*

Aunque el C.c. en su artículo 885 atribuye la facultad de entregar legados únicamente al heredero o al albacea cuando éste se halle autorizado al efecto, lo cierto es que el RH en su artículo 81.b extiende esta facultad al contador partidor y así ha sido reconocido expresamente por la DGRN en su resolución de 1 de septiembre de 1976.

28

Se trata de una actuación posterior a la partición pues requiere que previamente ésta se haya efectuado y que de ella resulte que el legado no es inoficioso.

Es aplicable a todos los legados, y especialmente a los de cosa determinada pues tratándose de legados de parte alícuota el contador formula la hijuela correspondiente dentro de la partición.

4. Capacidad (“... a cualquier persona que no sea uno de los herederos”).

Retomando la dicción del artículo 1.057, su inciso final señala que el encargo de hacer la partición puede encomendarse por el testador “a cualquier persona que no sea uno de los coherederos”.

Este inciso sugiere los siguientes comentarios:

1. Aunque el C.c. se expresa en singular no cabe duda de que pueden ser varios los contadores partidores testamentarios. Si son varios podrán ser nombrados de forma conjunta o sucesiva.

En el caso de designación conjunta será de aplicación lo dispuesto para los albaceas en los artículos 894, 895 y 896, de los que resulta que los contadores podrán ser mancomunados o solidarios.

La regla es la mancomunidad, es decir, el ejercicio conjunto; en la forma que determinan dichos preceptos. La solidaridad en el cargo equivale a la posibilidad de actuación individual, de forma que es suficiente con que actúe uno de los nombrados.

En la práctica pueden plantearse problemas de difícil solución si los contadores solidarios actúan de forma enfrentada. Parece lógico exigir que, en caso de que varios deseen actuar, sus actos se sujeten a las reglas de la mayoría.

2. En cuanto a la capacidad para ser contador partidor, el C.c. únicamente exige que el designado no sea uno de los coherederos.

29

Llegado a este punto, cabe hacer las siguientes precisiones.

1. La persona designada ha de ser una persona física que, por aplicación del artículo 893, debe tener capacidad para obligarse.

Respecto del menor emancipado, el estado actual de la cuestión de la capacidad de los menores inclina a circunscribir la limitación del inciso final de este artículo al menor y admitir la capacidad del emancipado para ser contador partidor, lo que además es más conforme con la regla general del artículo 1.263 C.c.

No es impedimento el no saber leer ni escribir pues el contador no está obligado a extender por sí mismo el cuaderno particional, que puede ser redactado por peritos que le auxilien en su función.

2. El Código excluye únicamente a los herederos. Deben entenderse incluidos todos los herederos de cualquier clase, voluntarios, legales (si se admite en nuestra hipótesis la sucesión mixta) y herederos forzosos; herederos directos o por sustitución; herederos en nuda propiedad y herederos fiduciarios, etc.

Pero deben quedar excluidos de la prohibición aquellos que no ostentan la condición de herederos de forma definitiva, como los herederos sujetos a condición suspensiva (*vgr.*, el heredero fideicomisario, de residuo, DGRN res. de 8 de febrero de 1957).

En la práctica, el desarrollo concreto de esta capacidad general plantea algunas cuestiones:

A) *Los cesionarios.*

Los autores que sostienen que la cualidad de heredero no es susceptible de cesión sino que lo que se cede es únicamente el contenido económico del derecho hereditario, admiten la posibilidad de que el cesionario sea contador partidor ya que no es heredero.

30 Esta tesis peca de dogmatismo y no tiene en cuenta que los cesionarios son personas que tienen evidente interés en la partición, por lo que deben entenderse incluidos en la prohibición.

En esta línea, el TS, en sentencia de 27 de noviembre de 1961, reconoce a los cesionarios el derecho a pedir la partición, alegando que aunque ni el artículo 1.052 C.c. ni el 1.038 de la LEC tal cita resulta innecesaria pues están incluidos en la denominación de herederos, en cuya totalidad de derechos y acciones se han subrogado como se infiere del artículo 1.067 C.c. que sanciona expresamente dicha subrogación al tratar del retracto de coherederos.

B) *Los herederos en usufructo.*

En principio deberán estar incluidos en la prohibición. No obstante, técnicamente, toda institución en usufructo es institución en cosa concreta, el derecho real de usufructo, cualquiera que sea el objeto sobre el que dicho usufructo recaiga finalmente, por lo que esta solución tropieza con lo dispuesto en el artículo 768 C.c. en cuya virtud todo here-

dero instituido en cosa cierta y determinada es legatario. A mi juicio habrá que estar en cada caso al tenor del testamento y a la calificación que de éste derive en cuanto a la posición real del llamado en usufructo.

C) *Los legatarios de parte alícuota.*

No cabe duda de que un legatario no es coheredero y, por tanto, puede ser contador partidor.

El problema se plantea en torno al legatario de parte alícuota, que está legitimado para pedir la partición y que tiene un estatuto similar al del heredero.

El TS, en sentencia de 16 de octubre de 1940, asimila al legatario de parte alícuota al heredero que acepta a beneficio de inventario.

Parece pues que el legatario de parte alícuota no debe ser contador partidor. No obstante suele citarse a favor de tal posibilidad la resolución de 30 de junio de 1956, que admitió la validez del nombramiento de contador partidor hecho en favor de un legatario de parte alícuota en usufructo.

A mi juicio, por lo dicho anteriormente, esta resolución no supone un serio argumento para admitir la capacidad del legatario de parte alícuota, precisamente por tratarse del supuesto de legado del usufructo y, por tanto, técnicamente, de un legado de cosa cierta y determinada.

D) *El cónyuge viudo.*

La jurisprudencia tradicional niega al viudo la posibilidad de ser contador partidor. No obstante esta doctrina debería revisarse pues, de un lado, el viudo es de todos los herederos forzosos el menos heredero, ya que su llamamiento es en usufructo, y, de otro, el propio C.c. le reconoce su idoneidad para distribuir los bienes del causante, ya que, conforme al artículo 831, puede facultarse al viudo para distri-

buir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante.

E) *Momento en el que debe apreciarse la capacidad del nombrado como contador partidor.*

Para un sector doctrinal, avalado por la jurisprudencia del TS, el nombramiento será válido o no según que al tiempo de efectuarse el designado sea o no coheredero. Así, el TS y la DGRN tienen declarado que no puede ser contador-partidor el heredero aunque renuncie a la herencia o ceda sus derechos a otros coherederos, pues su nombramiento estuvo viciado al tiempo de hacerse. Incluso se rechaza que pueda serlo el cónyuge viudo aunque renuncie a sus ganancias y a la cuota usufructuaria.

32 A mi juicio esta tesis debe revisarse por ser contraria a la ratio de la norma.

De lo que se trata es de que el designado sea una persona imparcial. Una persona que no tenga interés directo en los bienes objeto de la partición, pues “el que parte y reparte se queda con la mejor parte”.

Por ello, esa incompatibilidad debe apreciarse no al tiempo de otorgar el testamento sino al tiempo del efectivo reparto de los bienes hereditarios. De acuerdo con esta idea, la incompatibilidad pudo existir en el momento de otorgarse el testamento pero pudo desaparecer después y, por el contrario, pudo no existir en aquel momento y sin embargo ser evidente al tiempo de hacer la partición.

En la práctica es una cuestión que merece ser resuelta caso por caso. Puedo traer a colación un caso real, vivido en mi despacho, que demuestra, una vez más, que la vida es más rica que las previsiones legales y jurisprudenciales. El caso fue así: el testador designó contador partidor a un sobrino de su esposa a la que nombró heredera universal, fiduciaria de residuo con plenas facultades dispositivas *inter*

vivos, de modo que los bienes que de él heredara su viuda y subsistieran a la muerte de ésta, deberían retornar a la familia del testador, todos sobrinos.

Hasta aquí el nombramiento del contador no adolecía de incompatibilidad alguna.

La esposa fallece años después y nombra heredero universal a su sobrino, el que fuera contador partidador del difunto esposo. Este contador tenía que decidir qué bienes de los que quedaban en el patrimonio de su tía debían entregarse a los sobrinos del esposo y qué bienes podía heredar él por ser propios de su difunta tía... ¡Huelgan palabras ante tan clara incompatibilidad!

En suma, en mi opinión, hay que estar a la ratio de la norma. Lo que el legislador del siglo XIX quiso fue impedir que el posible beneficiario de los bienes del testador fuera juez y parte en su reparto, por lo que siempre que se dé esta incompatibilidad deberá negarse la legitimación del contador y la validez de su nombramiento, pero si en el momento del reparto no hay tal, deberá admitirse la capacidad del contador partidador.

Por lo demás, precisamente por mor de la ausencia de intereses contrapuestos y de la total imparcialidad derivada de su cargo, la legislación vigente (art. 139 RN) y la jurisprudencia (TS S de 24 de abril de 1954), admiten la capacidad del notario autorizante del testamento para ser contador partidador.

IV. El contador partidador dativo

En la última parte de nuestra exposición examinaremos las cuestiones relativas a la eficacia de la partición realizada por el contador partidador testamentario, pues ahora, siguiendo con el análisis del artículo 1.057 pasamos a comentar su párrafo 2.º relativo al contador partidador dativo.

A diferencia del contador partidor testamentario, el contador partidor dativo del párrafo 2.º del artículo 1.057 es designado por el juez.

No debe confundirse con el contador partidor propiamente judicial, cuyo estudio corresponde a otra de las ponencias pues aquí sólo nos interesa la partición por contador partidor como partición extrajudicial.

Baste insistir en que, como dijimos anteriormente, el contador partidor judicial está sujeto a las normas de la LEC y, en particular, a los artículos 1.036 y ss. que integran el título X del libro II, sobre las testamentarías. Como dice LACRUZ, de estos preceptos se deriva que la partición judicial puede tener lugar:

— En los juicios necesario o voluntario de testamentaría y abintestato.

34

— O para adjudicar bienes a que estén llamadas varias personas sin designación de nombres (1.101 y ss.).

— O la realizada en trámites de ejecución en sentencia firme recaída en juicio ordinario.

Analizando esta partición, dice LACRUZ que de judicial sólo tiene el nombre, pues:

— Por un lado, según este autor es discutible que se trate verdaderamente de un procedimiento contencioso, entendiendo el citado autor que es más bien de jurisdicción voluntaria, a pesar de su colocación en la LEC dentro del libro II, que está dedicado a la jurisdicción contenciosa.

— Y por otro, no es el juez quien la practica porque: el inventario lo hace el secretario; el avalúo los peritos; y la liquidación, división y adjudicación los contadores-partidores o el contador dirimente (que ha de ser letrado) cuando los interesados no están de acuerdo con lo realizado por aquéllos. Y sólo cuando se impugne esta partición se llegará al juicio declarativo y a la sentencia, siendo entonces el único caso en que propiamente puede hablarse de partición judicial, pues resuelve el juez.

A los efectos de nuestra exposición lo que interesa destacar es que la partición judicial tiene carácter subsidiario, en defecto de partición del testador, nombramiento de contador partidador o acuerdo de los herederos.

Y, como resulta del artículo 1.045 LEC, la partición judicial no puede ser prohibida por el testador si no designa al mismo tiempo contador partidador que realice extrajudicialmente las operaciones particionales. E incluso en los casos en que existan herederos forzosos esta prohibición no tendrá efecto.

Se discute la posibilidad de establecer, a modo de cláusula penal, la pérdida de los derechos hereditarios, dejando a salvo la legítima estricta, si se acude a la partición judicial. Lo cierto es que el TS, en sentencia de 21 de diciembre de 1959, tiene declarado que la cláusula por la que se priva de los tercios de mejora y de libre disposición al heredero forzoso que solicite la intervención judicial, es una cláusula contraria a las leyes.

Ciñéndonos ahora al contador partidador dativo, muchas de las ideas expuestas respecto del contador partidador testamentario son perfectamente aplicables al dativo, si bien éste, como veremos, plantea diversas cuestiones específicas.

La figura del contador partidador dativo fue introducida por la reforma del C.c. efectuada por la Ley 11/1981 de 13 de mayo que añadió el párrafo 2.º del artículo 1.057, que, recordemos, dice así:

“No habiendo testamento, contador partidador en él designado o vacante el cargo, el juez, a petición de herederos y legatarios que representen al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador partidador dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios”.

De la dicción de la norma resultan las importantes peculiaridades y diferencias existentes entre el contador partidor testamentario y el dativo, en orden a su nombramiento y a la eficacia de la partición por él practicada.

1. Carácter subsidiario.

El severo criterio que sanciona el C.c. en los artículos 1.058 y 1.059, exigiendo la unanimidad de los herederos para la práctica de la partición por sí mismos motiva que, en la práctica, sea sumamente fácil provocar un pleito de testamentaría por uno cualquiera de los herederos con claro perjuicio de gastos y molestias para los restantes.

Así las cosas, la razón o finalidad de la reforma de 1981 no fue otra que la de evitar en lo posible el juicio de testamentaría en los casos en los que los herederos no llegan a un acuerdo en la forma de efectuar por sí mismos la partición sin que exista contador partidor designado por el testador. Esto último puede suceder bien porque no exista testamento o porque existiendo testamento el testador no designó contador o el designado ha fallecido, renunció o caducó, es decir, quedó vacante el cargo.

Por ello, si existe contador partidor designado en el testamento, con el cargo vigente, los herederos quedan vinculados por la voluntad del testador y no cabe acudir a la solicitud de nombramiento de un contador partidor dativo. Recuérdesse lo dicho en torno a la discusión sobre si los herederos pueden prescindir del contador partidor testamentario. Ahora, en materia de contador partidor dativo, el C.c. refuerza la idea del carácter imperativo del contador partidor testamentario, pues si éste existe no cabe prescindir de él y solicitar el nombramiento de un contador dativo. El tenor literal de la norma es un fuerte argumento frente a la tesis que defiende la libertad de los herederos para actuar en la forma que les resulte más conveniente aunque el testador designara un contador partidor.

Además de lo señalado por el C.c., también será obstáculo para el nombramiento de contador partidor dativo que exista prohibición expresa del testador de practicar la división de la herencia (art. 1.051) o que exista convenio de indivisión entre los coherederos al amparo del artículo 400 del C.c.

Alguna duda puede plantearse en la práctica en los casos en los que el testador incluyó la cláusula de no estorbar y en aquellos otros en los que prohibió la intervención judicial en la herencia.

a) A mi juicio, si el testador designó contador partidor, aunque haya incluido la cláusula de no estorbar, no es posible solicitar el nombramiento de contador partidor dativo, pues la voluntad del testador es la de que cualquiera de los herederos pueda solicitar la actuación del contador partidor testamentario y esa voluntad quedaría burlada si una parte de los herederos lo sustituyen por el dativo.

b) Si el testador ha prohibido la intervención judicial en la testamentaria, ya sabemos que la validez y eficacia de tal cláusula depende de que se nombre un contador partidor testamentario conforme al citado artículo 1.045 de la LEC. Si así lo ha hecho no será posible acudir a la figura del contador dativo.

Si no nombró contador partidor y prohibió la intervención judicial, al argumento expuesto debe añadirse que la partición por contador partidor dativo es una partición extrajudicial, por lo que los herederos podrán solicitarla no obstante la citada prohibición.

El carácter extrajudicial de la partición por contador partidor dativo se deduce de: 1) El fundamento de la reforma del C.c. ya dicho; 2) La colocación de la figura en el artículo 1.057 y no en el artículo 1.059; 3) Y el hecho de que no se trate de un juicio que termine con sentencia sino de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, dirigido al nombramiento de un perito cuya actuación queda supeditada al consentimiento de todos los interesados o, en su defecto, a

la aprobación judicial, que por lo tanto, no siempre es necesaria.

En rigor, en estos casos el juez actúa no tanto en el ejercicio de su función jurisdiccional, de juzgar, sino en una función arbitral a la que es llamado en función de su cargo. Por ello la aprobación judicial de la partición del contador partidador dativo es una decisión arbitral que nunca tendrá el carácter de verdadera sentencia, y no produce efecto de cosa juzgada. Como veremos al final, la partición aprobada judicialmente podrá ser impugnada ante los tribunales ordinarios.

Por todo ello este tipo de partición no puede asimilarse a ninguna de las modalidades de partición judicial.

2. Naturaleza del cargo.

38 Al ser un cargo designado por el juez a petición de los herederos y legatarios que representen al menos el 50 por 100 del haber, su naturaleza dista mucho de la del contador partidador testamentario, examinado hasta ahora.

En el contador partidador dativo lo que resalta es su aspecto de perito nombrado por el juez, al que por razones de utilidad se le encomiendan funciones previas, coetáneas o posteriores a la realización de la partición.

Ya no puede ponerse el acento en la ejecución de la voluntad del testador, o mejor dicho, ya no estamos en presencia de un mandatario *post mortem* que actúa en base a la voluntad testamentaria. Ni tampoco cabe asimilar el contador partidador dativo al designado por el juez en el juicio de testamentaría, pues su nombramiento y la partición misma, como dijimos, están sujetas a reglas diferentes.

Ahora bien, lo que ocurre es que la regulación legal del contador partidador dativo es extremadamente escueta, por lo que, como advertíamos antes, muchas de las ideas plasmadas en torno a la figura del contador partidador testamentario, especialmente en orden a su capacidad y facultades, resultan de aplicación también al dativo.

3. Régimen.

Veamos los rasgos fundamentales de su régimen jurídico.

A) *Nombramiento.*

El contador partidario dativo es nombrado por el juez si bien este nombramiento no se rige por el artículo 1.068 LEC y no se efectúa en una junta de interesados, ni se prevé el nombramiento de varios, aunque nada parece que se oponga a ello, ni el nombramiento de un contador dirimemente (art. 1.070 LEC).

El juez competente será, conforme a la regla general, el del último domicilio del causante, y si lo ha tenido en el extranjero, el del último domicilio en España o el del lugar donde el causante tuviera la mayor parte de sus bienes.

Basta la iniciativa de los citados herederos y legatarios para que se ponga en marcha el procedimiento, que se rige por las normas de la LEC previstas para el nombramiento de peritos, por lo que el juez (art. 616 LEC) designará al propuesto por los interesados, previa comparecencia de éstos fijada en el mismo auto que admita la prueba pericial (art. 614 LEC) o, en su defecto, insaculará los nombres de tres y nombrará a quien designe la suerte.

Los solicitantes deberán tener la libre administración y disposición de sus bienes de conformidad con el artículo 1.052 del C.c.

Deberán ser citados todos los herederos y legatarios no peticionarios. Por lo dicho, en mi opinión, deberán ser citados también los cesionarios.

B) *Efectos de la solicitud.*

Hecha la solicitud ésta produce importantes efectos respecto de todos los herederos y legatarios.

En primer lugar cabe plantear la cuestión de si es posible oponerse a la tramitación de esta solicitud.

Entiendo que la solución positiva privaría de contenido a la reforma. A mi juicio, los herederos y legatarios que no han solicitado el nombramiento de contador partidor dativo no pueden oponerse al trámite ni paralizarlo. Así que hay que entenderlo so pena de hacer inútil la reforma si se mantiene que estamos en presencia de un procedimiento de jurisdicción voluntaria y que puede paralizarse y tomarse en contencioso por la oposición de alguno de los interesados.

Así lo entiende también NÚÑEZ BOLUDA (María de los Desamparados). Según esta autora, el trámite de nombramiento de contador partidor dativo guarda semejanza con la fase de prevención o de preparación del juicio de testamentaría, voluntario o necesario. Y en estos juicios, hecha la petición por algún interesado, y ratificada la petición, el juez “habrá por prevenido el juicio, mandando citar para él en forma a los herederos...” (art. 1.055 LEC para el juicio de testamentaría aplicable al de abintestato por remisión del art. 1.001).

40

Los herederos y demás personas con derecho a pedir el juicio (arts. 973 y 1.038 LEC) no pueden oponerse y paralizar la prevención del juicio, con sus medidas de conservación y administración de los bienes, formación de inventario y avalúo y demás. Sólo tienen derecho de ser citados para intervenir en esas medidas y en la partición (art. 1.065 LEC), aparte de impugnarla cuando exista causa para hacerlo.

Otro efecto importante de la solicitud de nombramiento de contador partidor dativo es el de impedir otros tipos de partición.

Respecto de la partición por los herederos es claro que no procederá ya que para practicarla es necesario el consentimiento de todos ellos (1.058 C.c.) y es obvio que una vez solicitado el nombramiento de contador partidor dativo, los herederos que no lo hayan solicitado no podrán efectuar la partición salvo que los solicitantes desistan de su pretensión y acuerden su práctica por unanimidad.

Respecto de la partición judicial, la razón de ser de la reforma del párrafo 2.º del artículo 1.057 justifica que solici-

tado previamente el nombramiento del dativo no proceda iniciar el juicio de testamentaría. Otra cosa es que si se ha iniciado antes cualquiera de los juicios universales, no proceda suspenderlo, pues a la competencia judicial solamente pueden sustraérsele los asuntos de que conoce previa renuncia de todas las partes al procedimiento.

En suma, el nombramiento judicial de contador partidario dativo es vinculante para todos los interesados, lo hayan o no solicitado, por lo que los herederos deberán hacerle entrega de todos los documentos y de su información necesaria para la práctica de la partición.

C) *Legitimados para la solicitud.*

Conforme al artículo 1.057.2.º son los herederos y legatarios que representen al menos el 50 por 100 del haber hereditario.

La referencia a los herederos no plantea problemas. Deberán ser herederos puros, no condicionales. Respecto de los cesionarios, su admisión dependerá de la tesis que se adopte respecto de su condición de herederos y de su derecho a solicitar la práctica de la partición, cuya solución afirmativa ha quedado ya expuesta en otro lugar.

Mayores problemas plantea la referencia a los legatarios. Referencia que es doble, tanto respecto de la solicitud como de la ulterior aprobación o conformidad a que se refiere el inciso final.

Parece, en efecto, que el legislador desea conceder este recurso a los legatarios para que así puedan adelantar en lo posible la entrega de los bienes legados. Es cierto que los legatarios no tienen técnicamente interés en la partición, pero no es menos cierto que, en la práctica, una herencia puede corresponder a varios herederos en cuantía insignificante mientras que la sustancia del caudal haya sido legada a determinados legatarios. Parece claro el interés de los legatarios en que se proceda a la partición y, una vez determinado que los legados no son inoficiosos, se proceda cuanto antes a su entrega.

No obstante, esta medida no es coherente con el sistema vigente en materia de legitimación para pedir la partición, de la que carecen los legatarios de cosa cierta y determinada, por lo que sorprende que se les conceda el derecho a solicitar el nombramiento de contador partidor dativo y la práctica de este tipo de partición.

Cabe entender que el C.c. se refiere sólo a los legatarios de parte alícuota.

42 En el caso de que una interpretación correctora lleve a negar esta facultad a los legatarios salvo que se trate de legados de parte alícuota, de lo que a mi juicio no cabe duda es de que a efectos de determinar la representación del porcentaje mínimo indicado se computarán todos los legados correspondientes a los legatarios que concurren con los herederos aunque la iniciativa corresponda sólo a estos últimos. Baso esta idea en que el cómputo de la herencia debe referirse al haber íntegro líquido y que en la partición pueden plantearse problemas de inoficiosidad de los legados.

Si iniciado el procedimiento se acredita posteriormente que los solicitantes no representaban realmente el porcentaje legal mínimo, si la partición no está aprobada deberá suspenderse el procedimiento, pero si ya lo está la partición será en principio válida quedando a salvo el derecho de los interesados a impugnarla, a cuyos efectos deberá tenerse en cuenta, por analogía, lo dispuesto en el artículo 1.080 del C.c. y el principio del *favor partitionis*, por lo que lo precedente será indemnizar los perjuicios causados salvo que se probase la actuación maliciosa de los interesados.

D) *Capacidad para ser nombrado.*

En primer lugar deberá respetarse la prohibición de designar contador partidor a un coheredero (1.057.1.º C.c.), por lo que resultan de aplicación las ideas expuestas en torno al contador partidor testamentario.

Igualmente el designado deberá tener la capacidad general exigida por el artículo 893 C.c.

Ahora bien, a lo dicho debe añadirse la aplicación de las normas de incompatibilidad que la LEC establece en materia de nombramiento de peritos, especialmente las causas de recusación que fija el artículo 621 de la LEC que, por el contrario, no son aplicables al contador partidario testamentario. Incluso algunas de estas causas de recusación son causas que llevan al nombramiento del contador testamentario, tales como la 1.^a (parentesco) o la 6.^a (amistad íntima).

Además, el círculo posible de personas capaces se ve restringido por aplicación de estas normas, ya que en todo caso la elección debe recaer en persona con cualificación pericial suficiente. Al respecto, como señala LACRUZ, no parece que el juez esté obligado a designar a un letrado en ejercicio sino que cabe designar a persona que tenga una acreditada preparación, pudiendo, a su juicio, designarse también un notario o, incluso, un economista, pues los escasos conocimientos jurídicos de éste se compensan con sus mayores capacidades contables.

43

E) *Facultades.*

El C.c. no hace distinción ninguna. El nombrado tendrá la simple facultad de hacer la partición. Por ello, en principio, todo lo dicho en este punto es de aplicación al contador partidario dativo.

No obstante, algún problema puede plantear la facultad de pagar la legítima en dinero. En efecto, ya hemos comentado el párrafo 1.º del artículo 841. Pero este artículo en su segundo párrafo dice que “también corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador partidario dativo al que se refiere el artículo 1.057 C.c.”.

La referencia al “mismo supuesto del párrafo anterior” no tiene fácil explicación.

En primer lugar, cabe pensar que se refiere a que el testador haya previsto el nombramiento de contador partidador dativo y le autorice para el pago de la legítima en metálico, supuesto difícil de que se dé en la práctica. En segundo lugar, cabe entender que se refiere a que exista autorización, la cual deberá darla el juez si así se le solicita.

Ninguna de estas explicaciones resulta convincente. Lo cierto es que el párrafo anterior en el texto del proyecto remitido al Congreso era otro, y desapareció en la discusión parlamentaria. El artículo se refería a la concurrencia de hijos matrimoniales con no matrimoniales dando la facultad a los primeros respecto del haber legitimario de los segundos. Desaparecida esta referencia en el texto definitivo, la alusión al supuesto del párrafo anterior carece de sentido y, por ello, cabe entender que no es necesario solicitar y obtener del juez dicha autorización, sino que en el caso del dativo la facultad se la concede directamente la ley si se dan los presupuestos personales y formales.

44

Esta solución parece la más favorable con la ratio facilitadora de la reforma, teniendo en cuenta además que los intereses en juego quedan a salvo, pues si el juez no está conforme con las decisiones del contador podrá no aprobar la partición.

Hechas las precedentes consideraciones vamos a estudiar ahora, de forma conjunta, la extinción del cargo y la eficacia de la partición realizada por contador partidador.

V. Extinción del cargo

1. Extinción del cargo de contador partidador testamentario.

Es de aplicación el artículo 910, por lo que el cargo se extinguirá por muerte, imposibilidad, renuncia o remoción y por el lapso de tiempo que le hubiere señalado el testador y, en su caso, el de las prórrogas.

Como dijimos es un cargo esencialmente temporal. El plazo es el señalado por el artículo 904 a salvo las prórrogas que prevén los dos artículos siguientes.

Lo que nos interesa destacar es que en la práctica si el plazo se computa desde la aceptación será muy difícil acreditar la caducidad mientras que no haya una constancia fehaciente de ésta. Pero el problema se suaviza gracias a que el C.c. prevé la aceptación tácita en el artículo 898, del que resulta que el cargo de contador partidor se entiende aceptado si no se excusa dentro de los seis días siguientes a aquél en que tenga noticia de su nombramiento, o, si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes al en que supo la muerte del testador. La prueba de estos dos últimos hechos facilita sumamente la prueba de la caducidad.

Caducado el cargo, decaen las facultades del contador partidor, por lo que si se da el caso de tener que modificar la partición o, lo que es más frecuente, de llevar a cabo una adición de herencia, sólo podrá actuar el contador si el plazo no está vencido, en caso contrario deberán ser los herederos los que la efectúen actuando de común acuerdo o consintiendo la rectificación realizada por el contador partidor (TS S de 3 de enero de 1967).

45

2. Extinción del cargo de contador partidor dativo.

En este supuesto la problemática es distinta. Se aplican las causas vistas, pero en cuanto al plazo deberá serle fijado por el juez, quien podrá también conceder las prórrogas que considere oportunas si hay causa justificada.

Si el juez no señalara plazo habrá que acudir a la aplicación analógica de las reglas vistas, dictadas para el albaceazgo so pena de entender que el nombramiento es indefinido.

Además, así como extinguido el cargo del contador partidor testamentario no cabe reemplazarlo, el contador partidor dativo puede ser sustituido por otro perito que ultime la partición que el primero dejara inacabada. Los herederos

que solicitaron el nombramiento de contador partidor dativo deberán solicitar el nombramiento de su sustituto.

Finalmente, extinguido el cargo, ni el testamentario ni el dativo están obligados a rendir cuentas pues, a diferencia del albacea, carecen de la facultad de administración y representación de la herencia. Otra cosa es que estén sujetos a la responsabilidad por los daños que pudieran causar a los herederos por su actuación negligente o dolosa. Como declaró el TS en S de 11 de abril de 1967, la rendición de cuentas es el propio cuaderno particional.

VI. Eficacia de la partición

1. Eficacia de la partición realizada por el contador partidor testamentario.

46

Dada su naturaleza, como partición basada en la voluntad del testador, hecha la partición los herederos han de pasar por ella.

La partición, conforme al artículo 1.068, atribuirá a cada heredero la propiedad de los bienes que les fueren adjudicados.

La eficacia de esta partición no precisa de ulteriores requisitos pues la exigencia de la aprobación judicial que contenía el artículo 1.049 LEC quedó derogada por el artículo 1.057.

Ni siquiera se precisa acreditar la aceptación de los herederos.

Una vez realizado el cuaderno particional, se elevará a escritura pública y pagado el impuesto sucesorio la escritura será debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, en su caso.

Ello no quiere decir que los herederos queden indefensos ante una partición que vulnere sus derechos.

La partición podrá ser impugnada si es contraria a ley y, especialmente, si no respeta los derechos legítimos.

En concreto la impugnación ante los tribunales ordinarios puede realizarse en virtud de una acción de nulidad, de anulabilidad o de rescisión.

La acción de nulidad deberá basarse en la infracción de la ley (por ejemplo, carácter de heredero del contador partidor –o carácter aparente del heredero– art. 1.081); en la vulneración de los derechos legitimarios; o en la infracción de las instrucciones del testamento o en la realización de una equivocada interpretación de éstas.

Aunque la partición por contador partidor no es un contrato y, por tanto, no justifica la diferenciación clásica entre nulidad y anulabilidad, sin embargo los autores admiten la anulabilidad por error, siempre que se trate de error sustancial que vicie la voluntad del contador.

Además, la partición podrá ser rescindida por lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas. La acción se basará en el artículo 1.074 C.c. sin que sea de aplicación la norma excepcional del artículo 1.075 que está referido exclusivamente a la partición hecha por el difunto.

Todo ello sin perjuicio de las acciones derivadas de los artículos 1.069 y 1.080 respecto del saneamiento y evicción y a la posible preterición de alguno de los herederos en la partición.

2. Eficacia de la partición realizada por el contador partidor dativo.

Existe en este punto una importante diferencia que resulta del último inciso del párrafo 2.º del artículo 1.057.

En efecto, a semejanza de la partición judicial, la partición del dativo requiere la aprobación judicial. Pero así como en ésta la aprobación es siempre necesaria (art. 1.081 LEC), en cambio, tratándose de la partición del dativo puede prescindirse de ella si todos los interesados prestan su conformidad a la partición hecha por aquél.

También debe distinguirse esta aprobación judicial de la prevista en el artículo 843 respecto de la partición realizada con adjudicación de bienes con pago en dinero de la legítima (art. 841) y de la partición sin esa adjudicación, porque el que habría de pagar se niega a hacerlo (art. 842). Esta aprobación judicial es necesaria siempre, salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes.

Por lo tanto, siempre que se habla de la partición realizada por contador partidor dativo deben distinguirse dos supuestos, según sea consentida por todos los herederos o legatarios o sea aprobada judicialmente.

a) Si la consienten todos los herederos y legatarios la partición reviste el carácter de partición contractual y su eficacia descansa en el consentimiento de todos los interesados, que al consentirla sanan todos sus posibles defectos y renuncian a su impugnación por las causas que en el momento de la renuncia les sean conocidas.

b) En defecto de consentimiento de los herederos y legatarios la partición requiere la aprobación judicial.

A juicio de VALLET (citado por NÚÑEZ BOLUDA) la aprobación judicial de las particiones de contador partidor se sustancian por los trámites de la jurisdicción voluntaria y al no existir en la LEC, en materia de jurisdicción voluntaria trámite específico para esas aprobaciones, VALLET hace suya la opinión de PANTALEÓN de que sean aplicables, con las necesarias adaptaciones, los trámites establecidos en los artículos 1.077 y ss. de esa ley, pues son los mismos que la ley tiene previstos para los casos en que se estima necesaria la aprobación judicial de las particiones de herencia.

El artículo 1.057 no limita la actuación del juez, quien podrá negar la aprobación no sólo por inaplicación de alguna norma legal o por defectos formales, sino también por lesión de un partícipe o inexacta valoración de un bien.

Aprobada judicialmente la partición, no se podrá ya acudir a los juicios universales, pero como dicha aprobación carece de los efectos de cosa juzgada la partición podrá ser

impugnada no sólo por las causas de nulidad y rescisión sino también por causas de incapacidad, inhabilidad o ejecución fuera de plazo, causas estas últimas que quedan sanadas en el supuesto anterior de consentimiento de todos los interesados.

3. El principio del *favor partitionis*.

Finalmente, en materia de impugnación de particiones debe tenerse en cuenta la aplicación del principio del *favor partitionis* reiteradamente sancionado por nuestro TS.

Ello supone tratar de mantener en lo posible la eficacia de la partición y sólo admitir su ineficacia como último recurso. Por ello, siempre que pueda sanarse la partición, o resolver sus deficiencias mediante las correspondientes rectificaciones e indemnizaciones o, al menos, admitir la eficacia parcial, debe huirse de otras soluciones más drásticas.

Terminemos con las palabras de nuestro TS en sentencia de 30 de abril de 1958: “conviene mantener la estabilidad de actos tan importantes como la partición, mientras lo permita la equidad, por lo cual si de agravios patrimoniales se trata, se deben volver a hacer si los errores y lesión son sustanciales y tan enormes que de otro modo no se pueden enmendar, pues pudiendo se deben reformar y permitir al demandado la elección de que se deshagan o se supla el engaño, criterio éste que es lo más equitativo para evitar nuevos dispendios y dilaciones a los interesados y que aparece plasmado ya en el artículo 926 del proyecto de 1851”.

Bibliografía

ALBALADEJO, Manuel: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XIV, volumen 2.º, art. 1.057 del C.c.

CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: *Compendio de derecho sucesorio*, 1990.

GARCÍA MAS, Francisco Javier: “Panorama general de la Ley 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor”, en *Actualidad Civil*, número 34/22-28 septiembre 1997.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Derecho de Sucesiones*, tomo I, 1971.

NÚÑEZ BOLUDA, María Desamparados: “Las facultades de los contadores partidores del artículo 1.057 del Código Civil y su reforma por la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996”, en *Actualidad Civil*, número 43/18-24, noviembre 1996.

RIVAS MARTINEZ, Juan José: *Derecho de sucesiones común y foral*. Tomo II, segunda edición, 1992.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Panorama del Derecho de sucesiones*, II, perspectiva dinámica, 1984.

EL DOCUMENTO NEGOCIAL INFORMÁTICO (*)

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

Notario

51

En julio del pasado año pronunciaba yo una pequeña charla en Toledo –“*Visión panorámica de los protocolos notariales*”–, con motivo de la inauguración de un nuevo local para el Archivo de protocolos del Distrito. Un distinguido asistente, al felicitarme por mi bosquejo sobre las aplicaciones de los protocolos a las más variadas investigaciones históricas, me pidió que no dejara de avisarle cuando completara mi exposición hablando del futuro de los Archivos de Protocolos, palabras con que aludía al sombrío porvenir que espera, según muchos, al documento-papel y, por

(*) Comunicación leída el 25 de mayo de 1998 en el Pleno de los Excmos. Señores Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; publicada en sus Anales, número 28, Madrid, 1998, pp. 433-64.

tanto, a los Archivos de Protocolos en que los instrumentos públicos, escritos en papel, terminarían por alojarse. Nada intentaré vaticinar, sin embargo, sobre el futuro, ese niño sentado en las rodillas de los dioses; sólo quería resaltar, en el inicio de esta comunicación, la importancia y actualidad de su tema; el documento informático está ya omnipresente en nuestra vida jurídica, aunque al menos por ahora se emplea más para rodear por todas partes al documento en papel, potenciándolo, que para intentar sustituirlo.

El legislador español no podía desconocer esta realidad, y son numerosas las disposiciones que, desde los puntos de vista más variados, se han referido al documento informático; citemos, como más importantes, la Ley del Mercado de Valores de 1988, la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido de 1992, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992, la Ley Orgánica del Poder Judicial, reforma de 1994, etc.

52

Los legisladores extranjeros, sobre todo en los Estados Unidos, nos llevan en este campo una gran ventaja; en mayo de 1995 se dicta la "Digital Signatures Act" del Estado de Utah, a la que siguen la de California de octubre de 1995, las de Arizona, Delaware, Washington y Wyoming de 1996 y nada menos que veinticinco leyes, en otros tantos Estados de la Unión, en 1997 (1). No debe causarnos extrañeza esta anticipación norteamericana, pues no tiene origen solamente en la primacía que los Estados Unidos ostentan en la investigación informática; el documento informático ha nacido en su sistema documental, sistema de documento privado —el documento público de Derecho privado es allí

(1) Una nueva ley de California y leyes de Colorado, Florida, Georgia, Hawai, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Louisiana, Maine, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nevada, New Hampshire, Nuevo Méjico, Oklahoma, Oregón, Rhode Island, Tennessee, Texas y Virginia; enumeradas por GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto: *Instrumento público electrónico*, tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Lleida, 1998, 1^o.III.XIV, todavía inédita, p. 188.

desconocido—, en el que la intervención de un “notary public” que sólo en la denominación coincide con nuestros notarios, ha querido compensar la práctica desaparición del sello precedente del Derecho inglés. El documento informático que se propugna es, como veremos, un nuevo documento sellado (act under seal); la llamada firma digital no es una firma: es un sello.

Por ello presentan para nosotros más interés las manifestaciones prelegislativas o legislativas que van apareciendo en los países de nuestro mismo sistema de Derecho codificado, y por tanto del mismo sistema notarial; destaquemos el proyecto privado de Ediforum-Pisa y el oficial de Chile de noviembre de 1995, elaborado por GABRIEL DEL FÁVERO (2), y sobre todo el Reglamento sobre “Atti, documenti e contratti in forma elettronica” aprobado en Italia por el Consejo de Ministros el 5 de agosto de 1997.

Merecen especial mención, en el ámbito supranacional, la Ley tipo sobre el comercio electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL o CNUDCI), de junio de 1996 (UNCITRAL), que según su mismo texto puede extenderse, más allá de las actividades comerciales, a toda información, cualquiera que sea su naturaleza, que tome la forma de un mensaje de datos. Y la propuesta en materia de firmas digitales que está ultimando para el Parlamento Europeo una Comisión nombrada al efecto. Aunque también hay textos supranacionales que al menos de hecho frenan el comercio electrónico, como la Directiva 7/97/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, referente a la

(2) El *proyecto Ediforum Italia*, con la colaboración del CNR de Pisa, bajo la presidencia del profesor Antonio MARTINO, aparece publicado, por ejemplo, en MICCOLI, Silvia: *La sicurezza giuridica nel commercio elettronico*, Università degli Studi di Pisa, Tesi de Laurea, Anno Accademico 1994-1995, pp. 24-25. Sobre el *proyecto chileno* nos da muchas noticias GAETE en su tesis citada en la nota 1; puede verse también el “Comentario sobre el Proyecto de Ley chileno del Documento Electrónico”, de la *Revista Internacional del Notariado*, núm. 93, primer trimestre de 1997, pp. 134-36.

protección del consumidor en materia de contratos a distancia, de 17 de febrero de 1997.

También los notarios han dedicado desde hace años especial atención a estas cuestiones. En 1992 el XX Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Cartagena de Indias, incluyó un Tema II, "El documento informático y la seguridad jurídica", que dio lugar a importantes ponencias, como la española, de VICENTE MARÍA DE PRADA GUAITA, y la italiana, de ANGELO GALLIZIA (3). En 1993 un representante de la Unión, el notario italiano MARIO MICCOLI, asiste en Nueva York a una reunión convocada por la "American Bar Association" (ABA), gran propulsora del documento informático (4). En 1995, el Consejo Permanente de la Unión Internacional del Notariado Latino, reunido en Cancún (Méjico), crea dentro de la Unión una "Comisión de Informática y Seguridad Jurídica" (5). En 1996, uno de los temas de estudio de la Comisión de Asuntos de la Unión Europea (CAUE) es "El documento electrónico" y el responsable es el mismo notario MICCOLI (6); también en 1996

54

(3) PRADA GUAITA, Vicente María: "El documento informático y la seguridad jurídica", *Revista Jurídica del Notariado*, Extraordinario I, 1992, pp. 163-206. GALLIZIA, Angelo: "Il documento informatico e la sicurezza giuridica", *Rivista del Notariato*, 1992, pp. 63-96.

(4) Conf. MICCOLI, Mario: "Cybernotary", *Revista Internacional del Notariado*, núm. 91, primer trimestre de 1996, pp. 128-39.

(5) Acuerdo del Consejo Permanente: "El estudio de esta problemática es de carácter transcontinental, y está destinada a buscar la mejor forma de introducir la intervención notarial, en la cada vez más usual corriente de relaciones jurídicas realizadas a través de la informática y con la finalidad de otorgar seguridad jurídica a las mismas.

La naturaleza siempre cambiante del mundo moderno ha generado para todas las profesiones, incluida la notarial, una necesidad real de mantenerse al corriente de los nuevos adelantos y adaptarse a ellos.

Si la profesión notarial ha de adentrarse en el nuevo milenio en buena forma, para poder realizar las tareas que le van a solicitar, necesita aplicarse a los temas que plantea este futuro. Por ello se crea esta Comisión".

Publicado en la *Revista Internacional del Notariado*, núm. 91, primer semestre 1996, p. 25.

(6) Conf. *Revista Internacional del Notariado*, núm. 91, primer semestre 1996, p. 91.

se celebra la XXIV Jornada Notarial Argentina, y tiene como Tema I "Seguridad jurídica en la contratación por medios electrónicos. Documento electrónico" (7). Y en 1997 se han ocupado de nuestro tema el III Congreso Notarial del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) (8) y las IX Jornadas Notariales de América del Norte, Central y del Caribe, donde presentó una nueva ponencia VICENTE DE PRADA (9). En España, y desde este punto de vista notarial, pero ya dentro otra vez del Derecho positivo, debemos recordar las normas reglamentarias sobre la llamada colaboración de notarías y registros (RD 2537/1994, de 29 de diciembre), con la introducción del telefax para la obtención de información registral y para la práctica de un caducable asiento de presentación; el documento transmitido por medio del *fax* es ciertamente distinto del documento informático (10), pero éste —el correo electrónico—, sustituirá prontamente a aquél en las indicadas misiones de colaboración.

55

La multiplicidad de las interconexiones entre informática y negocio jurídico e informática y documento hacen imposible un estudio completo, al menos dentro de los naturales límites de una comunicación; me limitaré al núcleo de mayor novedad, el referente al documento negocial informático, aquel documento que no se reduce al intercambio de datos por vía electrónica (Electronic Data Interchange, EDI), sino que formaliza un contrato, que declara una voluntad nego-

(7) Buenos Aires, 7/9.11.1996; Conf. *Revista Internacional del Notariado*, núm. 93, primer semestre 1997, pp. 76 y ss.

(8) El III Congreso Notarial del Mercosur se celebró en Punta del Este, Uruguay, del 12 al 16 de marzo de 1997 y su Tema I fue "Contratación electrónica"; pueden verse sus Conclusiones en la *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, República Argentina, núm. 996, enero-abril 1997, pp. 283-5.

(9) Celebrado en Puerto Rico, septiembre de 1997; tema: "El documento informático: su encaje en el sistema de Notariado Latino"; he tenido acceso a la ponencia española, con el mismo título, también a cargo de Vicente María de PRADA GUALIA, todavía inédita.

(10) Conf. LONGI, Francesco: "Confezione e spedizione di documento per mezzo di terminale fac-simile", *Rivista del Notariato*, 1990, pp. 621-40, especialmente número 3.

cial, por medios informáticos; quedan, pues, fuera de mi exposición otros variados documentos informáticos, y en especial los meramente probatorios y los de pago de cantidades de dinero, que están operando con bastante facilidad y buenos resultados en el comercio de bienes y de servicios, en aplicación del citado sistema EDI; y también los documentos de almacenamiento y comunicación de información.

Aun con tal concreción, el tema resulta especialmente difícil por su carácter interdisciplinar, pues si todavía la generalidad de los juristas somos “analfabetos informáticos”, que nos limitamos a manejar el ordenador como procesador de textos y podemos caer en inmensos errores informáticos, tampoco me parece que los profesionales de la informática tengan en general suficientes conocimientos jurídicos. Y sin embargo, la interconexión tiene que ser muy estrecha; el legislador tiene que establecer la disciplina jurídica en vista de una determinada realidad técnica, realidad además continuamente cambiante, por lo que habrá que acudir a actualizaciones periódicas, o a combinar la estabilidad de la ley con la mayor movilidad del reglamento; y la informática tiene que llenar, con sus medios técnicos, las exigencias del derecho, pues los efectos jurídicos que el tráfico precisa no pueden atribuirse sin más a cualquier documento realizado por medios informáticos, sino sólo a los documentos informáticos que cumplan, mediante su técnica informática, los requisitos en que aquellos efectos jurídicos encuentran su fundamento, y que el legislador, ayudado por la doctrina, tiene que delimitar.

56

* * *

El documento puede contemplarse desde dos perspectivas fundamentales; *la forma y la prueba*; y ambos capítulos están dominados por sendos dogmas que parecen resolver todas las cuestiones, de manera que hay que asentir a la conclusión que JOSÉ RAMÓN CAMINO lleva al título de un co-

nocido trabajo: “El documento electrónico: su admisibilidad en Derecho Español” (11).

Está, por un lado, la *libertad de forma*; “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento”, dice el artículo 1.258 del Código civil, y este consentimiento puede en principio exteriorizarse, declararse, por cualquier forma, artículo 1.278: “Los contratos serán obligatorios *cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado*, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez”. Si la voluntad puede declararse por gestos, y aun por silencios, ¿cómo no se va a poder declarar por medio de un ordenador? La cuestión no queda, sin embargo, enteramente resuelta; porque hay que determinar si nos encontramos ante una nueva forma de declaración, que “no es ni forma oral ni forma escrita”, sino “forma electrónica”, como sostiene MIRABELLI (12), o bien puede incluirse, como mera modalidad, en alguna de las formas ya conocidas, especialmente en la declaración documental. Por otra parte, la mera validez del contrato a que se refiere el artículo 1.278 del Código es bastante poca cosa en un mundo de eficacias, como es el jurídico; el documento informático, además de ser válido, tiene que ser eficaz, de derecho y de hecho, en juicio y fuera de él, para que pueda desempeñar un apreciable papel en la vida jurídica.

Y una de las primeras cualidades para ser eficaz es que el documento informático pueda *probarse*. Aquí también el problema está en principio muy facilitado. La doctrina andaba dividida ante el significado de la enumeración de los medios de prueba de los artículos 1.215 del Código civil y 578 de la Ley de Enjuiciamiento civil; *numerus clausus* de medios de prueba para algunos, *numerus apertus* para otros. Pero actualmente el dilema debe resolverse en este último

(11) *La Ley*, 24.4.1997, pp. 1-4.

(12) MIRABELLI, Giuseppe: “Contratto tra terminali e documento elettronico”, *Rivista del Notariato*, 1986, pp. 769-79; las palabras citadas, en p. 773.

sentido, porque el artículo 24.1 de la Constitución consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, y en consecuencia el párrafo 2 del mismo precepto declara que “todos tienen derecho ... a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”. El Tribunal Constitucional, en S. 50/1988, de 22 de marzo, recogiendo la doctrina de las SSTC 116/1983, de 7 de diciembre, 51/1985, de 10 de abril, 30/1986, de 20 de febrero y 147/1987, de 25 de septiembre, principalmente, ha declarado que “el art. 24.2 de la CE ha constitucionalizado efectivamente el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes *como derecho fundamental*”, “en cualquier tipo de proceso”, también en los civiles; y en el mismo sentido el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en Sentencia de 8 de julio de 1988 (confirmada por la de 17.3.1989), puntualizó que “es primordial tener presente que el artículo 24 de la Constitución Española ha convertido en un *derecho fundamental* el de utilizar los medios de prueba pertinentes”, “derecho, inseparable del de defensa”, que ha quedado “constitucionalizado”. El llamado documento informático es pues, en todo caso, medio de prueba; con la gran ventaja de que ya no es preciso, para ello, manipular ninguno de los medios de prueba preexistentes; no se necesitaría, pues, forzar el concepto de documento, para la viabilidad probatoria del documento informático. Pero tampoco queda todo resuelto, porque el procedimiento probatorio establece, respecto a cada medio de prueba, los requisitos de admisibilidad conducentes a asegurar la autenticidad del medio de prueba propuesto; y que, en nuestro caso, nos pueden llevar a las reglas de la prueba documental, privada o pública, a las del reconocimiento judicial, o a las de la prueba pericial; o bien a la necesidad de sentar reglas específicas.

Pasemos de la función a la estructura; de aquello para lo que el documento sirve, a aquello que el documento es. De una manera general podríamos decir que *documento es la expresión, en principio escrita, de un pensamiento humano jurídicamente relevante, el pensamiento de su autor y, en su caso, el del autor o los de los autores de las declaraciones que contenga (en el documento negocial, al menos una declaración de voluntad), de manera que esos pensamientos y sus autores sean reconocibles por los destinatarios.*

El documento es, ante todo, una *cosa*, una realidad del mundo exterior constituida por una materia, y una grafía incorporada a ella por el hombre. La *materia documental* era hasta ahora casi exclusivamente el papel; pero históricamente habían sido utilizados el ladrillo cocido, las tablas de madera enceradas, el papiro, el pergamino, etc., y de ello fácilmente se deduce la accidentalidad de la materia “papel”. Podría recordarse a ULPIANO, para quien las tablas del testamento pueden ser de madera, papel, pergamino, cuero o de cualquier otra materia, y “se llamarán rectamente tablas”, *tabulae recte dicentur*, aunque ya no sean de tabla (13). Esto es evidentemente cierto; pero aplicando lo que decíamos respecto al documento en general, para que una materia documental obtenga una difusión y, por tanto, una importancia real en la vida jurídica, ha de reunir una serie de condiciones apropiadas; y en este sentido, y con respecto al papel, se han venido señalando su economía; su duración, muy superior a lo que jurídicamente sería necesario; la reconocibilidad de las alteraciones que haya podido sufrir; las facilidades de su comunicación y archivo; y, muy especialmente, la posibilidad de su firma por los autores del documento y de las declaraciones. Firma que va a ser, quizá, la protagonista de esta comunicación; porque en la firma

(13) D,37.11.1: “*Tabulas testamenti accipere debemus omnem materiae figuram; sive igitur tabulae sint lignae, sive cuiuscunque alterius materiae, sive chartae, sive membranae sint, vel si corio alicuius animalis, tabulae recte dicentur*” (ULPIANO, lib. 39 Ad Edictum).

está la declaración escrita de la voluntad; “es” la declaración escrita de la voluntad negocial.

A esta materia, para que pueda ser materia documental, hay que incorporarla una *grafía*, de modo que el documento no es pura y simplemente una “cosa”, sino una *res signata*, una cosa a la que se han incorporado unos signos, como medio de exteriorizar los pensamientos documentados. En el Código, esta grafía documental parece “escrita”, ya que “documento” y “escritura” se toman con frecuencia como voces sinónimas; pero ello sólo, como adelantábamos, “en principio”, porque nuestro Código no presenta el radicalismo de otros Códigos extranjeros que le sirvieron de modelo, con rúbricas tales como “*De la preuve littéraire*” del Código francés, o “*Della prova per iscritto*” del Código italiano de 1865; o con normas como la del artículo 2.420 del Código portugués de 1867: “*Prova documental é a que resulta de documento escrito*”.

60

* * *

Pasando ahora al *documento informático*, se le señalan una serie de *ventajas* sobre el documento papel, especialmente la rapidez de su formación, suprimiendo las barreras del espacio y del tiempo; la inmensa capacidad de almacenamiento de la información; y su fácil transportabilidad, que se convierte en instantánea si de los medios físicos, como el disquete, pasamos a los telemáticos o a los electrónicos. El papel, como hemos dicho, no es una materia esencial del documento; cabe perfectamente el documento sin-papel (*paperless*), y por tanto el documento sobre un soporte informático. Tampoco se puede rechazar el documento informático en nombre de una escritura que en el Código no tiene carácter esencial, sin que sea preciso, por tanto, afirmar que se trata de un documento “escrito”, o de “una nueva forma de escritura”, expresiones que frecuentemente se encuentran en la doctrina; al fin y al cabo, el código binario

(1/0; Sí/No; On/Off) no deja de ser un conjunto de signos, que convierten al disco duro del ordenador en una *res signata*.

Hay sin embargo determinadas doctrinas que pondrían en entredicho esta admisibilidad inicial del documento informático como verdadero documento, aunque no afectaría, según dijimos, a su reconocimiento genérico como una realidad distinta, como prueba no documental.

Es frecuente predicar, por un lado, su *inmaterialidad*; por poner algún ejemplo, los juristas belgas, VALERIE y LUC WEYTS afirman que es un documento “desmaterializado” (14); se han creado “documentos totalmente inmateriales” (“*documenti del tutto immateriali*”), nos dice ZAGAMI, lo que supone el “paso de los átomos a los bits”, según expresión de NEGROPONTE que considera “feliz” (15). Si ello fuera cierto el documento informático no sería “cosa”, no sería “prueba real”, en una palabra, no sería “documento”; pero esa inmaterialidad, también proclamada respecto de los títulos valores, no deja de ser una metáfora; ha desaparecido una materia, un soporte, el papel, pero ha surgido otro soporte que recibe y memoriza los mensajes.

También se ha dicho, en cuanto a la grafía, que su esencia radica en *impulsos electrónicos*, que se transmiten de ordenador a ordenador; de manera que el documento no se encontraría ni en el ordenador del emisor del mensaje ni en el ordenador de su receptor, sino en los *bits* en que se ha fragmentado y trasmutado el lenguaje natural, y que el ordenador del emitente transmite al ordenador del destinatario por las vías satélite o telefónicas más variadas; citemos de nuevo a MIRABELLI: se dan “impulsos eléctricos emitidos y recibidos”, por lo que hay “contrato entre terminales” (16).

(14) WEYTS, Valerie, y WEYTS, Luc: “A room with a View: Du notaire classique au notaire électronique”, *Notarius International*, vol. 1, núm. 3, 1996, pp. 114.

(15) Conf. ZAGAMI, Raimondo: *La firma digitale*, Relazione al Convegno de Catania, 25.Ottobre.1996, “Diritto, Telematica e Amministrazione della Giustizia” [http://www.lex.unict.it/news/convegno/convegno25-10/zagami/relazione.hmt.](http://www.lex.unict.it/news/convegno/convegno25-10/zagami/relazione.hmt), conf. apartado 7, p. 5.

(16) MIRABELLI, *op. cit.* en nota 12, pp. 773 y 772 respectivamente.

Pero tales impulsos –en realidad ondas– afectan a mi parecer solamente al medio de transmisión del mensaje y desaparecen instantáneamente, de manera que el grafismo queda almacenado en las memorias de uno y de otro ordenador, en los soportes de sus discos duros.

Más discutible es el artículo 4.1 del Reglamento italiano: “El documento informático provisto de los requisitos prevenidos en el presente reglamento, satisface el requisito legal de la forma escrita”. Más prudente, la Ley modelo de UNCITRAL contiene una disposición semejante, pero la condiciona: “si la información que contiene es accesible para su ulterior consulta” (art. 6). Todo dependerá, en mi opinión, de la interpretación individualizada de las normas que contengan esa exigencia de forma.

Hay, pues, cosa y grafía; hay *corpus* documental, apto para convertirse en verdadero documento en cuanto sea asumido por una persona como su autor.

62

* * *

Pero, ¿qué tipo de documento es el documento informático? En una primera época estuvo muy difundida la doctrina que incluía los documentos informáticos entre las *reproducciones mecánicas*; todavía el artículo 5.2 del Reglamento italiano concede al documento informático (¡cumulativamente con la eficacia del documento privado!), la eficacia prevista en el artículo 2712 de su Código civil, el referente a “las reproducciones fotográficas o cinematográficas, las registros fonográficas y, en general, cualquier otra representación mecánica de hechos o de cosas”. Estas reproducciones mecánicas, que tampoco tienen naturaleza unitaria, son los documentos “directos” de la conocida clasificación de CARNELUTTI (17), que efectúan la representación (llamémosla así)

(17) CARNELUTTI, FRANCESCO: *Sistema di Diritto Processuale Civile, I, Funzione e composizione del Processo*, Padova, Cedam, 1936, p. 683.

del hecho documentado sin pasar por la mente humana; y los documentos informáticos son, por el contrario, claramente documentos “indirectos”, en los que la representación se verifica a través de un ordenador, que no reproduce mecánicamente, automáticamente, las informaciones que recibe, sino que las procesa de acuerdo con un programa.

* * *

Rechazada, con la doctrina dominante, la inclusión del documento informático entre las reproducciones mecánicas, urge determinar si se trata de un documento idéntico a los documentos papel hasta ahora existentes, o es un documento distinto, una nueva especie documental.

En la primera dirección entiende por ejemplo GALLIZIA que para definir el documento electrónico basta con añadir al concepto de documento (según él, “objeto físico destinado a conservar y transmitir informaciones mediante mensajes en lenguaje natural”) las palabras “realizado con la intermediación de funciones electrónicas” (18). Y así lo han declarado, en coincidencia literal, la XXIV Jornada Notarial Argentina y el III Congreso Notarial del Mercosur: “el documento electrónico reúne las mismas características que el documento tradicional” y “se le pueden aplicar todos los institutos del derecho positivo para juzgar respecto de su validez, eficacia y valor probatorio” (19).

Pero son más los autores que defienden la tesis opuesta, y a mi parecer acertada; el documento informático no es un documento como los demás, sino que es un documento de especial naturaleza, que requiere, para su actuación práctica, una regulación específica, sin la cual no puede alcanzar de hecho una aceptable seguridad y, por tanto, una apreciable difusión. Y lo prueba el que tal legislación tiende a

(18) GALLIZIA, *op. cit.* en nota 3, pp. 65 y 80.

(19) Conf. notas 7 y 8.

proliferar en los más diversos países, y donde no se ha dictado, se intenta suplir, como en España, por vía convencional; los textos vigentes, pensados para el documento-papel, aun con la más atrevida interpretación, no resultan suficientes para la utilización del documento informático, por lo que no cabe la eficaz introducción de éste por vía interpretativa. Otra cosa es que a este documento informático de especial naturaleza se le deban aplicar las categorías generales de documento privado o, si llegara el caso, de documento público; pero teniendo siempre en cuenta que no es un documento privado negocial de los del artículo 1.225 del Código, ni sería tampoco una escritura pública más; porque siempre persistirían diferencias entre documentos en papel y documentos informáticos. Señalemos brevemente algunos de sus *aspectos documentales más característicos*:

64

1. El documento informático permite, frente al de papel, una pasmosa facilidad de *alteración* sin dejar huellas; gran ventaja en las etapas de la negociación y de la redacción del documento, que se convierte en un inconveniente gravísimo si negocio y documento están ya ultimados. Pero junto a los soportes magnéticos, con esta característica, y que por ello el legislador debe rechazar, existen actualmente los CD ROM o CD WORM (Write Once Read Many), de memoria óptica, en que la alteración, casual o intencionada, de un solo *bit* (*binary digit*) es inmediatamente detectada.

2. Ya hemos indicado que el ordenador no reproduce exactamente el mensaje que recibe, sino que lo elabora con arreglo a un *programa*, y por tanto lo transforma; de aquí los riesgos de canales desconocidos, del llamado caballo de Troya ... que, junto a los piratas informáticos, introducen en el documento informático factores de inseguridad extraños al documento papel.

3. El documento informático, por otra parte, no es directamente *recognoscible*, carece de legibilidad por parte del destinatario, pues está escrito, por conservar esta expresión, en otro alfabeto, e incluso en otro lenguaje, un lenguaje no

natural –el lenguaje o lenguajes informáticos–, a la manera de los lenguajes jurídicos no naturales que describieron RAIMUNDO LULIO o LEIBNITZ. Claro es que los mensajes del disco duro podrán leerse en pantalla o impresos en papel, utilizando un ordenador; pero la diferencia no puede minimizarse, como hacen por ejemplo DEL VECCHIO, GALLIZIA y SILVIA MICCOLI (20), alegando que también muchas personas necesitan gafas para leer el documento escrito en papel, y que en otras épocas el analfabetismo era casi universal; el documento informático no podrá presentarse, ni en juicio ni fuera de él –al menos durante mucho tiempo–, en un alfabeto informático, sino trasfundido a lenguaje y alfabeto natural, en disquete o en papel; en este sentido distingue GAETE el documento electrónico, realizado con intermediación de funciones electrónicas, pero en lenguaje natural, y el documento informático, elaborado en lenguaje digital (21).

4. La pantalla en que el mensaje puede visionarse, la impresión en papel, y el mismo disquete, no son, evidentemente, originales, sino *copias*; y copias que no reproducen pura y simplemente el original del disco duro, porque también se interfiere el programa de salida del ordenador. Estas realidades no se pueden eludir, como hace con frecuencia la doctrina informática, calificándolas de “formalísticas observaciones críticas” (22) y atribuyendo a todos los ejemplares el carácter de original, lo que también produciría complicaciones jurídicas fáciles de imaginar, empezando por la determinación de si el original es el que está en el ordenador del remitente o en el del receptor.

5. Las *dificultades* se darán igualmente en el tráfico y en el proceso; el simple cotejo con su original de tales copias, o de las presentadas en disquetes, no podrá hacerse con la

(20) DEL VECCHIO, Benedetto: “Riflessioni sul valore giuridico della sottoscrizione elettronica”, *Rivista del Notariato*, 1991, pp. 977-94, especialmente p. 989; GALLIZIA, *op. cit.* en nota 3, pp. 81-82; Silvia MICCOLI, *op. cit.* en nota 2, núm. 7, p. 22.

(21) GAETE, *op. cit.* en nota 1, especialmente 2.^a, III, XIV, pp. 216-17.

(22) MICCOLI, Silvia, *op. cit.* en nota 2, núm. 4, p. 12.

sencillez del artículo 1.220 del Código civil; según indicó la STS de 30.11.1992 (se trataba de un video), “su utilización probatoria exige siempre la necesaria y precisa adveración y certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad que encuentra cauce procesal adecuado mediante el reconocimiento judicial, sometido a las reglas de procedimiento y valoración previstas”. En nuestro caso, este reconocimiento (que en muchos casos deberá extenderse al *input*, o entrada del mensaje en el ordenador, y no limitarse al *output* o salida del mismo) es tan técnico que pocos resquicios le quedan al juez para valorar conforme a las reglas de la sana crítica la actuación del perito informático, evidentemente indispensable.

Estos problemas, prácticamente insuperables, que presenta la verificación del documento informático al tiempo de su utilización, son los que han hecho pensar en la necesidad de una especie de verificación previa, en el mismo origen del documento, a la manera de lo que sucede con la escritura pública frente al documento privado; es lo que los juristas norteamericanos denominan “notarization and non repudiation” y el Reglamento italiano “validazione”.

* * *

Llegamos al núcleo de nuestro tema. El receptor de un mensaje electrónico necesita tener seguridad no sólo de la integridad de su texto, sino muy especialmente de la identidad de la persona que se lo ha enviado; sin ambas seguridades, la objetiva y la subjetiva, el mensaje no servirá de vehículo adecuado para el tráfico jurídico en redes abiertas y quedaría supeditado a casi imposibles verificaciones si hubiera que llegar a la vía judicial.

La determinabilidad del originador del mensaje ha sido, en efecto, un problema que siempre ha preocupado a los especialistas de la informática. Poca seguridad ofrecían los sistemas de control del acceso a los sistemas informáticos, como puedan ser el número de identificación personal (Per-

sonal Identification Number, PIN), de tan buen resultado en las tarjetas de crédito y en otros campos, o bien las palabras de paso (Passwords). También se habían propuesto firmas biométricas, que incorporaran huellas digitales u otros datos personalísimos del usuario, como la impresión de los vasos sanguíneos de su retina; pero estas firmas biométricas, que parecen incontestables, se pueden copiar, y ser reutilizadas en otros documentos.

En busca de esta seguridad en la identificación del sujeto emisor, el comercio electrónico a distancia se ha decantado al fin por la *codificación o cifrado* de sus mensajes, en aplicación de las técnicas criptográficas, que en un principio sólo pretendían el secreto de las negociaciones y de los documentos y la seguridad de que el texto no había sido alterado. Dos son los fundamentales sistemas, el simétrico, o de clave única, y el asimétrico, o de pareja de claves, una pública y la otra privada, indisolublemente ligadas. Considero más adecuada esta palabra “clave”, frente a la de “llave”, que también se usa, y que evoca necesariamente un instrumento material.

En el *sistema simétrico*, (Data Encryption Standard, DES), una misma clave sirve para codificar el mensaje y para descodificarlo, volviéndolo a su expresión en lenguaje natural; quíerese decir que el destinatario del mensaje tiene que conocer previamente la clave a fin de descifrarlo, o es preciso enviársela, con los consiguientes riesgos; de aquí su limitación práctica a redes cerradas, con buenos resultados, que incluso se han intentado mejorar mediante la aplicación de claves distintas por tramos del mensaje, como ocurre con el sistema *triple Des*.

En el *sistema asimétrico* cada usuario tiene un par de claves, indisolublemente unidas; una clave es “pública” (Public Key), se inserta en relaciones o “guías” como las de teléfonos y, por tanto, puede ser conocida por cualquiera; la otra clave es “privada” (Private Key), y sólo es conocida por su titular. El carácter asimétrico de la criptografía consiste en

que ambas claves actúan en sentido inverso, de manera que si una de estas claves ha sido utilizada para codificar un mensaje, éste sólo podrá ser descifrado por la clave pareja de la misma persona, y no por ninguna otra clave, ni siquiera por aquella misma clave con que se codificó. El oferente de un contrato, para poner un ejemplo, cifra su texto con la clave pública del posible aceptante, y éste le descodifica con su propia clave privada.

La idea, aplicada en sentido contrario, es la que ha dado origen a la llamada *firma digital*, texto que el emisor del mensaje —o de la declaración— codifica con su propia clave privada, y que por tanto sólo podrá descodificarse por el destinatario con la clave pública del mismo emisor. La llamada firma digital propiamente dicha no consiste, por tanto, como a veces se insinúa o se dice, en la clave privada del emitente; tampoco es que esta clave se ponga al pie del texto documental, a manera de firma o suscripción; en la firma digital al pie del texto contractual no se pone nada; la clave privada es, sencillamente, una clave, una larga serie de dígitos alfanuméricos (letras y números), al menos un centenar, que sirve, como tal clave, para codificar la totalidad del texto o solamente un resumen (*abstract*) del mismo, efectuado por el ordenador, con lo que se pretende garantizar, además, la autenticidad del resto del texto no codificado, por congruencia con dicho resumen; también cabe que el originador del mensaje codifique con su clave privada solamente el certificado expedido por la autoridad de certificación de que luego hablaremos, certificado que estará cubierto por el código “Hash” y representado, por tanto, por un valor numérico o cadena de datos. La firma digital, repetamos, no es la clave privada del originador del mensaje, sino el resultado de aplicar esa clave al texto que se va a codificar; la firma digital es, pues, el texto cifrado resultante; con la consecuencia de que la firma digital de una persona, lejos de ser siempre la misma, es distinta en cada mensaje cifrado con ella, pues no solamente depende de la

clave que cifra, sino también del texto del mensaje al que la clave se aplica.

Claro es que existen, según hemos visto, otras firmas electrónicas que se ponen al pie del mensaje, y que pueden inducir a confusión. Lo mismo que cabe combinar el cifrado simétrico con el asimétrico de firma digital. Pero la que hemos descrito es la que se conoce en sentido estricto por "firma digital"; el Reglamento italiano la define en estos términos: "el resultado del procedimiento informático (validación) basado en un sistema de claves asimétricas por parejas, una pública y otra privada, que permite al firmante por medio de la clave privada y al destinatario por medio de la clave pública, respectivamente, hacer manifiesta y verificar la proveniencia y la integridad de un documento informático o de un conjunto de documentos informáticos" (art. 1.1.a).

Se ha creído resolver así uno de los aspectos más problemáticos del documento informático, el de su firma. El documento informático adolecía, frente al documento en papel, de la imposibilidad de ser firmado; "todavía no se ha encontrado un equivalente funcional de la firma", escribía en 1956 RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS con referencia al disco fonográfico y a la escritura Braille (23); lo mismo le venía ocurriendo al documento informático; ¿se ha encontrado al fin el camino?

* * *

La firma tiene en el documento, según la clásica formulación de CARNELUTTI, una función indicativa y una función declarativa; la primera de ellas se desdobra en la mera indicación y en la certificación de veracidad de esa indicación (24).

(23) NÚÑEZ-LAGOS, "Concepto y clases de documentos", *Revista de Derecho Notarial*, XVI, abril-junio 1957, p. 21; *Estudios de Derecho Notarial*, I, p. 285.

(24) CARNELUTTI, FRANCESCO: "Studi sulla sottoscrizione", en *Studi di Diritto Processuale*, III, pp. 227-79, especialmente núms. 3, 5 y 6.

Pero, como vamos a ver, la verdadera función de la firma es la declarativa.

Los documentos, en efecto, indican generalmente a su autor (y a las demás personas intervinientes) en el cuerpo de los mismos, especialmente en su comienzo (*inscriptio, praescriptio*), y no lo hacen en un final (*subscriptio*), que por la multiplicidad de los firmantes de un documento y por la ilegibilidad de sus firmas resulta cada vez menos adecuado, a no ser que se adicionen a la firma, en general se pongan encima de ella (antefirma), otras expresiones aclaratorias. La firma no tiene esencialmente, pues, en los documentos en papel, esa *función indicativa* que, por el contrario, suele atribuirse al documento informático de firma digital: al descifrar el texto con la clave pública de una persona, queda indicado que esta es la persona de quien procede el texto, puesto que sólo ha podido criptarse con la clave privada que forma pareja con esa clave pública que le ha descifrado, y sólo esa persona la conoce; la autoría del documento informático resulta así indicada; y al mismo tiempo, el texto del mensaje, congruente con su resumen, queda también objetivado, sellado, sin posibilidad de alteración.

70

Pero la indicación del autor es insuficiente, porque podría no corresponder a la verdad; es necesaria la prueba de la veracidad de la indicación y nada mejor, dadas las dificultades de la prueba *a posteriori*, que sea el documento mismo el que aporte esa prueba, certificando la veracidad de su firma, sin tener que acudir a medios de prueba extradocumentales; y así lo verifica el documento en papel –se dice–, por medio de la firma. La firma no se limitaría, pues, a “indicar” la persona del firmante, sino que tendría una *función certificante* de la veracidad de esta indicación. La doctrina que promueve el documento informático suele considerar esencial esta función indicativa; la firma, sería “en sustancia, (de) un medio de prueba del autor del documento” (25), que

(25) MICCOLI, Silvia, *op. cit.* en nota 2, núm. 3.2.1, p. 10.

habría encontrado en la firma digital una especial seguridad, con un margen de error, según he leído, de un 0,03%, que parece inferior al que pueden proporcionar nuestras firmas en papel, de más fácil falsificación.

No es de extrañar el alborozo con que fue recibida en medios informáticos la firma digital, y quizá ello explique también su anómala denominación. Sin embargo, el documento informático no cubre esta función de certificación, ni podría hacerlo, pues por cifrado que esté continúa siendo un documento privado sin ninguna intervención pública; la firma digital se limita a indicar quién es el autor del mensaje, por un complicado camino, pero la certidumbre de su autoría no proviene de la firma digital y de las guías comerciales en que se ha publicado, sino de aquel certificado expedido por la autoridad de certificación; si el documento informático mismo certificara su autoría nadie habría imaginado tales autoridades de certificación.

71

Pero no insistiré demasiado en ello, porque en el documento privado en papel la firma no tiene función certificante alguna —ni la podría tener, ya que el documento es privado—, sino que sirve de medio de prueba de la autenticidad del documento, con actuación supletoria, para el supuesto de que “se niegue por la parte a quien perjudique o se ponga en duda la autenticidad de un documento privado”, que es cuando puede pedirse “el cotejo de letras” conforme al artículo 606 de la Ley de Enjuiciamiento; las “letras” que sirven para el “cotejo” serán precisamente las letras de la firma, y muchas veces sólo ellas. En cuanto a los documentos públicos, la firma no es medio de prueba de su autenticidad, que se establece por la fe pública del documento, sino al contrario, eventualmente es medio de prueba de su falseamiento.

La verdadera función de la firma es, según adelantábamos, la *función declarativa*, tan frecuentemente desapercibida por resultar enmascarada en el requisito de la manuscritura. La firma declara muchas cosas; declara que aquello es un

documento, y no un proyecto o borrador, puesto que no hay documento sin autor; declara, al ser suscripción, que el documento está terminado, a la manera de la *completio* de los tabeliones; declara que el firmante asume como propio el documento, y lo aprueba y confirma, en el concepto (otorgante, testigo, etc.) y en la medida que el mismo documento establece: no cabe calificar de “propia” la firma del otorgante, y por tanto de impropias todas las demás, incluida la del notario; todas las firmas son “propias”, pero tienen el sentido que el documento fija, y que no resulta de la firma misma, sino del texto documental. La firma, sobre todo, no se limita al documento, pues principalmente se firma su contenido, las expresiones o declaraciones que el firmante efectúa mediante el documento, y por tanto en los documentos negociales cubre simultáneamente el negocio y el documento; como dice DEL VECCHIO, la firma “constituye el punto de confluencia de la actividad negocial y de la actividad documental”, “es un elemento esencial del negocio y del documento” (26).

Los otorgantes declaran con la firma su voluntad en los términos expresados en el texto negocial contenido en el documento; en efecto, en los documentos “escritos”, la voluntad se declara también “por escrito”, por medio de la firma; la firma “es”, según al principio decíamos, la declaración de una voluntad, cuyo contenido fija el texto documental; sería contradictorio que en los documentos “escritos” no se pudiera hacer “por escrito” la declaración de la voluntad, y tuviera que verificarse oralmente. Por eso, si acudimos a la historia, veremos que la exigencia de la firma aparece precisamente al regularse el documento por escrito, *in scriptis* (ley *Contractus* de Justiniano, año 528; CJ, 4.21.17, II, 3.23.pr.) y entre nosotros lo hará la Pragmática de Alcalá de 1503, cuando el escribano “haya de escribir y escriba por extenso” negocio y documento. Y como la de-

(26) DEL VECCHIO, *op. cit.* en nota 20, pp. 982 y 983.

claración de la voluntad es un acto personalísimo, que ha de realizar “personalmente” el declarante, la firma por la que se efectúa esa declaración tiene que ser un acto personal del firmante, supone una actuación física, corporal, del firmante mismo, y precisamente por ello que tiene que ser “manuscrita”.

Estas consideraciones sobre el valor de la firma como declaración de voluntad aparecen con toda claridad en relación con los documentos privados, en los que la esencialidad de la firma es tal que en el Derecho francés se la lleva a la denominación misma de esta clase de documentos, *actes sous seing privé* (arts. 1322 y ss. del *Code*). En nuestro Derecho, la necesidad de la firma en el documento privado se deduce ya del artículo 1.223 del Código, que exige, para que la escritura defectuosa tenga por conversión el concepto de documento privado, que “estuviese firmada por los otorgantes”; el artículo 1.225, menos abiertamente, requiere para la eficacia documental del documento privado que esté “reconocido legalmente”, pero los artículos 1.226 y siguientes del Código y 604 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil no exigen para ello que se reconozca el documento mismo, como sería lógico, sino que se reconozca su firma; “reconocida la firma, quedará preparada la ejecución, aunque se niegue la deuda”, concluye el artículo 1433.1 de la Ley de Enjuiciamiento para el juicio ejecutivo, sin perjuicio de que la cuestión pueda luego plantearse en el declarativo; la necesidad de la firma resulta patente. Y esta necesidad proviene de su función declarativa, proclamada por los clásicos; MASCARDO: “el que firmó un escrito se entiende que lo ha aprobado”; MENOCHIO: “toda la fuerza de la aprobación se encuentra en la firma”, y de forma más terminante, “el consentimiento se emite por la sola misma firma” (27).

(27) MASCARDO: “*Is, qui scripturam aliquam conscripsit, ipsam approbare videtur*” (“*Conclusiones omnium probationum quae in utroque Foro quotidie versantur*”, Augustae Taurinorum, Volumen Tertium, M DC XXIII, folio 90v). MENOCHIO: “*Tota vis approbationis in subscriptione sit*” (núm. 9,I-434); “*Consensus elicitor in sola*

Ni que decir tiene que lo mismo ocurre en la escritura pública, porque el notario no escribe una declaración de voluntad que le han hecho oralmente los otorgantes, sino que éstos declaran por sí mismos y por escrito en la escritura, firmándola ante el notario; y el notario también la autoriza por escrito, “signando, firmando y rubricando”, que dice el artículo 196.2 del Reglamento Notarial.

74 No son concluyentes, pues, los argumentos de contrario, referentes a las épocas de analfabetismo casi total, en que la declaración de voluntad tenía que ser oral; ni son decisivos los supuestos legalmente admitidos de documentos sin firma, como los de los artículos 1.228 y 1.229 del Código civil, o el tan llamativo de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, porque se trata de documentos probatorios, no de documentos negociales; bien claro es el artículo 11.º de la citada Convención: “El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos”. “Las pocas referencias de la Convención a la «forma escrita» —comenta HONNOLD—, no exigen firma ni ningún otro signo o marca de validez” (28). En los documentos negociales, por el contrario, no hay ni puede haber “relativización” o “crisis” de la firma.

Si la firma requiere, pues, una actuación física personal del firmante, una actuación corporal del mismo, *la llamada “firma digital” no es firma*, ni es posible idear una verdadera firma para el documento informático, porque la finalidad de éste precisamente consiste en permitir a los usuarios una actuación a distancia. La clave privada, en el caso de firma

ipsa subscriptione” (núm. 14, I-435); (“*De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis Commentaria*”, Genevae, Sumptibus Leonardi Chovet et Sacii, Tomus Primus, MDCLXXX, Liber Tertius, Praesumptio 66).

(28) HONNOLD, John O.: *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales* (Convención de Naciones Unidas de 1980), Edersa, 1987, p. 641; las palabras citadas, en p. 127.

digital, puede ser utilizada para la criptación del texto por un tercero, con o sin el consentimiento de su titular: personas de su entorno en las que ha depositado su confianza, o que han memorizado, al usarse en su presencia, no ya los innumerables dígitos de la clave privada misma, lo que sería imposible, sino los poquísimos que permiten el acceso a ella a través de un PIN o de un "password". Para que la firma digital valiese como firma habría que demostrar que fue el titular mismo quien utilizó la clave privada; y como esta prueba es imposible, la firma digital no puede considerarse declaración de su voluntad. Se dirá que el titular resulta *responsable (liability)*, por no haber guardado la debida diligencia en la custodia de su clave privada; pero la indemnización de unos daños y perjuicios, aunque se tratara de una responsabilidad objetiva, es algo totalmente distinto del vínculo contractual; las obligaciones contractuales no pueden nacer de una negligente custodia, sino *ex contractu*, de una declaración de voluntad. Aceptar esa función de la firma digital sería basar toda la teoría del contrato, todo el tráfico jurídico, en la responsabilidad civil, y no en la voluntad y en su declaración. Este es el más trascendente, aunque no el único problema sustantivo que presenta el documento informático; pensemos sobre todo en las cuestiones originadas por la normal *distantia loci* de las partes, con todas sus implicaciones, empezando por la determinación del Derecho aplicable y del Tribunal competente; alejamiento que es real cuando uno de los contratantes, por ejemplo, está en Madrid y el otro en Nueva York, aunque se oiga a veces decir que el contrato informático es siempre un contrato entre presentes; lo cierto es que la raíz de todas las inseguridades de los contratantes por medios informáticos se halla en ser personas alejadas, desconocidas, de distintos idiomas, Derechos y costumbres.

¿Qué es pues, en realidad, esa llamada "firma digital"? SILVIA MICCOLI denunció sin ambages "la impropia denominación" de firma digital; "llamar al algoritmo que identifica

al autor del mensaje electrónico firma digital o firma electrónica es impreciso, y posible fuente de equivocaciones”; y concluye: “la firma digital corresponde perfectamente a la impronta del sello”, y debe llamarse “*rectius*: sello electrónico”; o como dice GAETE “*sigillum informaticum*” (29). Y ciertamente la aplicación de la clave privada al mensaje es un sello. No en vano el documento informático ha surgido en el mundo anglosajón. “A ningún Notario se concederá autorización para signar ni firmar con estampilla”, dice el artículo 196.3 del Reglamento Notarial; la firma con estampilla no es una firma, es un sello, que pudiera haberse utilizado por un tercero; y el signo notarial, a pesar de su denominación, no es un sello, sino la parte notarial de la firma, y por ello tiene que ser también manuscrito.

76

Se puede argumentar, sin embargo, que el “documento sellado” —que no otra cosa es, pues, el documento informático con la mal llamada firma digital—, ha estado muy difundido en los más diversos tiempos y lugares. Pero en realidad fueron los sellos públicos los que verdaderamente tuvieron eficacia, quizá porque su custodia resultaba bien garantizada, política y penalmente; ellos fueron los que entre nosotros dieron lugar a los documentos auténticos, sellados con sello de Rey o de autoridad, del Fuero Real (2.9.8) y de las Partidas (3.18.1); por el contrario, el fracaso de los sellos privados se remonta al mismo Derecho romano según ponen de relieve, para el testamento, los textos de ULPIANO, que exige que el testigo adscriba *nomen suum*, su propio nombre, a su sello, y de PAULO, para quien el testigo tiene que anotar, *proprio quirographo*, de su propia mano, quién es él y de quién es el testamento que ha sellado (30); el sello,

(29) MICCOLI, Silvia, *op. cit.* en nota 2, pp. 29 y 31. GAETE, *op. cit.* en nota 1, I, p. 263 y nota 724.

(30) ULPIANO, lib. 39 ad Edictum: “*Si quis ex testibus nomen suum non adscripserit, veruntamen signaverint, pro eo est, atque si adhibitus non esset; et si, ut multi faciunt, adscripserit se, tamen non signaverit, adhuc tamen dicimus*” (D, 28,1.22.4). PAULO, lib. 3 Sententiarum: “*Singulos testes, qui in testamento adhibentur, proprio quirographo adnotare convenit, quis et cuius testamentum signaverint*” (D, 28.1.30).

por sí solo, había resultado insuficiente; a su alrededor había comenzado a formarse la firma. Sería preciso, pues, un riguroso control de estos sellos privados, como el que en otros países se pretendió con la delegación del sello del Rey en el notario, respecto de los instrumentos públicos; control que en el documento informático se pretende realizar a través de la autoridad de certificación.

* * *

El sistema de documento informático ideado, en efecto, no puede funcionar por sí mismo, de manera autónoma; necesita de organismos en que apoyarse; la máquina llama en su auxilio al hombre. Así ha surgido, en la ABA, la Asociación Norteamericana de Abogados, el llamado *Proyecto CyberNotario*.

Se precisa, claro es, aunque sólo fuera por razones económicas, un Tercero Proveedor del Servicio (Third Service Provider, TSP), que pone a disposición de los usuarios el campo electrónico en que van a encontrarse, con tendencia a una globalización acorde con la marcha de la economía, y con los consiguientes riesgos monopolísticos, en el ámbito de los bienes y servicios, y también en el de las ideas; el más conocido, *Internet*, es utilizado hasta ahora entre nosotros más como valla publicitaria que como mercado.

Pero además resulta necesario un Tercero de Confianza de las Partes (Trusted Third Party, TTP), “tercero” en cuanto a las partes y también respecto del Proveedor del Servicio, con lo que se excluye de entrada a las compañías de “software”, que serían las más dispuestas a ofrecerse. Pero más que de un “Tercero” se trata, como anticipábamos, de una verdadera “Autoridad”, y así se denomina, Autoridad de Certificación (Certification Authority, CA). Su misión primaria consiste en certificar que determinada clave pública pertenece a una persona y que se encuentra vigente; y para ello generar, distribuir y controlar las parejas de claves.

Cada persona podría, en teoría, generarse su propia pareja de claves, pública y privada, si su ordenador está dotado del adecuado programa para ello; pero así peligraría la seguridad del sistema, al no poderse garantizar la inexistencia de pares de claves idénticas a nombre de personas distintas, y por la posibilidad de que la misma persona obtuviera varios pares de claves (lo que puede ser lícito para finalidades o negocios diversos), insertando incluso las claves públicas en las guías de claves a nombre de terceras personas, reales o supuestas. Aparte de estas funciones primarias, los certificados pueden ampliarse, para consignar por ejemplo el día y hora del intercambio de mensajes (*time stamping machine*), y para garantizar la mayoría de edad, capacidad, facultades de representación y cualquier circunstancia del expedidor del mensaje que se considere de relevancia jurídica para la validez del contrato informático realizado. Incluso se pretende a veces la extensión del certificado a datos de relevancia económica, como pueda ser información sobre la solvencia de las partes o de alguna de ellas, a la manera de lo que ocurre entre nosotros con los informes bancarios.

¿Quién puede ser esa autoridad de certificación? Los norteamericanos, y especialmente la ABA, la "American Bar Association", se dieron enseguida cuenta de la insuficiencia de sus notarios para llenar este cometido; en realidad en Norteamérica no hay sistema notarial, sino sistema documental, de documento privado, al que puede o debe añadirse una diligencia de reconocimiento (*acknowledgment*), por el que la persona que ha firmado un "deed" u otro documento declara ante un oficial autorizado, generalmente un "notary public", que la firma es suya y que lo ha firmado libremente; el "notary public" identifica al reconocedor, y firma y sella la diligencia; sólo se le exigen dos requisitos, honorabilidad y "no saber" Derecho. Por esta radical insuficiencia jurídica, la ABA inició ese proyecto conocido por el nombre, un tanto chocante, de Cybernotario, lanzado en la reunión como una broma, pero que pronto fue aceptado,

e incluso registrado para evitar cualquier tentativa de una sociedad de ordenadores; nos dice MARIO MICCOLI, asistente según vimos a la citada reunión, que se trataba de “la posible introducción en Estados Unidos de un profesional que, por un lado, estuviese dotado del poder de certificación que en la actualidad por parte de cada Estado se otorga al “Public Notary” y, por el otro, estuviese dotado de la cultura jurídica propia de un Abogado que ha aprobado los exámenes de admisión en la “Bar” y que, además, estuviera dispuesto a asistir a cursos de actualización, tanto en materia informática como en materia notarial (entendiéndose por ella la de tipo latino)” (31); la no repudiación venía a exigir una cierta notarificación. El proyecto comenzó a marchar inmediatamente, creándose dentro de la ABA, en la sección que supervisa las especialidades, una nueva especialidad, la de “*cybernotary*”, e iniciándose la promoción de la idea por los diversos Estados; y donde no se ha conseguido una legislación, se ha acudido al acuerdo de las partes, mediante el correspondiente “agreement”, sistema recomendado en el Tratado de la NAFTA.

La idea, sin embargo, se va complicando. Porque la autoridad de certificación, para ser de la confianza del usuario, tiene que ser libremente elegida por éste; pero como no puede reducirse a facilitar la contratación informática entre sus clientes, tendrá que conexionarse con otras autoridades de certificación, a fin de expedir certificaciones cruzadas (cross certification), y esta certificación en cadena (certification chain) conducirá necesariamente a una autoridad de certificación superior (Superior Certification Authority) (32).

(31) MICCOLI, Mario, *op. cit.* en nota 4, p. 134. Véanse también en *Notarius International*, 1996, vol. 1, núm. 3, los trabajos de BARASSI, Theodore S.: “The CyberNotary: Public Key Registration and Certification Services for International Electronic Commerce”, pp. 105-12, y KENNAIR, William: “The Concept and Development of the CyberNotary”, pp. 121-29. El primero es abogado norteamericano y el segundo *Scrivener Notary* de Londres.

(32) Conf. MICCOLI, Mario: *Commercio telematico: una nuova realta' nel campo del diritto*, <http://www.notariato.it/forum/rbogot.htm>; pp. 7 y 8 de 12; 27.11.1997.

En los países de notariado latino se recibió con satisfacción esta toma de conciencia, por parte de los Estados Unidos, de la insuficiencia de sus notarios y de la inferioridad de su sistema respecto al notariado de tipo latino. Y como es lógico pronto se pensó, en general sin mayores análisis, que nadie mejor que los notarios para asumir las funciones de autoridad de certificación. Destaquemos, por su rotundidad y por la labor que le ha sido confiada en la Unión Internacional del Notariado Latino, a MARIO MICCOLI que en un reciente trabajo afirma que “difícilmente se lograría compendiar más felizmente y más sucintamente (“la figura del notario latino”) que indicándole como *un sujeto de confianza de la sociedad dotado de terceraidad y poderes de certificación*, indicando por tanto los elementos que según la opinión prevalente deben ser propios de la *Certification Authority*”; “el notario, que deriva su propia autoridad certificante del Estado sin compartir con él los vicios de la ineficacia, parece el candidato más idóneo para cubrir el papel de suprema autoridad certificadora, nacional e internacional” (33).

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que autoridad de certificación y notario en manera alguna se identifican, aunque tengan algunas tareas comunes; el notario tiene otras funciones más amplias, de determinación de la voluntad de los otorgantes, información y consejo, redacción y adecuación, ajenas totalmente a esas autoridades de certificación nacidas —no se olvide— en el ámbito del Derecho norteamericano; pero la autoridad de certificación tiene también funciones que actualmente no competen al notario latino, algunas de las cuales, quizá, no le sea posible asumir.

Una posición más matizada, en consecuencia, es la mantenida por VICENTE DE PRADA; debe atribuirse al notario la competencia para recibir “la declaración de voluntad del

(33) MICCOLI, Mario, *op. cit.* en la nota anterior, pp. 7 y 9 respectivamente.

titular de una firma digital, asumiendo la obligación de quedar obligado por aquellos documentos cuya firma pueda ser comprobada mediante el uso de una llave pública determinada”, y verificándolo precisamente en escritura pública, pues implica prestación de consentimiento y están implicados problemas de capacidad y representación que no pueden resolverse en acta notarial. “Una cuestión que resulta dudosa –añade– es la de que hasta qué punto debe llegar la implicación notarial en el sistema. ¿Debe limitarse el notario a autorizar la escritura donde se recoja la voluntad del individuo de asumir la firma digital?, o ¿debe también el notario expedir un certificado digital en formato electrónico?, o, ¿debe también encomendarse al notariado la llevanza y mantenimiento del registro de firmas digitales a que antes me refería?” (34). Es discutible si podría autorizar esa escritura pública y la de su revocación; e incluso generar la pareja de claves, para asegurar el secreto de la clave privada, organizándose por el notariado un registro a la manera del de Actos de Última Voluntad. Pero prefiero mantenerme, y más en esta casa, en términos generales, y sin perder de vista que los notarios estaríamos sirviendo de soporte a la documentación privada, y por tanto fomentándola, cuando nuestra misión es redactar y autorizar documentos públicos; recordemos que el documento informático es un documento privado; y que también es documento privado el certificado expedido por una autoridad de certificación que no sea un funcionario público (art. 1.216 C.c.).

* * *

Una situación intermedia entre el documento privado y el documento público, en alguna medida análoga a la que pretende el certificado de la autoridad de certificación, es la de la legitimación de firmas que ha intentado el Reglamen-

(34) PRADA GUAITA, Vicente de, *op. cit.* en nota 9, núm. 8, “Encaje del documento informático y el Notariado Latino”, pp. 32 y 33 respectivamente.

to italiano de 1997. El artículo 2.703 del *Codice civile*, recogiendo lo que ya decía el anterior Código de 1865, dispone que “se tiene por reconocida la firma (de un documento privado) autenticada por notario o por otro oficial público autorizado para ello”, por haber sido puesta en su presencia. El citado Reglamento de 1997, con esta base, dispone en su artículo 16 que “se tiene por reconocida, en los sentidos del artículo 2.703 del Código civil, la firma digital cuya aposición está autenticada por notario o por otro oficial público autorizado” (núm. 1), y que “la autenticación de la firma digital consiste en la atestación, por parte del oficial público, de que la firma digital ha sido puesta en su presencia por el titular, previo accertamiento de su identidad personal, de la validez de la clave pública y del hecho de que el documento suscrito responde a la voluntad de la parte y no está en contraste con el ordenamiento jurídico en los sentidos del artículo 28, número 1, de la ley de 16 de febrero de 1913, n. 89” (núm. 2), esto es, de la Ley italiana del Notariado; con este último inciso el precepto entiende salvar los dos pilares del ordenamiento notarial italiano, y de todo el notariado latino, el artículo 47.3 (“*Spetta al notaio soltanto d’indagare la volontà delle parti e dirigere personalmente la compilazione integrale dell’atto*”), y el artículo 28 (“*Il notaio non può ricevere atti: 1) Se essi sono espressamente prohibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all’ordine pubblico*”). Una disposición semejante no sería admisible entre nosotros al faltarle su base en el Código; según hemos visto, el reconocimiento legal del documento privado, conforme al artículo 1.225 de nuestro Código civil, es exclusivamente judicial, y al notario sólo le están abiertos dos caminos, la elevación a público del documento privado conforme al artículo 1.218, o la escritura de reconocimiento con arreglo al artículo 1.224; no la simple legitimación de firmas. Pero tampoco creemos pueda obtener aplicación en Italia, y no porque la firma digital no sea firma, lo que no impediría otra variedad de autenticación,

sino porque la firma digital no se lleva a cabo mediante la clave pública, sino mediante la clave privada del signante, y ésta es secreta, desconocida también para el notario ante quien se aplica; así lo pone de relieve el mismo Reglamento italiano, que al permitir el depósito en el notario de la clave privada de una persona, advierte que el depósito se hará “en forma secreta”, de manera que el soporte en que la clave privada esté registrada se entregará por el depositante al notario “en un envoltorio sellado de manera que las informaciones no puedan ser leídas, conocidas o extraídas sin roturas o alteraciones” (art. 7); no se me alcanza tampoco qué finalidad puede tener el depósito de una clave privada, secreta.

* * *

Nos queda, para terminar, el examen de la posibilidad más radical, que el documento informático sea formalizado notarialmente, dando origen a un *instrumento público notarial informático*, de un documento que sea al mismo tiempo documento informático y escritura pública notarial; de manera que según las necesidades de los diversos sectores del tráfico jurídico y la rogación de los otorgantes, la escritura pública pudiera otorgarse y autorizarse en papel o informáticamente.

La posibilidad del otorgamiento informático de la escritura pública ha sido defendida recientemente por el notario chileno, GAETE, en una amplia y documentada tesis doctoral que repetidamente hemos citado, trazando además su teoría general: “si se cumplen los múltiples requisitos que la ley exige para que exista un instrumento público —requisitos de ser—, y además para que pueda ser tenido por tal —requisitos de validez—, no existe inconveniente para que el *informático* pueda ser tenido por tal” (35).

(35) GAETE GONZÁLEZ, *op. cit.* en nota 1, 2.ª parte, capítulo IV, apartados XXI, “En torno a la elaboración de una teoría general del instrumento informático.

Ahora bien, ello exige, ante todo, que se designe al notario como “*autoridad certificadora* y ministro de fe en las actuaciones informáticas”; “si así no fuera”, “sería imposible contar con un instrumento público, y solamente deberíamos remitirnos a la existencia de un simple documento privado” (36). El notario atenderá a sus deberes de información y control de legalidad, se cumplirán en esencia todos los requisitos formales del instrumento público; se procederá al otorgamiento y autorización; y al archivo informático de la matriz, y la expedición de copias por vía telemática.

El estudio de GAETE es muy detallado e imposible de resumir, y como es lógico en materia tan erizada de dificultades, hay afirmaciones que no puedo compartir. Veamos sobre todo su “replanteamiento de la teoría de la visualidad”: “lo que se requiere es la visión física de la persona, *que hable a la vista* del Notario, que manifieste su consentimiento delante de él; pero este *delante de él*, hoy es posible realizarlo sin que el interesado esté materialmente presente. En el caso más extremo, de las video conferencias, la persona estará eventualmente delante de él, pero situado a miles de kilómetros de distancia. Creemos que no hay nulidad ninguna en que en tal forma se exteriorice el pensamiento y por ende el consentimiento, ya que el oficial fidei-dante realmente lo estará viendo *directamente*, y por ello, su actuación será válida, con la constancia debida acerca de tal hecho. La vieja fórmula no habrá variado, y continuará siendo *de visu et auditu suis sensibus*”. (37). No parece, sin embargo, que se pueda dar fe de una realidad *virtual*, que será lo que quiera, pero que no es una realidad. Pero la cuestión tiene todavía más profundidad, porque si cada una

¿Documento público o privado?”, XXII, “Fuentes del instrumento informático”, XXIII, “El instrumento público informático”, y XXIX, “Sistemas de Archivo y de reproducción de los instrumentos públicos informáticos”. Las palabras citadas en pp. 291, 45-46 y 223 respectivamente.

(36) GAETE, *op. cit.*, pp. 300 y 301.

(37) GAETE, *op. cit.*, p. 223.

de las partes tiene que comparecer personalmente ante el notario, parece que se habrán esfumado las principales ventajas del documento informático, concebido para la contratación a distancia; sin perjuicio de la confección informática de otros documentos notariales.

EL NOTARIO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (*)

VICENTE L. SIMÓ SANTONJA

Notario

87

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. **1.** GARANTÍA NOTARIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES **2.** EL NOTARIO COMO JURISTA, ENTRE EL DERECHO VIGENTE Y EL DERECHO EFICAZ. **2.1.** Preliminares sobre el Derecho. **2.1.1.** *Orden social y orden jurídico.* **2.1.2.** *Derecho, seguridad y justicia.* **2.1.3.** *Concepción normativa del Derecho. Tendencias actuales.* **2.2.** Ciencia jurídica. **2.2.1.** *Concepto y funciones de la ciencia jurídica.* **2.2.2.** *El trabajo del notario: aplicación y creación del Derecho.* **2.2.3.** *Metodología notarial en la ciencia jurídica.* **2.3.** Sociología jurídica. **2.3.1.** *Concepto de la sociología jurídica.* **2.3.2.** *Sociología jurídica y sociologismo jurídico.* **2.3.3.** *El Derecho*

(*) Publicado en *XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires (Argentina), 1998, Ponencias del notariado español, Tema II. Consejo General del Notariado, 1998.*

y la realidad social. 2.3.4. *La función social del notario*. BIBLIOGRAFÍA. CAPÍTULO PRIMERO: LOS DERECHOS Y EL DERECHO. 1. CONCEPTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 2. NOTAS HISTÓRICAS DE LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 2.1. Grecia. 2.2. Roma. 2.3. Edad Media y Edad Moderna. 2.4. Las primeras declaraciones de derechos humanos o fundamentales. 2.4.1. *Declaración de derechos formulada por los representantes del buen pueblo de Virginia*. 2.4.2. *Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano*. 3. EL ESTADO DE DERECHO. 3.1. El Estado social y democrático de Derecho. 3.1.1. *Estado de Derecho*. 3.1.2. *Social*. 3.1.3. *Democrático*. 3.2. Garantías de efectividad. 3.2.1. *Garantías jurisdiccionales*. 3.2.2. *Garantías extrajudiciales: el Defensor del Pueblo*. 3.3. Suspensión de derechos y libertades. BIBLIOGRAFÍA. CAPÍTULO SEGUNDO: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES. 1. EL ARTÍCULO 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y LOS CONVENIOS INTERNACIONALES. 1.1. Convenios universales. 1.2. Convenios europeos. 1.3. Convenios específicos. 2. LAS NACIONES UNIDAS (ONU). 2.1. La Declaración de los derechos humanos (1948) y los pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales (1966). 2.1.1. *Derechos protegidos*. 2.1.1.1. *Principios*. 2.1.1.2. *Vida, libertad, seguridad de la persona*. 2.1.1.3. *Prohibición de la esclavitud y la servidumbre*. 2.1.1.4. *Prohibición de la tortura*. 2.1.1.5. *Personalidad jurídica*. 2.1.1.6. *Igualdad ante la Ley*. 2.1.1.7. *Derecho a la tutela judicial*. 2.1.1.8. *Detención arbitraria*. 2.1.1.9. *Derecho de audiencia*. 2.1.1.10. *Presunción de inocencia*. 2.1.1.11. *Irretroactividad de la Ley*. 2.1.1.12. *Derecho a la intimidad*. 2.1.1.13. *Libre circulación*. 2.1.1.14. *Derecho de asilo*. 2.1.1.15. *Derecho a nacionalidad*. 2.1.1.16. *Derecho al matrimonio*. 2.1.1.17. *Derecho de propiedad*. 2.1.1.18. *Libertad de pensamiento, conciencia y religión*. 2.1.1.19. *Libertad de opinión y expresión*. 2.1.1.20. *Libertad de reunión y asociación pacíficas*. 2.1.1.21. *Participación en la vida política*. 2.1.1.22. *Derecho a la Se-*

guridad Social. 2.1.1.23. Derecho al trabajo y salario justo. 2.1.1.24. Derecho al descanso. 2.1.1.25. Derecho al nivel de vida. 2.1.1.26. Derecho a la educación. 2.1.1.27. Vida cultural. 2.1.1.28. Derecho al orden social e internacional. 2.1.2. Mecanismos de protección. 2.1.2.1. Los informes de los Estados. 2.1.2.2. Reclamaciones entre Estados. 2.1.2.3. Reclamaciones individuales. 3. LOS DERECHOS HUMANOS EN EUROPA. 3.1. Convención de Roma de 1950 y sus protocolos adicionales. 3.1.1. Los derechos protegidos. 3.1.2. Mecanismos de protección. 3.2. La Carta social europea de 1961. 3.2.1. Derechos reconocidos. 3.2.2. Mecanismos de protección. 3.3. Los derechos humanos en la Comunidad Europea. 3.4. Los derechos humanos en el acta final de Helsinki. 4. REFERENCIA A OTROS CONVENIOS REGIONALES. 4.1. Tratados regionales americanos. 4.2. Tratados regionales africanos. 5. ALGUNAS CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. CAPÍTULO TERCERO: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL. 1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA HASTA LA CONSTITUCIÓN DE 1978. 1.1. Constitución de Bayona (1808). 1.2. La Constitución de Cádiz (1812). 1.3. Proyecto de Constitución de La Isabelina (1834). 1.4. La llamada "Tabla de Derechos" (1834). 1.5. Constitución de 1837. 1.6. Constitución de 1845. 1.7. Proyecto Constitucional de Bravo Murillo (1852). 1.8. Constitución de 1856. 1.9. Constitución de 1869. 1.10. Proyecto de Constitución Federal de 1873. 1.11. Constitución de 1876. 1.12. Proyecto constitucional de 1929. 1.13. Constitución de 1931. 1.14. Las leyes fundamentales del reino. 2. CONSTITUCIÓN VIGENTE (1978). 2.1. Valores superiores y principios. 2.2. Los derechos fundamentales. 2.2.1. Titularidad de los derechos y condiciones de su ejercicio. 2.2.2. Derechos y libertades. 2.2.2.1. Igualdad ante la ley. 2.2.2.2. Derecho a la vida y a la integridad física y moral. 2.2.2.3. Libertad ideológica y religiosa. 2.2.2.4. Derecho a la libertad y seguridad. Tutela judicial. 2.2.2.5. Derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y al uso informático. 2.2.2.6. Inviolabilidad del domicilio. 2.2.2.7. Derecho al se-

creto de comunicaciones. **2.2.2.8.** *Derechos de residencia y circulación.* **2.2.2.9.** *Derecho a la comunicación pública libre.* **2.2.2.10.** *Derecho de reunión.* **2.2.2.11.** *Derecho de asociación.* **2.2.2.12.** *Derecho de participación política.* **2.2.2.13.** *Derecho a la educación.* **2.2.2.14.** *Derechos de sindicación y huelga.* **2.2.2.15.** *Derecho de petición.* **2.2.2.16.** *Derecho y deber de defender a España.* **2.2.2.17.** *Derechos y deberes fiscales.* **2.2.2.18.** *Derecho al matrimonio.* **2.2.2.19.** *Derecho a la propiedad privada.* **2.2.2.20.** *Derecho de fundación.* **2.2.2.21.** *Derecho al trabajo.* **2.2.2.22.** *Colegios y organizaciones profesionales.* **2.2.2.23.** *Derecho a la negociación colectiva laboral.* **2.2.2.24.** *Derecho a la libertad de empresa.* **2.2.3.** *Principios rectores de la política social y económica.* **2.2.3.1.** *Protección de la familia.* **2.2.3.2.** *Derecho al progreso social y económico y a la formación y readaptación profesionales.* **2.2.3.3.** *Defensa de emigrantes.* **2.2.3.4.** *Derecho a la protección de la salud.* **2.2.3.5.** *Derecho de acceso a la cultura.* **2.2.3.6.** *Derecho al medio ambiente.* **2.2.3.7.** *Derecho al patrimonio histórico, cultural y artístico.* **2.2.3.8.** *Derecho a vivienda.* **2.2.3.9.** *Protección de la juventud.* **2.2.3.10.** *Derechos de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos.* **2.2.3.11.** *Derechos de la tercera edad.* **2.2.3.12.** *Defensa de los consumidores.*

3. *REFERENCIA A LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. BIBLIOGRAFÍA. CAPÍTULO CUARTO: EL NOTARIO, AGENTE DE GARANTÍA Y DE EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. NORMAS GENERALES.* **1.** *EL CONCEPTO DE NOTARIO EN LA LEY ORGÁNICA DEL NOTARIADO Y EN SU REGLAMENTO.* **1.1.** *El notario como profesional del Derecho.* **1.1.1.** *Información.* **1.1.2.** *Asistencia.* **1.1.3.** *Imparcialidad.* **1.1.4.** *Adecuación.* **1.1.5.** *El asesoramiento autónomo.* **1.2.** *El notario como funcionario público: autenticidad.* **1.2.1.** *Rogación y libertad de elección.* **1.2.2.** *Autoría del documento. Responsabilidad.* **1.2.3.** *Control de legalidad. Función cautelar.* **1.2.4.** *Seguridad jurídica sustancial y formal.* **1.2.5.** *Efectos del instrumento público.* **1.2.5.1.** *La presunción de legalidad.* **1.2.5.2.** *El instrumento público notarial: medio de prueba.* **1.2.5.3.** *Ti-*

tulo de legitimación en el tráfico jurídico. 1.2.5.4. *Traditio* y entrega. 1.2.5.5. Efectos ejecutivos. 1.2.5.6. Otros efectos. 2. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON OTROS TIPOS DE FE PÚBLICA. 2.1. Fe pública judicial. 2.2. Fe pública administrativa. 2.3. Fe pública registral. 2.4. La llamada fe pública mercantil. 3. CONTENIDO DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL: COMPETENCIA DE LOS NOTARIOS EN TODOS LOS ÁMBITOS DEL DERECHO. 3.1. Ámbito civil. 3.1.1. *Escrituras*. 3.1.1.1. *Supuestos del artículo 1.280 del Código civil*. 3.1.1.2. *Supuestos testamentarios*. 3.1.1.3. *Otros supuestos*. 3.1.2. *Actas*. 3.1.3. *Testimonios*. 3.2. Ámbito mercantil. 3.2.1. *Ejercicio del comercio por persona casada*. 3.2.2. *Actas*. 3.2.2.1. *Actas del Código de Comercio*. 3.2.2.2. *Actas de protesto*. 3.2.2.3. *Actas en la legislación complementaria del Código de Comercio*. 3.2.2.4. *Actas en materia de sociedades*. 3.2.3. *Poderes*. 3.2.4. *Legitimaciones*. 3.2.5. *Documentos inscribibles*. 3.2.5.1. *El naviero empresario individual y los empresarios individuales*. 3.2.5.2. *Las sociedades mercantiles*. 3.2.5.3. *Las sociedades de garantía recíproca*. 3.2.5.4. *Las cooperativas de crédito, las mutuas y cooperativas de seguros y las entidades de previsión social*. 3.2.5.5. *Las sociedades de inversión colectiva*. 3.2.5.6. *Las cajas de ahorro*. 3.2.5.7. *Las agrupaciones de interés económico*. 3.2.5.8. *Los fondos de inversión*. 3.2.5.9. *Los fondos de pensiones*. 3.2.6. *Ámbito atípico compartido y/o excepcionado*. 3.2.7. *Competencia ordinaria y exclusiva no tipificada*. 3.3. *Ámbito administrativo*. 3.4. *Ámbito electoral*. 4. SÍNTESIS: JUSTICIA, LIBERTAD E IGUALDAD. 5. LA OPINIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA ANTE LA FUNCIÓN NOTARIAL. BIBLIOGRAFÍA. CAPÍTULO QUINTO: EL NOTARIO AGENTE DE GARANTÍA Y EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SUPUESTOS ESPECIALES. 1. EXPLICACIÓN Y CONTENIDO DEL CAPÍTULO. 2. DERECHO AMBIENTAL. 2.1. Aproximación al Derecho Ambiental. 2.2. La protección del medio ambiente y la práctica notarial. 2.3. Medio ambiente y agricultura. 2.3.1. *Interrelación entre el medio ambiente y la agricultura*. 2.3.2. *La función del notario en relación con el medio ambiente agrícola*.

la. **2.3.2.1.** *Legislación estatal.* **2.3.2.2.** *Legislación autonómica.* **2.4.** Medio ambiente y urbanismo. **2.4.1.** *Interrelación entre el medio ambiente y el urbanismo.* **2.4.2.** *Función del notario en relación con el medio ambiente urbano.* **2.4.2.1.** *Legislación estatal.* **2.4.2.2.** *Legislación autonómica.* **2.5.** El medio ambiente relacionado con otros aspectos. **2.5.1.** *Medio ambiente y espacios protegidos.* **2.5.2.** *Medio ambiente y legislación forestal.* **2.5.3.** *Medio ambiente y patrimonio histórico-artístico.* **3.** DERECHO DEL CONSUMO. **3.1.** Textos legales españoles. **3.1.1.** *Textos anteriores a la Constitución de 1978.* **3.1.2.** *La Constitución española de 1978.* **3.1.3.** *Posteriores a la Constitución española.* **3.1.4.** *Textos de las Comunidades Autónomas.* **3.2.** Análisis de la Ley General de Consumidores y Usuarios (LCU) y de los Estatutos de Consumidores y Usuarios de las Comunidades Autónomas. **3.2.1.** *Defensa del consumidor como principio general del Derecho.* **3.2.2.** *Concepto de consumidor.* **3.2.3.** *Derechos básicos de los consumidores.* **3.2.4.** *Condiciones generales de la contratación.* **3.2.5.** *Modificaciones a introducir en la LCU según el anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (hoy Ley 7/1998 de 13 de abril).* **3.3.** Compraventa y arrendamiento de viviendas. **3.4.** Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. **3.5.** Anteproyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación (hoy Ley 7/1998 de 13 de abril, "BOE" de 14 de abril). **3.6.** Anteproyecto de Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. **3.6.1.** *Constitución del régimen.* **3.6.2.** *Escritura reguladora.* **3.6.3.** *Condiciones de promoción y venta.* **3.6.4.** *Régimen de las sociedades de servicios.* **3.6.5.** *Otras disposiciones.* **4.** INTIMIDAD DE LAS PERSONAS. **5.** LA PROTECCIÓN DEL DISCAPACITADO. **5.1.** Disposiciones testamentarias dirigidas a solucionar los problemas derivados de la incapacidad del disminuido para tomar decisiones sobre su persona y bienes. **5.2.** Disposiciones testamentarias dirigidas a solucionar los problemas derivados de la falta de capacidad del disminuido para subvenir a su

propio cuidado y sustento. **5.2.1.** *Reforzamiento de la posición del cónyuge supérstite.* **5.2.2.** *Disposiciones patrimoniales directamente favorables para el disminuido.* **5.2.3.** *Disposiciones patrimoniales indirectamente favorables al disminuido.* **5.3.** Disposiciones testamentarias dirigidas a solucionar los problemas derivados de la falta de capacidad para testar del disminuido. **BIBLIOGRAFÍA.** **CAPÍTULO SEXTO: LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA MISIÓN DEL NOTARIO RESPECTO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.** **1.** INTRODUCCIÓN. **2.** LA CIRCULACIÓN INTERNACIONAL DEL DOCUMENTO NOTARIAL. **2.1.** Planteamiento. **2.2.** Autoría del documento notarial. **2.3.** Forma del documento notarial. **2.4.** Eficacia del documento extranjero. **2.5.** Admisión del documento notarial extranjero en el país de recepción. **2.6.** Posibles complementos (refuerzos) del documento notarial extranjero. **2.7.** Las conclusiones del XX Congreso Internacional del Notariado Latino (Cartagena de Indias, 1992). **3.** LAS TECNOLOGÍAS INFORMÁTICAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. **3.1.** Introducción. **3.2.** El papel del notario en el ámbito telemático. **BIBLIOGRAFÍA.**

93

Introducción

1. Garantía notarial de los derechos fundamentales

La idea central, la esencia misma, del presente estudio, consiste en el análisis de la colaboración, por obligación y profesión, del Notariado en la defensa y garantía de los llamados derechos fundamentales.

Para llegar a ella hay que cumplir un esquema, un orden lógico, que además respete, en lo más posible, la pauta de

elaboración, indicada por el notario ALAIN MOREAU, coordinador internacional del tema “**Los derechos fundamentales del hombre y la misión del notario**”, a desarrollar en Buenos Aires en 1998, con ocasión del **XXII Congreso Internacional del Notariado Latino**. Este orden lógico, atendidas las particularidades de la legislación constitucional española, y su remisión a textos internacionales, consideramos debe ser el que sigue:

— Sentar las bases sobre lo que entendemos es el notario, como jurista, entre el Derecho vigente y el Derecho eficaz. No pasa este apartado de ser una especie de “ensayo”, cuyos conceptos y justificación legal se indicarán en el capítulo cuarto.

94 — En el capítulo primero se estudiarán **Los derechos y el derecho**: el concepto de los Derechos Fundamentales, partiendo del concepto de derechos humanos; las notas históricas de la positivación de los derechos fundamentales; y el Estado de Derecho, con referencia a la Constitución española, e incluidas las garantías de efectividad.

— En el capítulo segundo se estudiarán **Los derechos fundamentales en los convenios internacionales**, en atención a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución española; los convenios internacionales vigentes en España (universales y específicos); las Naciones Unidas; los derechos humanos en Europa y otros convenios regionales.

— En el capítulo tercero se estudiarán **Los derechos fundamentales en el constitucionalismo español**, en su evolución histórica y en el Derecho vigente.

— Y con todo este bagaje estaremos en condiciones de afrontar: la legalidad española respecto de la citada misión del notario; el *modus operandi* de la práctica notarial en el desarrollo de la misión; y las posibilidades de su internacionalización (capítulos cuarto, quinto y sexto).

2. El notario como jurista, entre el Derecho vigente y el Derecho eficaz

2.1. Preliminares sobre el Derecho.

2.1.1. *Orden social y orden jurídico.*

Si entendemos el Derecho como sistema o conjunto de normas que regulan ciertos comportamientos humanos en una determinada sociedad, tendremos que aceptar que el Derecho no es sino una técnica de organización social que contribuye de modo decisivo a la realización y constitución de un modelo de organización de una sociedad, en un determinado momento histórico.

En nuestro momento histórico, año 1998, al borde del siglo XXI, el Derecho, nuestro Derecho, se apoya sobre una realidad concreta y determinada, sobre un concreto y determinado sistema de intereses, de tal modo que trata de incorporar un sistema de legitimidad, de valores e intereses.

Las condiciones de la realidad social se modifican sin cesar y en consecuencia, la labor de ordenación del Derecho no se cumple sólo con la exégesis, sino que se impone la investigación de los hechos jurídicos, lo que equivale a tener que admitir una interdependencia entre el Derecho y la realidad social.

Entre las diversas definiciones que se han ofrecido del notario, destacaría que se trata de un jurista que se preocupa constantemente por entender la realidad social que rodea su quehacer jurídico diario, y que quizá sin apercibirse exactamente de su papel, se capacita adecuadamente para afrontar los problemas concretos y para la planificación de las necesarias reformas del Derecho.

El Derecho se manifiesta, ya como sistema de seguridad, ya como sistema de control social que encamina a los individuos a la adopción de los comportamientos, de las normas, de las reglas de conducta, de las costumbres, que se consi-

deran socialmente buenas. Cuyo control puede ejercerse por medio de la coacción social o por medio de la persuasión.

Visto desde el aspecto notarial, el término control social puede concebirse de dos modos: como referencia al conjunto de normas y valores con que se resuelven o mitigan los conflictos o las simples tensiones entre los individuos, con la finalidad presentada, al menos, de mantener unos principios solidarios; y como institución que sirve precisamente a inculcar tales normas y valores.

2.1.2. *Derecho, seguridad y justicia.*

96 “¿Qué sentido tiene afirmar que el Derecho es un sistema de seguridad? –interroga ANDRINO HERNÁNDEZ-. Evidentemente el Derecho aparece como una garantía frente a cierto miedo e inseguridad y tiene como fundamento la necesidad de supervivir en ausencia de temor. Pero la simple calificación del Derecho como sistema de seguridad es insuficiente y puede darnos únicamente una idea superficial de su concepto, debido principalmente a la imprecisión de lo que sea sistema de seguridad, nacida en primer término de su generalidad... el concepto que del Derecho corresponde a nuestra situación, es, pues, el siguiente: un sistema de seguridad que programatiza para la libertad la vida social, a través de normas coactivas inducidas del estudio de la realidad humana y social”.

En cuanto sistema de seguridad, todo sistema jurídico se manifiesta como sistema de información. El Derecho intenta lograr una cierta organización de la sociedad y atribuye a los individuos una concreta posición dentro de él y correlativamente una zona de actuación en la que cada uno puede conocer con relativa certeza las expectativas y posibilidades de los comportamientos recíprocos que por aquél serán garantizados y protegidos.

En este orden de cosas el notario presta –a la política del Derecho y a la política legislativa– una importante cola-

boración: la de ir perfeccionando esa información con una suficiente difusión que va reduciendo paulatinamente la ignorancia del Derecho. Con la información, queda claro, para quienes acuden al notario, que el Derecho, en cuanto sistema de legalidad, les produce seguridad. Seguridad que no es sólo un hecho, sino sobre todo un valor, que precisamente acrecienta la profesionalidad del notario autorizante del documento.

La seguridad para quienes consultan al notario pasa por dos estadios sucesivos, a los que podrá buscarse explicación filosófica, pero que también la tiene humana: seguridad como sinónimo de certeza y ausencia de duda; seguridad como ausencia de temor, como conciencia de que las "cosas" están seguras y suficientemente protegidas las "exigencias" que la sociedad considera esenciales, fundamentales, importantes o útiles.

Lo curioso es que los particulares cuando acuden al notario, no sólo piden seguridad, me atrevería a decir, que exigen justicia, o más en concreto información sobre cómo el acto o contrato que realizan está vinculado a la idea de interés general, que es tanto como respeto de su libertad individual y de la igualdad real de todos los hombres.

97

2.1.3. Concepción normativa del Derecho. Tendencias actuales.

Hasta aquí, en la concepción de lo jurídico hemos hecho converger tres planos diferentes, pero en cierto modo paralelos: el plano normativo, el plano social y el plano valorativo, que son en definitiva los tres planos o dimensiones esenciales del Derecho.

El notario, como jurista, al trabajar y elaborar día a día la ciencia jurídica, no olvida que el sistema normativo limita y condiciona su trabajo, pero tampoco olvida que la sociedad le exige que con esta base debe elevarse a la comprensión de fondo y al análisis riguroso de la estructura del Derecho.

Los notarios son conscientes de que las normas son realidades humanas, productos sociales que tienen entidad para ser aplicadas a una determinada sociedad. Y esto es así porque viven intensamente su trabajo diario, sin necesidad de interferir en las tensiones metodológicas que oscilan entre el formalismo y el finalismo, el normativismo y el sociologismo, la lógica deductiva y sistemática o la tónica de los problemas concretos. En definitiva, porque nunca, en ese quehacer diario, ni separan el sistema normativo de la realidad social en la que nace y a la cual se aplica, y más concretamente aún porque viven preocupados por el sustrato real de la normatividad y por las consecuencias sociales de ella.

98

Se trata de alcanzar una concepción normativa del Derecho que sea a la vez flexible y realista, que evite en lo posible que la concepción científico-jurídica se haga absoluta y exclusiva, para tratar de alcanzar consideraciones sociológicas —o que los interesados quieren alcanzar— que pongan de relieve la vivencia real-social que tiene la proyección eficaz del Derecho vigente.

Ante cualquier norma jurídica el notario se plantea, como jurista, tres problemas: si es justa o injusta; si es válida o inválida; si es eficaz o ineficaz. Me interesa ahora este último aspecto: la eficacia se refiere al grado de aceptación y de cumplimiento real en una sociedad. Una norma puede ser eficaz sin ser válida: es el caso típico de las costumbres que todavía no han sido integradas en el ordenamiento positivo; y viceversa, una norma puede ser válida sin ser eficaz: normas no aplicadas o no cumplidas, normas caídas en desuso. Una norma puede ser eficaz sin ser justa: el que una norma se aplique, se acepte y se cumpla no es prueba de su justicia; y viceversa, una norma puede ser justa sin ser eficaz: lo que se considera justo sigue siéndolo aunque no logre implantarse en la realidad social.

El notario nunca debe olvidar esos tres niveles de la normatividad jurídica —validez, eficacia, justificación, ni las tres dimensiones del mundo jurídico que le rodea, norma, hecho

social, valor-. Lo que debe procurar, en todo caso, es compatibilizar e integrar de modo flexible, los aspectos científico-jurídico y sociológico de los problemas que se le plantean.

Es evidente que las grandes transformaciones de la sociedad actual, en crisis y en tránsito, han afectado y están afectando a los procesos de transformación del Derecho: tensiones producidas por las interferencias de estructuras jurídicas tradicionales y de otras de desarrollo reciente.

En realidad los fenómenos de crisis en el Derecho no significan su extinción, ni siquiera su sustitución por otros mecanismos organizativos; más bien suponen una progresiva adaptación a los cambios del medio social que se concreta en las diversas tendencias evolutivas:

— La tendencia masificadora, es decir, la unificación de la sociedad hacia una sociedad de masas, producida por el progreso científico y técnico, tiene como consecuencia una tendencia hacia la unificación del Derecho, que desde un punto de vista objetivo se manifiesta en la restricción de la libertad de creación jurídica individual a través de negocios jurídicos preconfigurados (contratos-formulario, condiciones generales de los negocios) y en regulaciones de tipo medio establecidas legalmente que no prestan ninguna atención a las cualidades o necesidades individuales.

— La tendencia tecnológica exige un mayor control jurídico, y no faltan ocasiones en que la profusión, confusión y difusión, de las normas acaban en una desconexión con la realidad capaz de llegar a un colapso normativo. Con el crecimiento de la materia jurídica es evidente la necesidad de racionalizar las instituciones jurídicas y el aparato jurídico, configurándolos de la manera más efectiva posible, porque la imposición y la aplicación del Derecho es hoy tema de especialistas (jueces, notarios, abogados del Estado, registradores de la Propiedad, abogados en ejercicio para cuestiones civiles, penales, administrativas, laborales, económicas, etc.).

— La tendencia social ha supuesto y está suponiendo, el tránsito del Derecho individualista al Derecho social que res-

ponde a ideas de cooperación, de interdependencia, de solidaridad, de coparticipación y de coordinación. La tortura del jurista práctico es en este caso la inflación legislativa, la deslegalización del Derecho y la “desdecretalización” de los decretos.

El notario, como científico del Derecho, tiene como zona central de trabajo el Derecho vigente, es decir, el Derecho formalmente válido. Sobre esta base su labor diaria es de análisis, interpretación y aplicación del sistema normativo vigente, y en otro plano, de explicación del sistema de legitimidad en ese sistema de legalidad.

Pero al mismo tiempo el notario, como sociólogo del Derecho, tiene también como zona central de trabajo el Derecho eficaz, realmente aceptado y vivido por sus destinatarios, los clientes que cada día acuden al notario para encontrar solución a sus problemas. Trabajo sobre la eficacia del Derecho, y en otro plano, constatación del sistema o sistemas de legitimidad creados o aceptados por la sociedad que es el segundo nivel de la legitimidad, la legitimidad eficaz. Como sociólogo del Derecho el notario dedica su trabajo a los problemas relacionados con la función del Derecho.

Nunca será posible una legislación científicamente fundamentada, ni será posible una investigación del Derecho sin el conocimiento del Derecho vivo, de sus leyes de desarrollo y de las leyes de su eficacia.

2.2. Ciencia jurídica.

2.2.1. *Concepto y funciones de la ciencia jurídica.*

Al notario “como científico del Derecho” lo que le interesa de modo predominante son las normas vigentes, formalmente válidas, y ello por dos razones: porque comprende la utilidad de la investigación sobre la eficacia social de las normas, y porque se preocupa por el problema de la justicia de las normas con las que trabaja.

El notario es consciente de que trabajar con normas jurídicas es muy importante, porque son muchos los problemas esenciales, que para el individuo y la sociedad, es decir, para los hombres que constituyen su clientela, se plantean y juegan dentro del ordenamiento jurídico. El notario en cumplimiento de su función científico-jurídico no puede ni debe desconocer la normatividad que sirve de substrato y de límite a su trabajo, o lo que es igual, la normatividad jurídica-positiva no puede ser violada por el notario en base a elementos y consideraciones que provengan del campo sociológico-jurídico o filosófico-valorativo.

Pero esta obligación no impide que el notario pueda y deba ser consciente de la no neutralidad del Derecho y de su frecuente dependencia social del poderoso y que, en consecuencia sin quebrantar las normas, las interprete y aplique con criterios diferentes, más progresivos, de los tradicionalmente usados y hasta de los implícitos en una determinada normatividad.

En estas condiciones el trabajo del notario como jurista se sitúa dentro del campo del Derecho positivo, sin olvidar un sentido crítico en su labor de interpretación y aplicación de las normas, lo que supone una actuación tridimensional:

— El notario **localiza** las normas válidas utilizables para el correcto tratamiento de cada caso concreto que se le plantea.

— El notario **interpreta** esas normas, conectándolas con las instituciones y conceptos jurídicos fundamentales, de modo que sistematiza normas e instituciones en un todo coherente de carácter general.

— Y, por último, el notario **aplica** las normas para la solución del caso concreto que le ha planteado la vida real, de modo que se va implantando un sistema de valores en una determinada sociedad.

En definitiva, el notario diversifica su tarea en la interpretación de las normas jurídicas, la construcción de instituciones y la sistematización de todas las partes del ordenamiento jurídico correspondiente. Un solo ejemplo para probar

la exactitud de esta afirmación: el esfuerzo notarial para resolver el problema de las urbanizaciones (“propiedad tumbada”), huérfanas de una legislación adecuada.

Para llegar al *modus operandi* actual, el notario ha tenido que localizar unas normas válidas (las de la propiedad horizontal), interpretarlas, analizar su conexión con otras normas (servidumbres, sociedad civil), sistematizar normas e instituciones en un todo ordenado y coherente apreciando los datos relevantes de la realidad y de su calificación científica, siempre conectando con la realidad social (existencia y proliferación constante de las urbanizaciones privadas –edificaciones aisladas con especiales elementos “comunes”–), es decir, no limitándose a un análisis frío y formal de las normas, sino tratando de llegar a la comprensión de fondo de la misma realidad social en la que el Derecho va a aplicarse y al conocimiento exacto de los caminos que entre norma y realidad social se establecen a través de la aplicación del Derecho.

102

¿Qué sucedería si el notario desconociese esa realidad social de las urbanizaciones? ¿Cuántos pleitos y situaciones de Derecho en la anormalidad no hubieran producido? El asesoramiento y consejo del notario (que supone la actuación tridimensional descrita) ha supuesto la creación, o mejor la plasmación jurídica, de un fenómeno social que está ahí, en nuestra circunstancia, la “propiedad tumbada” (terminología quasicientífica, que la diferencia claramente de la propiedad horizontal).

2.2.2. El trabajo del notario: aplicación y creación del Derecho.

Conviene que tratemos de profundizar en el sentido inmediato que tiene el, digamos, caminar jurídico del notario, como jurista, a quien el Derecho es algo que le viene dado, algo que en cierta medida, pero sólo en cierta medida, se encuentra hecho.

La sociedad y, a su través, el poder legislativo son los creadores del Derecho. La función propia y específica del notario-jurista, consiste en desentrañar el significado del Derecho, para llegar a una correcta aplicación del mismo a la realidad social.

Pero esa aplicación-realización del Derecho como ha puesto de relieve, suficientemente, la ciencia jurídica, no es una simple labor mecánica de repetición de lo ya dado en la legislación, sino que implica una labor muy compleja de investigación-interpretación y de reconstrucción-reelaboración de la norma y de la realidad social en la que necesariamente tiene que articular el notario:

- proposiciones normativas,
- elementos fácticos,
- y vacíos normativos y fácticos.

Sigue vigente el pensamiento de CASTÁN en torno a la aplicación e investigación del Derecho, función que corresponde al científico del Derecho y que se ejerce en dos modos y a través de dos cauces de significado diferente: como elaboración creadora (por vía legislativa, por vía consuetudinaria y por vía jurisprudencial) y como elaboración reconstructiva (por vía teórica y por vía práctica).

La investigación y la interpretación integradora se han de valer y auxiliar de la construcción dogmática y del sistema. Las operaciones relativas a la construcción y el sistema no tienen finalidades científicas y didácticas, puesto que facilitan la interpretación de las normas y la integración de la Ley necesariamente con lagunas y, por consiguiente, entran también en el marco de la elaboración práctica del Derecho.

La elaboración reconstructiva del Derecho llevada a cabo por vías teóricas supone para CASTÁN las siguientes investigaciones: filosófico-jurídica, histórico-jurídica, sociológico-jurídica, político-jurídica y estrictamente jurídica; mientras que la elaboración reconstructiva práctica puede realizarse a través de un triple acceso; por vía de actos (aplicación normal o pacífica), por vía de decisiones (actos arbitrales y sentencias

judiciales) y por vía de calificaciones (asesoramientos, dictámenes y calificaciones oficiales notariales y registrales).

Esta elaboración reconstructiva práctica, realizada por los notarios, significa indagar, si es posible:

— La idea del legislador, históricamente comprobable, de la situación social de intereses de cada precepto legal, su finalidad y el valor existente en la ponderación de intereses por él realizada. Volviendo al ejemplo aducido, ¿qué pensaba el legislador español respecto de la propiedad horizontal?, ¿qué problemas escaparon a la Ley de 1960?, ¿cómo la realidad social ha superado y desbordado el contenido de dicha Ley?, ¿cómo adecuará el notario la Ley a la realidad social, y cómo atendiendo la realidad social tratará de superar las imprevisiones legales?

104

— La situación histórica y real de los intereses, que quizá no coincida con la establecida en el momento de la promulgación de la Ley. Siguiendo con el mismo ejemplo: ¿cómo era en 1960 y cómo es hoy el mundo de la construcción? ¿Qué valor social tenían y tienen los espacios intermedios comunes para esparcimiento o necesidad vital de aparcamiento?

— La situación social en que hoy están los intereses, que quizá no coincidan con los de entonces.

— Los efectos sociales del precepto legal.

— Y, por último, las causas de una realidad jurídica hoy existente que completa o se desvía de aquel precepto legal, formas típicas de contratación, usos comerciales y del tráfico, nuevo Derecho consuetudinario.

Parafraseando a WURSTENDORFER, sólo el reconocimiento de en qué medida los mandatos del legislador, flexibles o apremiantes, han sido sobrepasados realmente por la vida y por qué motivos ha sucedido esto, capacita al notario para precaverse contra un tratamiento de la Ley irreconciliable con la vida, pero por supuesto respetando siempre el **Estado de Derecho, los derechos fundamentales** y la **seguridad jurídica**, que es la meta o desiderátum final de cuantos acuden a la profesionalidad del notario.

Si aplicamos al notario las funciones del jurista que explica FEDERICO DE CASTRO, en cuanto ponen “al servicio de los particulares, para dar forma jurídica a sus actos, su formación científica y su cualificada experiencia”. Su labor aunque menos visible, o más recatada, que la del abogado, tiene un significado central en la realidad jurídica, actúa con su dirección y consejo en los actos más importantes de la vida económica y familiar y sus fórmulas son hoy la fuente más fecunda de jurisprudencia cautelar, necesita tener vocación y educación profesional, no puede quedar reducido a un fichero de leyes, debe animar y hacer eficaces las normas jurídicas, es un técnico del Derecho y un custodio del Derecho, precisamente porque la máxima seguridad para el particular y para el propio Estado, no radica en leyes minuciosas, sino en juristas –notarios en nuestro caso– que sepan hacerlas cumplir conforme a su espíritu.

Estas funciones son: 1) de técnica legislativa: facilitando al legislador las fórmulas precisas para que con la menor dificultad se consigan los fines propuestos; 2) de defensa de la organización jurídica, buscando soluciones que sean adecuadas a los fines del ordenamiento jurídico; 3) de colaboración a la actividad jurídica de los particulares: encauzando los intereses privados dentro de los cauces del Derecho; y 4) de elaboración científica: proporcionando el conocimiento y fundamentación teórica necesaria para la práctica jurídica y notarial.

105

2.2.3. Metodología notarial en la ciencia jurídica.

Toda la actividad teórico-práctica del notario se centra, por tanto, en una labor investigadora orientada y dirigida al respeto y aplicación de una normatividad positiva, con objeto de encontrar solución a los diferentes problemas y conflictos que tiene planteados la sociedad que acude a él.

La seguridad jurídica exige el respeto de la norma y que la actividad notarial quede enmarcada dentro del sistema nor-

mativo. Pero lo importante de la dogmática jurídica consiste en su faceta afirmativa de investigación en profundidad y de reconstrucción del sistema normativo para su correcta realización en la sociedad.

En este sentido es certera la afirmación de CERRONI: “el Derecho viene concebido no solamente como estructura voluntario-normativa, sino también como estructura material-real (relación económico-social)”.

Lo realmente importante del pensamiento dogmático jurídico, desde el punto de vista notarial, no es la sacralización de la norma, ni su aplicación mecánica a la realidad, sino su constante reconstrucción y su efectiva realización en concretas situaciones sociales siempre cambiantes.

106

El Derecho surge en realidad de una interacción entre las normas jurídicas y las prácticas de aplicación del Derecho. De la unidad entre el Derecho y la actuación notarial se deriva la relación de tensión existente entre seguridad jurídica y justicia del caso concreto, porque a la norma jurídica corresponde la reglamentación de la acción, dotando a ésta de previsibilidad y seguridad jurídica, mientras que al notario corresponde el enjuiciamiento de la situación particular y la utilización de un marco de juego dentro del que la solución deseada por las partes sea posible.

El notario trata el Derecho de modo diferente a como lo hace el legislador, el juez o el abogado. Si se pretende conocer el Derecho es preciso estudiar las diferentes técnicas y prácticas que son la expresión de determinados modos de comportamiento. Estas prácticas, o sea, el comportamiento del notario, tiene que ser investigado con el fin de conocer su importancia en el proceso de integración dentro de la sociedad.

2.3. Sociología jurídica.

2.3.1. *Concepto de la sociología jurídica.*

La sociología es la ciencia de la sociedad que investiga el comportamiento de los hombres en la sociedad tal y como se realiza atendiendo a modelos y pautas uniformes. La sociología jurídica es la ciencia que descubre, formula y verifica las relaciones de interdependencia entre el Derecho y los demás factores de la vida social, y, más precisamente, la ciencia que explica el modo en que los factores demográficos, religiosos, económicos y políticos influyen sobre los cambios del Derecho y, viceversa, el modo en que el Derecho influye sobre el cambio de esos factores.

El notario, como sociólogo del Derecho, a la vez que investiga, por la práctica diaria, los factores sociales que ponen de manifiesto la génesis y transformación del Derecho, descubre el tipo de sociedad que de hecho se va configurando desde una determinada legalidad, lo cual implica la consideración del Derecho como factor de cambio social.

107

En este sentido, el notario es el jurista práctico que está en mejor situación para suministrar información y criterios válidos para una mejor comprensión de la realidad social y también elementos de base y mediación para una transformación de la misma en un sentido o en otro.

Para investigar el Derecho empíricamente tiene el notario tres caminos:

— La investigación de la comunidad jurídica con el fin de establecer las normas que son tenidas como obligatorias en la sociedad, y a las que por ese motivo se orientan en su comportamiento los particulares sometidos al Derecho (conciencia jurídica).

— La investigación de la vida del grupo con el fin de fijar aquellos modelos de conducta según los cuales realmente transcurre la vida en los grupos (vida social jurídicamente relevante).

— Y la investigación del mismo Notariado con el fin de fijar los modelos de conducta de acuerdo con los cuales reacciona ante determinadas situaciones sociales (acción del Notariado).

Desde un punto de vista crítico es preciso reconocer que el Derecho, en cuanto sistema de control social, desempeña un papel importante en los procesos de cambio, integración, equilibrio o conflicto dentro de la sociedad en que vivimos. El Derecho puede frenar el cambio, detenerlo, canalizarlo e incluso acelerarlo; los conflictos sociales pueden estar mejor o peor regulados por la Ley, pueden estar más o menos institucionalizados, es decir, el sistema jurídico puede haber o no haber previsto cauces e instrumentos más o menos adecuados para una resolución correcta y pacífica de los conflictos.

108

El notario desde este punto de vista crítico, como juez en la paz, tiene en cuenta tanto el sistema de legalidad como el de legitimidad que lo sustenta, de tal modo que no es exagerado el calificativo de jurisprudencia cautelar, si se tiene en cuenta que con su asesoramiento y consejo pone paz que yugula el posible conflicto.

2.3.2. *Sociología jurídica y sociologismo jurídico.*

Para no confundir la dirección sociológica de la ciencia del Derecho, de la sociología jurídica, la doctrina suele determinar la distinta actitud que ante el mismo objeto, el Derecho, mantienen el jurista y el sociólogo.

No creo necesario incidir en esta delimitación por lo que respecta al notario, que es a la vez jurista y sociólogo del Derecho, sin llevar nunca su sociologismo a posturas radicalmente antinormativas, por la sencilla razón de que siendo sociólogo, nunca deja de ser jurista, un jurista que trata de corregir la tendencia formalista que amenaza a toda teoría normativa del Derecho, dentro de un sociologismo “moderado” que es más método enriquecedor del análisis jurídico,

que teoría que trata de imponer una visión antinormativa del Derecho.

En este sentido abunda HERNÁNDEZ GIL, cuando escribe: “el sociologismo, en cuanto método cooperador para la investigación jurídica, no conduce necesariamente a la evasión de las normas. En primer término, porque no se predica con pretensiones de exclusividad metódica. Y en segundo término, porque no consiste en desentenderse de las normas, sino en inquirir la génesis y las concomitancias económico-sociales como explicación de los contenidos normativos y de los fines, aspecto sumamente importante para el entendimiento y la aplicación del ordenamiento jurídico”.

El notario está en óptima situación para no confundir la norma con los hechos sociales que produce, precisamente porque conoce en su trato diario con los particulares que las normas no son conducta, sino ideas, es decir lo que la gente cree que debe ser la conducta. Y en este sentido, difieren del mero cómputo estadístico de lo que la gente hace en la realidad.

El notario analiza y desmenuza la aplicación y la eficacia social de las normas, la dialéctica entre las normas legales y las normas consuetudinarias, los efectos sociales de unas y otras. Y ello no porque se lo proponga como actitud apriorística, sino porque la realidad de su actuación le pone de manifiesto, sin rodeos, la interrelación entre la norma y los demás factores sociales, políticos y económicos.

No se trata de olvidar la ciencia normativa, sino de, reconociéndola como tal, valorar exactamente una ciencia de la realidad social o más concretamente de la realidad social del Derecho, estableciendo las conexiones necesarias entre el Derecho positivo y sociedad, por una parte, y entre los valores jurídicos y sociedad, por otra.

El hecho de que el notario esté inmerso en lo que podríamos llamar “la realidad plena del Derecho” supone una dedicación constante, a mi juicio no del todo conocida, de un quehacer cotidiano que casi siempre pasa desapercibido, y que se concreta en los siguientes puntos:

— **Analiza** la raíz social de las instituciones jurídicas comenzando por sus expresiones tangibles y externamente observables en las conductas colectivas efectivas y en la misma base material de la estructura espacial y de la densidad demográfica de las instituciones jurídicas.

— **Investiga** la función que las normas jurídicas desempeñan en la sociedad contemporánea (interrelaciones entre Derecho positivo y sociedad; entre Derecho y factores demográficos y geográficos; entre Derecho y economía; entre Derecho y moral; entre Derecho y derechos fundamentales o derechos humanos, etc.).

— **Se anticipa** a las tendencias de cambio dentro de cada tipo de sistema jurídico al convivir con los factores de transformación en la vida del Derecho, en el camino que va desde las necesidades que trata de satisfacer la norma a su funcionamiento efectivo en la sociedad y en consecuencia tiene una visión del Derecho con perspectiva de futuro, estando en perfectas condiciones —bastante desaprovechadas— para suministrar al legislador la suficiente información para la modificación e hipotético perfeccionamiento de las leyes.

110

2.3.3. *El Derecho y la realidad social.*

Es innegable el hecho de que el Derecho, en nuestro caso por intermedio de la actuación notarial, contribuye a la resolución de las necesidades y aspiraciones sociales, y que al analizar las influencias extrajurídicas sobre la realidad normativo-legal, debe servir de pauta al cambio legal.

Si volvemos a la afirmación de que el notario está inmerso en “la realidad plena del Derecho”, este estar inmerso supone:

— **Que constata** el derecho realmente vivido en la sociedad, así como la graduación de esa vivencia, pudiendo distinguir netamente entre el Derecho vigente, formalmente válido y el Derecho eficaz, realmente vivido y utilizado en la práctica de forma más o menos espontánea o inducida.

En este sentido el notario está en condiciones de explicar sociológicamente por qué un Derecho vivido no ha llegado a ser Derecho vigente, y también de explicar por qué un Derecho que está vigente, que formalmente es válido, no es a la vez Derecho eficaz, realmente aplicado o vivido. Y tal explicación es importante porque ayuda a la mejor comprensión del sistema jurídico y por qué existe un Derecho y no otro, así como a la constatación científica de lo que se siente como Derecho en una sociedad.

Esta constatación permite al notario la vivencia o no vivencia de los valores jurídicos de la sociedad: en el nivel individual, determinando la valoración mayoritariamente aceptada o legitimidad eficaz propiamente dicha; en el nivel institucional, colaborando a la concreción de los valores incorporados a la normatividad o legitimidad legalizada; y en el nivel corporativo haciendo patente cuál es su actuación como órgano que aplica y realiza el Derecho.

— **Que comprende** los problemas de la génesis sociológica del Derecho y de los factores que la determinan, así como las interrelaciones entre cambio social y cambio jurídico. El notario no tiene que preguntarse ¿qué tipo y qué grado de sincronización existe entre cambio social y cambio jurídico?, ¿cuándo va el Derecho detrás o cuándo va delante de ciertos valores e intereses? Y no tiene que hacerse estas preguntas porque su quehacer diario le mantiene en contacto con las fuerzas reales de todo tipo (factores económicos, sociales, culturales, políticos, éticos, etc.) que determinan el nacimiento, la conservación, la transformación y hasta la destrucción del Derecho, con referencia a instituciones jurídicas concretas y al proceso siempre abierto de totalización social.

Esta comprensión facilita y posibilita el conocimiento y utilización del sustrato sociológico de los valores jurídicos precisamente porque conoce de modo directo la correspondencia real existente entre el sistema social y el sistema de legitimidad, visto éste, primero como sistema de legitimidad

implantado en el sistema de legalidad impuesto en la sociedad, y, luego, como sistema de valores aceptados por la misma sociedad, y que pueden o no corresponder con los valores realizados a través de su ordenamiento legal.

— **Que contribuye** al cambio social, por la importancia que tiene como controlador de la legalidad, en su trabajo a la vez crítico y progresivo. No me atrevo a asegurar que disminuya el número de conflictos que acuden a los Tribunales de Justicia para su resolución, pero sí a asegurar que a los Tribunales de Justicia no llega sino un residuo de la totalidad de los conflictos sociales, y no siempre los más importantes. Y esto es así, en gran medida por la función de asesoramiento notarial en fase sobre todo contractual.

112

Esta contribución supone aquilatar la influencia de los valores jurídicos sobre la realidad social, distinguiendo tendencias al inmovilismo implicado en la defensa de ciertos valores, y posibilidades de cambio social en base a la implantación de otros valores.

En conjunto, el conocimiento de la diferencia entre Derecho vigente y Derecho eficaz, referido aquí, en tema notarial, no al efectivamente aplicado por los Tribunales, sino al vivido y exigido por la sociedad que reclama nuestro consejo y asesoramiento, sirve para poner de manifiesto correspondencias y desajustes.

La constatación de discrepancias entre el Derecho vigente formalmente válido y el Derecho realmente vivido por la sociedad, pone evidentemente en un aprieto la actuación notarial cuyo *desiderátum* sería que el Derecho vigente coincida con el Derecho realmente vivido.

El desajuste entre ambos debe tratar de salvarse instando y exigiendo cuando proceda, que se convierta en Derecho vigente lo que la gente vive y quiere vivir realmente como Derecho. Es la propia mecánica del Derecho la que exige la concordia entre Derecho vigente y Derecho vivido.

2.3.4. *La función social del notario.*

La función social del notario se constituye, primaria y fundamentalmente, en la comprensión científica de la realidad social: mostrar la realidad tal y como es, no como parece que es, o como dice que es, o como se desea que sea. En esta tarea el notario cumple la función de desvelar la verdad de descubrir la realidad, evitando su falsificación o su enmascaramiento. La responsabilidad y compromiso social del notario radican, por tanto, en el cumplimiento de esa primaria función de auténtico conocimiento que le corresponde cumplir y a través de la cual se legitima su trabajo en la sociedad y para la sociedad.

La cuestión de las funciones sociales del Derecho es el problema de los servicios que el Derecho produce a la sociedad. ¿Para qué sirve principalmente el Derecho? ¿Qué quiere el Derecho conseguir de la sociedad? No olvidemos que el Derecho es un instrumento de poder social que por medio del equilibrio de intereses contradictorios debe conseguir y fomentar la solidaridad de la comunidad. El Derecho es un importante elemento de todo proceso de integración social al que los sociólogos llaman control social. La función social del Derecho consiste, por tanto, en la integración del grupo.

Y lo que se predica de la función social del Derecho debe predicarse de la función social del notario, por la sencilla razón de que en una determinada parcela jurídica, el Derecho surge de una interacción entre las normas jurídicas y las prácticas de aplicación del Derecho. A la norma jurídica corresponde la reglamentación de la acción, dotando a ésta de previsibilidad y seguridad jurídica. Al notario corresponde el enjuiciamiento de la situación propuesta por los particulares, utilizando un marco de juego dentro del que la decisión sea posible.

Por otra parte hay que buscar “los talleres del Derecho”, en hechos determinados que pueden ser objeto de observación, hechos a los que el espíritu humano vincula reglas de

organización de los grupos sociales, que pueden reducirse a cuatro tipos fundamentales: el uso, el dominio, la posesión y la declaración de voluntad (contratos, estatutos, disposiciones de última voluntad). Toda constitución social y económica de un grupo descansa sobre estos hechos y así mismo el orden jurídico se aglutina necesariamente sobre ellos.

Con la ayuda de los tipos ideales de la función del Derecho, propuestos por LLEWELLYN, podemos meditar y extraer conclusiones, a las siguientes funciones sociales del notario, que desarrollaremos en el capítulo correspondiente.

a) La prevención de conflictos.

114

Desde el punto de vista del concepto del Derecho, es frecuente plantear la prioridad de la función del Derecho que tiende a la resolución de conflictos quizá porque el caso de conflicto constituye el test de lo que una regla de Derecho se impone realmente en la vida social.

La función social del notario no viene referida a la resolución de conflictos, entre otras razones, por una simple y básica, que el conflicto no es sino una enfermedad de la vida jurídica. Viene referida a una actividad preventiva de dichos conflictos, tratando de evitar hechos penalizados, acciones no permitidas y cualquier otro tipo de injustos o de abierta lucha de intereses.

Formulando con exageración ha llegado a decirse que el Derecho vive del conflicto. Me atrevería a decir que el notario vive para evitar los conflictos y no por ello desvive el Derecho, sino al contrario. El ordenamiento jurídico tiene diversos medios para limitar los conflictos y crear la paz. Uno de estos medios es precisamente la institución notarial.

b) La orientación del comportamiento.

Es evidente que para prevenir hay que dirigir, o mejor, orientar, aconsejar o asesorar las conductas, las actitudes y las

expectativas de los particulares que acuden al notario. Es como si el Derecho se concentrase en la dirección de la conducta, allí donde existen o son de esperar conflictos de intereses.

Lo que pretende la actuación notarial, y lo pretende porque es una actuación profesional (y no podría pretenderlo si fuese una actuación funcionarista), es impedir meras perturbaciones en el acontecer de la vida del grupo social, porque las meras interrupciones de ciertos sucesos de la vida social pueden traer consigo conflictos. Se trata de crear y de mantener un transcurrir de la vida regulado por un orden vivo, de modo que el comportamiento de los particulares sea concorde con el conjunto del grupo social.

En sociedades dinámicas como la nuestra, de una enorme movilidad, el notario tiene que cuidarse de una reorientación o transformación del comportamiento, del surgimiento de nuevas costumbres y de la formación de nuevas expectativas de la conducta, no por su capricho personal, sino porque se corresponde a las condiciones cambiantes de la vida de los particulares. El notario evita así, en lo posible, la nueva materia de conflicto. Y cuanto más complicada es la estructura social, más debe aplicarse la técnica y la forma de trabajo notarial a la tarea de buscar orientaciones que prevengan el conflicto.

La seguridad jurídica que busca el particular destinatario de la norma consiste en la seguridad de ésta, que se produce por la acción conforme a la norma: acción conforme a Derecho quiere decir y significa para el sujeto, seguridad social en el sentido de ausencia de riesgos.

Para la parte interesada en una relación jurídica, la seguridad jurídica consiste en la seguridad en sus expectativas respecto a que el sujeto actuante (la parte contraria, contraparte) se comportará de una determinada manera, respetando y cumpliendo, por así decir, los principios formales de la justicia: la idea de reciprocidad, la idea de duración, la idea del equilibrio de intereses y la idea de respeto al juego de la libertad.

Estas cuatro ideas deben estar claras en la mente del notario para tratar de “satisfacerlas” en el consejo a los particulares: reciprocidad en las prestaciones y contraprestaciones; duración que asegure las expectativas de futuro; protección de la integridad y autonomía personal, frente a coerciones jurídicas y sociales de la contraparte; y equilibrio de intereses que limite y elimine la arbitrariedad de los socialmente poderosos.

c) El cuidado del Derecho.

Se trata de algo ya viejo y asentado: el arte notarial. Cuidar el Derecho es para el notario seguir trabajando en la construcción y aplicación de su técnica y arte especializada al tratamiento del Derecho, con el fin de que éste pueda cumplir sus funciones.

116 Cuanto más pobre sea el instrumento jurídico, más interesado estará el notario en el desarrollo de nuevos instrumentos y más obligado a hacer “descubrimientos jurídicos”. Si éstos se consiguen y son reconocidos, entran a formar parte del instrumental jurídico, de tal modo que es continuo y constante el problema del desarrollo de nuevas prácticas jurídicas.

La necesidad de que el notario se cuide del Derecho, es decir, de un buen instrumental jurídico es tanto mayor cuanto más complicada es la materia jurídica o cuanto más vieja es ésta y menos adaptada a la realidad social o al marco del Derecho.

El cuidado del Derecho es para el notario el dominio de la técnica para resolver el caso particular atendiendo al interés de la generalidad, de tal modo que adapte día a día la maquinaria del Derecho a las necesidades e intereses de los particulares.

Bibliografía

- ANDRINO HERNÁNDEZ, M.: "Teoría militante del Derecho" (*Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, 1958).
- BALLESTEROS, J.: "En torno al sentido del Derecho en la actualidad" (*Verdad y Vida*, 1977); *Postmodernidad: decadencia o resistencia* (Madrid, 1989).
- BOBBIO, N.: *Teoria della Norma giuridica* (Turín, 1958).
- CAPELLA, J. R.: *El Derecho como lenguaje, un análisis lógico* (Barcelona, 1968).
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: "Teoría de la aplicación e investigación del Derecho" (*Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo*) (Madrid, 1947).
- CERRONI, U.: "Per la critica della dommatica giuridica" (*Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1964).
- COTTA, S.: *Itinerarios humanos del Derecho* (Pamplona, 1978).
- DE CASTRO, F.: *Derecho Civil de España* (Madrid, 1955).
- DÍAZ, E.: *Sociología y Filosofía del Derecho* (Madrid, 1982).
- FRIEDMAN, L. M.: *The legal system, A social science perspective* (New York, 1975).
- GIERKE, O.: *La función social del derecho privado* (Madrid, 1904).
- HERNÁNDEZ GIL, A.: "Sociología del Derecho y sociologismo jurídico" (*Revista de Derecho Privado*, 1970).
- LEGAZ LACAMBRA, L.: "Concepto y función de la Sociología jurídica" (*Revista española de Sociología*, 1964).
- LLEWELLYN, K. N.: "The Normative, the Legal and de Law-Jobs" (*Yale Law Journal*, 49); *Jurisprudence, Realism in Theory and Practice*, 1962.
- MONET ANTÓN, F.: "El notario frente al futuro" (*Jornadas Notariales de Poblet*, Barcelona, 1974).
- MOREAU, A.: *Notariat et Protection des Droits de l'Home* (Berlín, 1995).
- RADRBRUCH, SCHMIDT y WELZEL: *Derecho justo y Derecho nulo* (Madrid, 1971).
- REALE, M.: *Filosofia do Direito* (Sao Paulo, 1951).
- REHBINDER, M.: *Sociología del Derecho* (Madrid, 1981).
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: *Derecho y sociedad* (Madrid, 1969), *Historia del pensamiento jurídico* (Madrid, 1988).
- SIMÓ SANTONJA, V. L.: *El notario jurista, entre el Derecho vigente y el Derecho eficaz* (Barcelona, Notarial 83).
- TREVES, R.: "Sociologia del diritto e politica legislativa" (*Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1963); *Introducción a la Sociología del Derecho* (Madrid, 1978).

LOS DERECHOS Y EL DERECHO

1. Concepto de los derechos fundamentales

Para llegar al concepto de los derechos fundamentales es preciso partir del concepto de **derechos humanos**, cuya significación heterogénea, en la teoría y en la praxis ha contribuido según PÉREZ LUÑO a hacer del mismo un **paradigma de equivocidad**, quizá por la falta de precisión de la mayor parte de definiciones, como destacó BOBBIO:

— Tautológicas (los derechos del hombre son los que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombre).

118 — Formales (los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres y de los que ningún hombre puede ser privado).

— Teleológicas (los derechos del hombre son aquellos imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización).

El concepto se complica, porque hay, en teoría y en política, otros que guardan entre sí una importante proximidad, y que, incluso en ocasiones, se equiparan y confunden. Quizá se trata de una misma realidad, que admite diferentes enfoques.

— **Derechos fundamentales.** Este término aparece en Francia hacia 1770 en el movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y consigue su consagración definitiva en la Grundgesetz de Bonn de 1949. Se dice que **los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales** (MESSNER, MULLER, VIRGA), o que informan la ideología política de cada ordenamiento jurídico (HENSEL), o que son la resultante de las exigencias de la filosofía de los derechos humanos con su plasmación normativa

en el Derecho positivo (PECES-BARBA). En todo caso, PÉREZ LUÑO advierte la tendencia a reservar la denominación **derechos fundamentales** para designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula **derechos humanos** es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales.

— **Derechos naturales.** Suelen considerarse los **derechos humanos** como un término más amplio que el de **derechos naturales**, y tiene bastante predicamento la tradición doctrinal iniciada por PAINE, que considera que los derechos humanos constituyen la conjunción de los derechos naturales “aquellos que le corresponden al hombre por el mero hecho de existir”, y los derechos civiles “aquellos que le corresponden al hombre por el hecho de ser miembro de la sociedad”.

— **Derechos subjetivos.** Para quienes sostienen que los derechos subjetivos son expresión de todos los atributos de la personalidad, los derechos humanos serían una subespecie de aquéllos, es decir, los derechos subjetivos directamente relacionados con las facultades de autodeterminación del individuo (CASTÁN TOBEÑAS, LEGAZ LACAMBRA). Pero, como destaca PÉREZ LUÑO, ambos términos no pueden identificarse si se considera que los derechos subjetivos son prerrogativas en provecho de los particulares, que pueden desaparecer por vía de transferencia o de prescripción, aunque existen derechos subjetivos personalísimos que son, como los derechos humanos inalienables e imprescriptibles.

— **Derechos públicos subjetivos.** Al margen de cualquier idea iusnaturalista la categoría de los derechos públicos subjetivos iniciada por la dogmática alemana a finales del siglo XIX, trataba de inscribir los derechos humanos en un sistema de relaciones jurídicas entre el Estado, como persona jurídica, y los ciudadanos. Pero la teoría decae con el paso del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho, superada por la propia dinámica económico-social, que exige que el disfrute de cualquier derecho fundamental precisa de una política activa por parte del Estado.

— **Derechos individuales.** Fueron sinónimos de los derechos humanos, cuando éstos estaban identificados con el reconocimiento de determinadas libertades conectadas con la autonomía de los individuos (tradición anglosajona de las “Civil Liberties” o de los “Civil Rights”; Francia, en el siglo XIX). La idea se abandona progresivamente por el convencimiento de que la sociabilidad es una dimensión intrínseca del hombre, como lo es la racionalidad, transida de exigencias sociales (LUCAS VERDÚ).

— **Libertades públicas.** El término aparece en el artículo 9 de la Constitución francesa de 1793 (en singular) y en el artículo 25 de la Constitución francesa de 1852 (en plural). No faltan autores en la actualidad que equiparan derechos humanos a libertades públicas (PELLOUX), aunque otros (COLLIARD) prefieren diferenciarlos por el carácter estrictamente jurídico-positivo de las libertades públicas (que así se equipararían a los derechos fundamentales, según RIVERO).

120

El concepto de los derechos fundamentales, como positivación de los derechos humanos, tiene como antecedente inmediato la noción de los derechos naturales en su elaboración doctrinal por el iusnaturalismo racionalista, que se inicia con el *De iure belli ac pacis* de GROCIO (que enumera algunos derechos básicos del hombre, tales como la libertad de pensamiento, la propiedad o el matrimonio), sigue en el “Leviathan” de HOBBS (que insiste en la distinción entre *ius*, como libertad de hacer, y *lex*, como obligación derivada de la norma) y culmina con WOLFF (que considera que la referencia al derecho natural, no es a la ley natural, sino al derecho que en virtud de tal ley corresponde al hombre).

Pero no habría que olvidar el esfuerzo de los teólogos y juristas españoles de los siglos XVI y XVII por adaptar el iusnaturalismo escolástico medieval a los problemas de la modernidad, y, por tanto, a la afirmación de los derechos humanos: En el “Tractatus de legibus ac Deo legislatore”, FRANCISCO SUÁREZ (delimita el derecho como norma y el derecho como poder moral, y alude a algunos derechos de de-

recho natural como el de la libertad, la propiedad común o privada de los bienes); en *Controversiarum illustrium*, VÁZQUEZ DE MENCHACA (reivindica los derechos naturales individuales y difunde el término *iura naturalia* para definir los derechos que poseen los individuos en base al derecho natural); en *De indis recenter inventis* y *De iure belli Hispanorum in barbaros*, VITORIA, y en sus *Tratados*, BARTOLOMÉ DE LAS CASAS (tienden al reconocimiento de unos derechos básicos fundados en el derecho natural, a todos los hombres, por el mero hecho de serlo).

La Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano (1789), y la obra de PAINE "The Rights of Man", contribuyeron, ya a finales del siglo XVIII, a la difusión, en el plano normativo y doctrinal, de la expresión **derechos del hombre**.

Cuántos son los autores que han escrito sobre el tema, tantos los conceptos de derechos humanos, derechos fundamentales, derechos naturales, derechos subjetivos, derechos públicos subjetivos, derechos individuales y libertades públicas.

MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS ha mantenido un curioso "discurso de los derechos" (del problema terminológico al debate conceptual) tomando como presupuesto de trabajo la defensa de que cualquier realidad que pretenda significarse con derechos humanos, debe contener, al menos, dos elementos: ser un factor de legitimidad del poder político, y tener como objetivo la protección del individuo. Considera que la multiplicación de denominaciones para hacer referencia a una misma realidad se presenta como respuesta a la imprecisión del significante de uso común.

En su libro hace un análisis pormenorizado del origen del problema: la imprecisión de "derechos humanos", la utilización ideológica del término y la devaluación de la figura, al tiempo que resume y critica el debate conceptual: derechos humanos entre la moral y el derecho (ATIENZA); derechos humanos como categoría previa a lo jurídico (PÉREZ LUÑO); derechos humanos fuera del núcleo de certeza (MACIÁ y HER-

VADA); derechos fundamentales por su importancia para el desarrollo del individuo y por su jerarquía normativa (PECES-BARBA y FERNÁNDEZ GALIANO); derechos fundamentales por su vinculación con la idea de dignidad (FERNÁNDEZ); y derechos fundamentales como “resistencia” (PRIETO); derechos morales como sinónimo de derechos humanos (FERNÁNDEZ); y derechos humanos como especie de derechos morales que no puede ser derecho positivo (LAPORTA y RUIZ MIGUEL).

Su investigación le lleva a considerar posible una conciliación de los tres términos propuestos sin alejar excesivamente el lenguaje técnico del lenguaje natural. “Derechos morales” serían determinadas exigencias éticas que en el sistema moral aparecen con la estructura de derechos. Los “derechos humanos” serían un tipo de aquellos derechos morales especialmente vinculados a la idea de dignidad que tienen vocación de juricidad. Los “derechos fundamentales” constituyen la traslación de los derechos humanos al ordenamiento.

122

Pretender ahora el descubrir una fórmula mágica sería vano, y hasta pretencioso por mi parte.

Me quedo con una definición que considero completa, la de PÉREZ LUÑO, a quien he seguido en este apartado. Nos vamos a encontrar en este estudio con **un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.**

Y digo completa, defendiendo la definición que trata de evitar la tautología (por su referencia al carácter histórico y a los valores que las concretan), la formalidad (en cuanto que el reconocimiento positivo, en sentido amplio, incluye las técnicas de garantía y de protección), y la teleología (en cuanto que los tres ejes fundamentales, la dignidad humana, la libertad y la igualdad, han centrado, desde siempre, la reivindicación de los derechos humanos y su positivación en los diferentes ordenamientos).

2. Notas históricas de la positivación de los derechos fundamentales.

Las primeras declaraciones de derechos son las americana y francesa, pero no brotaron por generación espontánea: a lo largo de la Historia encontramos “atisbos”, incluso de formulación escrita, que ni tan siquiera tienen el valor de “precedente”, porque la conciencia “clara y universal” de tales derechos es propia de los tiempos modernos.

Para quien no quiera descender a la síntesis —más amplia— que luego ofrecemos, he aquí la mínima, que consideramos más completa:

“Aunque no se puede narrar aquí con todo detalle la historia de los derechos humanos, hay que hacer referencia a dos líneas de la tradición que han contribuido de manera decisiva, y entrelazadas entre sí, a la formación de las garantías modernas de los derechos fundamentales: la secularización del derecho natural y la individualización de los privilegios estamentales. La secularización del derecho natural fue introducida por la teoría de los valores objetivos de la escolástica española del Siglo de Oro. FRANCISCO DE VITORIA, GABRIEL VÁZQUEZ y FRANCISCO SUÁREZ liberaron, con gran penetración intelectual, al derecho natural medieval de sus ataduras nominalistas e introdujeron en vez de la voluntad divina, la naturaleza o la razón de la cosa. Con ello nació mucho antes de GROCIO, el derecho natural profano y sentaba, como derecho racional los fundamentos de un derecho natural e internacional de la humanidad. Como seguidor de los españoles, GROCIO, dedujo el derecho natural a partir de la naturaleza racional del hombre, lo conformó sistemáticamente de acuerdo con el dictamen *rectae rationis* y lo utilizó prácticamente en su teoría de la propiedad en concreto. Con PUFENDORF, HOBES y LOCKE los derechos naturales del individuo a la vida, libertad y propiedad se convirtieron gradualmente en derechos humanos universales.”

“Junto a esta secularización del derecho natural se consumó una transformación de las libertades estamentales tal como estaban recogidas en la Carta Magna (1215) o incluso en el acuerdo de Tubingen (1514), en derechos individuales a la seguridad personal y a la independencia, que el poder del Estado, encarnado por los respectivos señores territoriales, tenía que respetar. Mientras que en Inglaterra las polémicas revolucionarias entre Corona y Parlamento daban luz a las primeras garantías jurídico-políticas frente a la detención

arbitraria, expropiación y destierro (véase la *Petition of Rights* de 1628, las *Actas del Habeas Corpus* de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689), en el continente las guerras de religión conducían a la formulación de los derechos a la libertad de conciencia y de creencia, a la igualdad jurídica, a la libre expresión de las opiniones y a la libertad de residencia (cfr. la Paz de Augsburgo de 1555 y la Paz de Westfalia de 1648). Estas garantías jurídicas, con mayor fuerza incluso que los postulados iusnaturalistas, tenían principalmente por finalidad una limitación y moderación inmediatas del poder del Estado.”

“A finales del siglo XVIII ambas líneas desembocaron conjuntamente en las grandes declaraciones de los derechos humanos que están al comienzo de la época constitucional. De la misma manera que la declaración de Independencia de los Estados Unidos de América no se puede pensar sin el *Bill of Rights* de Virginia (1776), difícilmente se puede imaginar la Revolución Francesa sin la *Declaration des droit de l'home et du citoyen* (1789).” (Texto de SCHNEIDER, citado por SÁNCHEZ FERRIZ).

2.1. Grecia.

En Grecia el principio de la individualidad va marcando progresivamente las instituciones sociales y desemboca en la Atenas del siglo V, en un sistema político cuyo elemento básico es el hombre libre (democracia directa de Pericles en la que todos los ciudadanos participan en la gestión de los asuntos públicos, coincidente con la reivindicación de la libertad humana predicada por los sofistas y los estoicos). Bien que aquel sentido de la libertad no suponía una tutela del individuo frente al Estado, sino una libertad que se identificaba con los valores éticos de la comunidad.

2.2. Roma.

Las Doce Tablas reflejan un cierto espíritu de libertad al asegurar a cada individuo la libertad personal, la propiedad y la protección de sus derechos, pero sin garantizarla suficientemente frente al poder público. Las libertades de opinión, de creencias y de culto son ampliamente reconocidas en la Constitución republicana de Roma, aunque no son lí-

mites; se protege el derecho al domicilio, y a través de la *provocatio ad populum* y de la exclusión de penas corporales se defienden la vida y la integridad física de posibles arbitrariedades de magistrados y funcionarios. Pero no hay que olvidar la tensión vivida entre la libertad civil y política real, y la autoridad pública que encarna el *imperium* del magistrado.

2.3. Edad Media y Edad Moderna (antiguo régimen).

Durante este largo período se reconocen derechos de los “estamentos”, en que aparece estratificada la sociedad (orden jerárquico de estamentos con un “estatus desigual” en el que la desigualdad se asienta esencialmente en el principio hereditario condicionado por el nacimiento). Para no hacer la lista interminable me voy a referir tan sólo a dos ejemplos importantes: el español y el inglés.

— **Documentos españoles.** Aunque con carácter aislado y fragmentario, aparece el reconocimiento de derechos en numerosas Cartas de población, Fueros locales y generales, Leyes dadas en Cortes o Privilegios: Pacto entre Alfonso IX y el Reino de Castilla y León (1188), acuerdo de las Cortes de Burgos (1301); acuerdo de las Cortes de Valladolid (1322). En los Reinos de la Corona de Aragón destacan el llamado Privilegio General del Rey Don Pedro (1283), y su confirmación en las Cortes de Zaragoza (1348).

El propio constitucionalismo español, en el Discurso Preliminar a la Constitución de 1812, reconoce tales antecedentes:

“La Comisión no necesita más que indicar lo que disponía el Fuero Juzgo sobre los derechos de la nación, del Rey, de los ciudadanos... No es menos notable el cuidado y vigilancia con que se guardaron en Aragón y Castilla los fueros y leyes que protegían las libertades de la Nación...” (también se alude a Navarra y provincias vascongadas).

— **Documentos ingleses.** El documento medieval que ha

alcanzado mayor significación es sin duda la **Carta Magna** (*Magna Charta libertarum*), contrato suscrito entre el Rey, los obispos y barones el 15 de junio de 1215, que representa un conjunto de derechos reconocidos a determinadas personas por su pertenencia a ciertos estamentos. Es el punto de arranque de otros documentos posteriores. Así, por ejemplo, el artículo 39 que prescribía que ningún hombre libre sería detenido o desposeído de sus bienes sin juicio previo, sería el punto de partida de la "Petition of Rihts" de 7 de junio de 1628, del "Habeas Corpus Amendment Act" de 26 de mayo de 1679 y del "Bill of Rights" de 1689.

2.4. Las primeras declaraciones de derechos humanos o fundamentales.

126 Entendemos por tales las formuladas a fines del siglo XVIII, que condensan los elementos filosóficos más significativos (Renacimiento, Reforma, Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu). Su valor de precedente es importante para la difusión y la universalización del reconocimiento y garantía de tales derechos (constitucionalismo universal, declaraciones universales y regionales, convenios específicos y concretos).

2.4.1. *Declaración de derechos formulada por los representantes del buen pueblo de Virginia.*

Cronológicamente es, sin duda, la primera Declaración de Derechos Humanos, aprobada y promulgada el 12 de junio de 1776, juntamente con la Constitución que el Estado de Virginia se daba a sí mismo al declararse independiente de Inglaterra. Se considera redactada en su integridad por GEORGE MASON, sirvió de modelo y prototipo para otras Declaraciones americanas, y no falta quien opina que incluso influyó en la Declaración francesa de 26 de agosto de 1789. Transcribo su texto, en su parte esencial, precisamente para que se "admire" su valor de precedente.

“Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la **vida** y de la **libertad**, con los medios de adquirir y poseer la **propiedad** y de buscar y obtener la **felicidad** y la **seguridad**” (I).

“... que cuando un gobierno resulta inadecuado o es contrario a estos principios, una mayoría de la comunidad tiene el **derecho** indiscutible, inalienable e irrevocable de **reformarlo, alterarlo o abolirlo** de la manera que juzgue más conveniente al bien público” (III).

“Que ningún hombre o grupo de hombres tiene derecho a percibir de la comunidad emolumentos o privilegios exclusivos o especiales, sino sólo en consideración a servicios públicos prestados; los cuales, *no pudiendo transmitirse, hacen que tampoco sean hereditarios* los cargos de magistrados, legislador o juez” (IV, reconoce “igualdad”).

“... que todos los hombres que den suficientes pruebas de permanente interés para la comunidad, y de vinculación con ella, posean el **derecho de sufragio** y no puedan ser sometidos a contribución ni privados de su **propiedad** por razones de utilidad pública sin su consentimiento o el de sus representantes así elegidos, ni estén obligados por **Ley** alguna a la que, del mismo modo, no hayan consentido para el bien público” (VI).

“Que en todo proceso criminal, inclusive aquellos en que se pide la pena capital, el acusado tiene **derecho a saber la causa y naturaleza de la acusación**, a ser careado con sus acusadores y testigos, a pedir pruebas a su favor y a ser **juzgado rápidamente** por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no puede considerársele culpable; tampoco puede obligársele a testificar contra sí mismo; que nadie sea privado de su **libertad**, salvo por mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales” (VIII).

“Que la **libertad de prensa** es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás, a no ser por gobiernos despóticos” (XII).

“Que el pueblo tiene **derecho a un gobierno uniforme**, y que, en consecuencia, no debe erigirse o establecerse dentro de los confines del Gobierno de Virginia ningún gobierno separado de él” (XIV).

“Que ningún pueblo puede tener una forma de gobierno libre, ni los beneficios de la libertad, sin la **firme adhesión a la justicia**, la **moderación**, la **templanza**, la **frugalidad** y la **virtud**, y sin retorno constante a los **principios fundamentales**” (XV).

“... Todos los hombres tienen igual **derecho al libre ejercicio de la religión** de acuerdo con el dictamen de su conciencia, y que es deber recíproco de todos el practicar la paciencia, el amor y la caridad cristiana para con el prójimo” (XVI).

A la Declaración de Virginia sigue cronológicamente la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, a la que conviene cierta referencia.

El documento que recogía la voluntad de las colonias de separarse de Inglaterra, redactado por LEE, había sido aprobado el 7 de junio de 1776: “Declaramos que estas colonias Unidas son, y de pleno derecho deberían ser, Estados libres e independientes, que se hallan liberadas de toda alianza con la Corona británica, y que toda conexión política entre ellas y el Estado de Gran Bretaña está y debería estar totalmente disuelta...”. Después de su aprobación el Congreso redactó otro texto en el que se expusieran a la humanidad las causas y motivos de tal resolución: el texto de 4 de julio de 1776, debido principalmente al que más tarde sería presidente JEFFERSON.

128 En el Preámbulo de esta Declaración se contienen los principios siguientes (sin entrar en la interpretación de “hombres”, sin el agregado “blancos y negros”):

“Tenemos las siguientes **verdades** por **evidentes** en sí mismas, que todos los hombres han sido creados **iguales**, que les han sido otorgados por su Creador ciertos **derechos inalienables**, que entre éstos están la **vida**, la **libertad** y la búsqueda de la **felicidad**. Que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres gobiernos cuyos poderes legítimos emanan del consentimiento de los gobernados. Que cuando cualquier forma de gobierno pone en peligro esos fines, el pueblo posee el derecho de alterarla o abolirla y de instituir un nuevo Gobierno, fundamentándolo en los principios y organizando sus poderes en la forma que a su juicio les ofrezca más posibilidades de alcanzar su **seguridad** y **felicidad**...”

El término “felicidad” (que para algunos supone no olvido ni omisión del derecho de propiedad), contenido en el texto de Virginia, se reitera en 1780, por ejemplo, en la Constitución de Massachusetts, al igual que Washington (“Circular Letter to the States” de 1783).

2.4.2. *Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano.*

No vamos a entrar en la polémica de su originalidad. Para algunos el inspirador fue JEFFERSON, dada su amistad con LAFAYETTE; para otros el relator fue MIRABEAU y su texto muy discutido. La redacción definitiva fue aprobada el 26 de agosto de 1789, siendo firmada por el Rey el 5 de septiembre de ese mismo año, y luego incorporada por la Asamblea Nacional al encabezamiento de la Constitución francesa de 1791. En la introducción se dice que “Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional... han resuelto exponer, en una **declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre...**”. Los textos son los que siguen:

“Los hombres nacen y permanecen **libres e iguales en derechos**. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común” (1.º).

“La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos Derechos son la **libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión**” (2.º).

“La **libertad** consiste en poder hacer todo aquello que no dañe a otro: por consiguiente, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley” (4.º).

“La **Ley** no puede prohibir más que las acciones nocivas para la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer aquello que ella no ordena” (5.º: principio de legalidad).

“La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen **derecho a participar**, personalmente o por medio de sus representantes, en su formación. Debe ser **la misma para todos**, tanto si se protege como si se castiga. Siendo todos los ciudadanos **iguales** a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y de sus talentos” (6.º).

“Ningún hombre puede ser acusado, prendido, ni detenido sino en los casos determinados por la Ley, y según las formalidades

prescritas en ella. Los que solicitan, expiden, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano citado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer al instante: se hace culpable por la resistencia" (7.º: detención).

"La Ley no debe establecer más que penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada" (8.º: irretroactividad).

"Presumiéndose que todo hombre es **inocente** hasta que haya sido declarado culpable, si se ha juzgado indispensable detenerle, la Ley debe reprimir severamente cualquier rigor que no fuera necesario para afianzarse de su persona" (9.º).

"Nadie puede ser inquietado en sus **opiniones**, incluso **religiosas**, con tal que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley" (10).

"La **libre comunicación de los pensamientos** y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre: todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir, imprimir libremente, sin perjuicio de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley" (11).

"La **garantía de los Derechos** del Hombre y del Ciudadano necesita una fuerza pública; esta fuerza se instituye, por tanto, para beneficio de todos, y no para la utilidad particular de aquellos a quienes está confiada" (12).

"Todos los ciudadanos tienen el **derecho de verificar**, por sí mismos o por sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de asentir a ella libremente, de vigilar su empleo y de determinar la cuota, la base, la recaudación y la duración" (14).

"La sociedad tiene el **derecho de pedir** a todo agente público **cuentas** de su administración" (15).

"Siendo la **propiedad un derecho inviolable y sagrado**, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exige de forma evidente, y a condición de una justa y previa indemnización" (17).

3. El Estado de Derecho

Aunque sea cierto que todo Estado crea y utiliza un Derecho y funciona con un sistema normativo jurídico, no lo es menos que no todo Estado es Estado de Derecho.

Sin ánimo de llegar a definiciones más profundas, para entendernos en principio diríamos que el Estado de Derecho es

aquel cuya actividad y poder vienen regulados y controlados por la ley (Derecho y ley como expresión de la voluntad general). Y así, las ideas de control jurídico, de regulación desde el Derecho de la actividad estatal, de limitación del Estado por el sometimiento a la ley, están siempre en relación con el respeto al hombre, a la persona humana y a sus derechos fundamentales (ELÍAS DÍAZ).

Ni vamos a entrar ahora en analizar las opciones doctrinales mantenidas por PÉREZ LUÑO y ELÍAS DÍAZ, ni tampoco en la por el primero explicada “decantación histórica y doctrinal del Estado de Derecho” (aportación kantiana, Estado Liberal de Derecho, Estado Social de Derecho, Estado Democrático de Derecho). Nos vamos a referir tan sólo a dos cuestiones: el Estado social y democrático de Derecho, según la Constitución española de 1978, y la interrelación existente entre ese Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales, especialmente por lo que se refiere a su garantía (recursos, instituciones y medios).

131

3.1. El Estado social y democrático de Derecho.

La voluntad del constituyente en 1978 se manifiesta en su Preámbulo, que leído en el orden que aquí nos interesa dice:

“Consolidar un **Estado de Derecho** que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular.”

“Garantizar la convivencia **democrática** dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y **social** justo.”

“Establecer una sociedad **democrática** avanzada.”

Todo ello para establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos integran la nación española.

El Preámbulo aunque antecedente a la Constitución no está dentro de ella, no forma parte de la misma, aunque sea inseparable de ella. En sus formulaciones no se contienen normas jurídicas, si bien cabe encontrar, como veremos,

a lo largo del articulado, el desarrollo normativo de cada una de las afirmaciones del mismo. Tiene la utilidad de intentar crear un “sentimiento constitucional”, un “vínculo moral” que una a los ciudadanos con sus instituciones, que sólo puede existir si los ciudadanos asumen como propios los principios constitucionales y los incorporan como elemento irrenunciable de la convivencia.

Según LUCAS VERDÚ, este artículo “constituye” al Estado, lo configura, normativa e institucionalmente, en el nivel fundamental que cimienta a todo el ordenamiento jurídico: contiene, en sus tres apartados, la definición política-constitucional de España y la enumeración de los valores superiores de su ordenamiento; una afirmación política sobre el fundamento y residencia de la soberanía de la que emanan los poderes estatales y, por último, una afirmación formal e institucional acerca de la configuración del Estado en cuanto monarquía parlamentaria.

132

Consecuente con esa voluntad constituyente el artículo 1, dispone:

“1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo jurídico. 2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado. 3. La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria.”

La intención definitoria del punto 1 de este artículo es clara: son tres ideas básicas, que no se consideran incompatibles; y como las palabras “social” y “democrático”, adjetivan la palabra “Derecho”, debemos leer, para explicar seguidamente que España se constituye en un **Estado de Derecho social y democrático**. El Estado de Derecho es un principio que conforma y limita la democracia y que al mismo tiempo da sentido a la definición de social.

3.1.1. *Estado de Derecho.*

El Estado de Derecho, se concibe como un principio ético de la limitación de la arbitrariedad del poder y de respeto al Derecho, con un valor pleno que comprende la seguridad y la justicia, fundada en la dignidad de la persona y de los derechos inviolables inherentes a ella. Así lo significa el artículo 9: “1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Esta afirmación supone admitir la idea de que las expresiones democrático y social, en cuanto a estos principios, y el Estado de Derecho, se moderan recíprocamente (SÁNCHEZ AGESTA).

133

LUCAS VERDÚ describe el Estado de Derecho, “cuando un Estado configura, jurídicamente, la organización y ejercicio de los poderes públicos, de manera que los individuos y sus grupos estén protegidos por la existencia previa de normas e instituciones garantizadoras de sus derechos y libertades; cuando la actividad estatal se somete a normas e instituciones jurídicas sin más excepciones que las exigidas por el bien común, entonces nos encontramos ante un Estado de Derecho”.

De esta afirmación infiere como elementos del Estado de Derecho:

— Primacía de la ley que regula toda la actividad estatal, tanto la esfera administrativa como la judicial, y que se impone a todos los ciudadanos (art. 9.º.1.).

— La ley es elaborada por las Cortes Generales elegidas mediante el voto universal, libre, periódico, secreto y disputado por el cuerpo electoral.

— Igualdad de los ciudadanos ante la ley (art. 14).

— Un sistema jerárquico de normas que realiza la seguridad jurídica y concreta su diverso grado y ámbito de validez (art. 9.3).

— Legalidad de la administración, estableciéndose un sistema de recursos en beneficio de los posibles afectados. Publicidad de las normas; irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales; interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3.).

— Separación de poderes como garantía de la libertad y freno del poder.

— Reconocimiento y garantía de los derechos y libertades fundamentales (Título I).

— Examen de constitucionalidad de las leyes (Título IX).

Dicho **Estado de Derecho**, como indica el propio artículo 1, “propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Esos **valores** se proyectan sobre la definición anterior, y la matizan sobre los **principios** del ordenamiento enunciados en el artículo 9.3: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Estos principios informan el ordenamiento jurídico, y por tanto son aplicados indirectamente cada vez que se aplica una norma concreta que los desarrolla y directamente en el caso de que ésta no exista, lo que supone dos consecuencias fundamentales: es necesario tener en cuenta la virtualidad de los principios constitucionales inspiradores del ordenamiento jurídico como límite a las normas subordinadas en rango jerárquico a la Constitución; considerar la aplicabilidad directa de tales principios cuando no quepa su aplicación indirecta a través de las normas que los desarrollan.

Veamos esos valores y esos principios, conformadores del Estado de Derecho.

— **Libertad.** Se trata de un valor que informa todo el título primero. En concreto el artículo 10 dispone que, “son fundamento del orden político y de la paz social... la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás”. El Tribunal Constitucional, en Sentencia de 18 de julio de 1989, declara que el texto constitucional “consagra la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico español, lo que implica evidentemente el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias”.

La idea central de este principio es la dignidad del hombre, con las cualidades inherentes de racionalidad, autodeterminación de las voliciones, sociabilidad “y religación en el sentido zubiriano del término” (SÁNCHEZ AGESTA). Como valor significa la autonomía o independencia de coacciones externas, la capacidad de elección y la participación en las decisiones colectivas.

Conforme pues al artículo 10.1 los valores que constituyen el fundamento del orden político y de la paz social, son cinco: la dignidad de la persona; los derechos inviolables que le son inherentes; el libre desarrollo de la personalidad; el respeto a la ley; y el respeto a los derechos de los demás. Los tres primeros son el fundamento positivo de la libertad individual; los dos últimos, de carácter negativo, son los límites a la libertad.

MADARIAGA entiende que el primer derecho político del hombre es el de la “libertad de vivir y aprender a su propio modo”, considerando que cualquier limitación a este derecho ha de justificarse antes de ser aceptada, con tan sólo tres limitaciones: en beneficio de la libertad de los otros; en beneficio de la nación; y en beneficio de la comunidad mundial.

— **Justicia.** Este valor se proyecta sobre muchos artículos del texto constitucional, en especial el título VI que regula la organización de la administración de justicia, y el IX, dedicado a la Justicia Constitucional. La justicia se administra como “justicia pública”, en nombre del Rey, como símbolo del poder y de la justicia del Estado, por jueces y magistrados independientes, inamovibles, responsables y sometidos al imperio de la ley (art. 117).

136 El artículo 117.1 formula de modo explícito el principio de legalidad. El Estado de Derecho se caracteriza por la lucha contra la arbitrariedad, que se plantea en el ámbito del poder judicial, sometiendo al juez a la legalidad y reduciendo al máximo su discrecionalidad. Pero no debemos olvidar cómo desde un plano sociológico ha destacado FRIEDRICH, que pueden distinguirse tres modos de resolución de conflictos, según la presencia o ausencia de normas previas aplicables. Si las normas previas no existen, se habla de juicio prudencial, si sólo existen normas amplias y generales, de juicio discrecional y si las normas son concretas y detalladas, de resolución judicial: “... una democracia sólo podrá funcionar con éxito si la judicatura a través del procedimiento de resolución judicial, administra recta e imparcialmente las normas que el pueblo ha establecido por medio de sus representantes”.

El Tribunal Constitucional ha precisado el sentido de la justicia declarando que “no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento jurídico, sino uno de los valores superiores del mismo” (Sentencia 19 febrero 1987); que “en el reproche de arbitrariedad debe incluirse asimismo el relativo a la lesión del valor justicia que consagra el artículo 1 de la Norma fundamental” (Sentencia 5 abril 1990).

— **Igualdad.** Este valor tiene varios sentidos (arts. 9, 14 y 149.1.1.^a). Hay además diversos artículos que se refieren a situaciones de desigualdad (art. 49, disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos; art. 50, tercera edad; art. 131, justa redistribución de la renta; art. 158, corrección de desequilibrios económicos interterritoriales).

Por otra parte, la Constitución se preocupa de la igualdad en relación con la nueva fórmula de ordenación territorial: artículo 139 (“todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado”) y 149 (“la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”).

El Tribunal Constitucional, en Sentencia de 18 de febrero de 1993, declaró que “se configura como un valor superior que se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la Constitución deviene incompatible con orden de valores que la Constitución proclama”.

— **Pluralismo político.** Se recoge en el artículo 6 (“Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”). El pluralismo es un hecho social que reconoce la diversidad con que se manifiesta la personalidad humana y las situaciones que derivan de su estructura social (art. 20, pide respeto al “pluralismo de la sociedad”).

De dicho pluralismo social deriva la necesidad de proteger constitucionalmente las libertades de conciencia y de expresión del pensamiento, de asociación, de reunión y de coalición; y de sus manifestaciones concretas, la libertad de iglesias, de partidos y de asociaciones profesionales y sindicales.

— **Legalidad y jerarquía normativa.** Suponen la sujeción de los poderes públicos al ámbito de su competencia, estableciendo recursos para prevenir que no desborden esa competencia ni las leyes, como actuación del poder legislativo, ni los reglamentos o los actos administrativos del Gobierno, ni la Administración (arts. 106 y 161).

— **Publicidad de las normas.** Es garantía de la seguridad, y condición de una información adecuada del Derecho que debe ser cumplido y que por esta enunciación como un principio priva de valor jurídico a las instrucciones reservadas. No tendría sentido que el Derecho fuera secreto, por ello la eficacia y vigencia de las normas jurídicas dependen de su publicación, para que sean conocidas por las personas que puedan ser afectadas por sus efectos u obligadas a su cumplimiento. En este punto la Constitución es consecuente con el artículo 2.º.1. del Código Civil.

Reconocido el principio en el artículo 9.3, la propia Constitución hace otras alusiones: artículo 91 (“El Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación”), y 96.1 (“Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”).

138

— **Irretroactividad,** de las disposiciones no favorables o restrictivas de los derechos individuales. La regla general es la licitud constitucional de la retroactividad, al igual que el Código Civil dispone en el artículo 2.3 que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario. El Tribunal Constitucional en Sentencia de 20 de julio de 1981 ha establecido que “la retroactividad será inconstitucional cuando se trate de disposiciones sancionadoras no favorables o en la medida que restrinja derechos individuales... fuera de ello, nada impide, constitucionalmente, que el legislador dote a la ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno”.

— **Responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.** Estos principios se desarrollan en otros artículos de la Constitución: 106 (“1. Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. 2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos,

salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”), 121 (indemnización por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia).

— **Seguridad jurídica**, como cumplimiento de ese principio general del Derecho y especialmente del Estado de Derecho, de que cada uno conozca con certeza sus derechos y obligaciones y pueda prever las consecuencias de sus actos; quien se compromete a algo o inicia una actuación de cualquier tipo ha de encontrar una respuesta jurídica cierta en el Ordenamiento jurídico vigente en relación con las responsabilidades que contrae. Seguridad es en realidad consecuencia de la aplicación de los restantes principios.

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

— Seguridad jurídica o certeza del Derecho objetivo: principios de legalidad, de jerarquía normativa, de publicidad de las normas y de irretroactividad de las disposiciones indicadas;

— seguridad jurídica en la aplicación de las normas, y consiguiente interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos;

— y subsidiariamente responsabilidad, esto es, seguridad económica, indemnizatoria del fracaso de la seguridad jurídica” (RODRÍGUEZ ADRADOS).

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

De ello hemos de ocuparnos en lo sucesivo.

3.1.2. *Social.*

Nuestra primera jurisprudencia constitucional señaló que la afirmación del Estado social de Derecho implica una actuación positiva de los poderes públicos en el sentido de lo dispuesto en el artículo 9.2, así como una legitimadora de los medios de defensa adoptados por los grupos y estratos de la población socialmente dependientes. El significado de dicho artículo va más allá de la mera igualdad jurídica y debe ser interpretado dentro de las coordenadas del Estado social de Derecho.

El Tribunal Constitucional, al interpretar la cláusula del Estado social de Derecho, acepta la llamada “teoría de la irreversibilidad” de las conquistas sociales alcanzadas, y trata de compeler a los poderes públicos, especialmente al legislativo, para que desarrolle los postulados del artículo 9.2. (Sentencias 2 y 20 de julio de 1981).

140

Esta regulación se efectúa mediante la constitucionalización de los principios rectores de la política social y económica (art. 53.3), y mediante la regulación de la intervención pública en la actividad económica (Título VII). Además de otras referencias en los artículos 131 (planificación de la actividad económica), 128.1 (reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica) y 129.2 (acceso de los trabajadores a la propiedad privada de los medios de producción).

3.1.3. *Democrático.*

Los presupuestos del Estado de Derecho “democrático” que se contienen en la Constitución, son los siguientes:

— La titularidad de la **soberanía nacional**, que el artículo 1.2 atribuye al “pueblo español”. Este apartado viene a establecer la democracia como principio, precisando que del pueblo “emanan los poderes del Estado”: el pueblo, constituido en Cortes, establece las leyes (art. 66.1.); las Cortes contro-

lan la acción del Gobierno (art. 66.2), que responde solidariamente ante ellas (art. 108); y del pueblo emana la justicia que administra el poder judicial (art. 117.1). Decir que la soberanía reside en el pueblo y que de éste emanan los poderes del Estado es tanto como “consagrar” la democracia como forma del gobierno de España.

—La “participación” democrática se reconoce ampliamente en el texto constitucional, en los artículos 9.2 (participación de todos los ciudadanos); 51 (organizaciones de consumidores y usuarios); 87.3 (participación ciudadana en la iniciativa legislativa); 105.a) (audiencia de ciudadanos y organizaciones); 125 (participación en el Jurado); 131.2 (proyectos de planificación); 6, 7, 36 y 52 (funcionamiento democrático de partidos, sindicatos, colegios y organizaciones profesionales).

—La aceptación del pluralismo político y social que se indica en los artículos 6 (ya transcrito) y 7 (“Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”).

—La democracia como norma de convivencia, vinculada a la libertad de expresión aparece reconocida en los artículos 10 (respeto a los derechos de los demás); 18.4, 20.4 y 16.2 (respeto a la intimidad y el honor personal y familiar y libertad de conciencia); 27.2 (educación para el desarrollo de la personalidad humana).

3.2. Garantías de efectividad.

En un Estado de Derecho, el sistema que declare derechos y libertades sólo merece el calificativo de jurídico si, al mismo tiempo, establece las garantías para su efectividad. Esa es la idea que encierra el artículo 53 de nuestra Constitución:

“1. Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a).”

“2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.”

“3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo 3.º informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”

142 La vinculación de los derechos y libertades a todos los poderes públicos supone una reiteración de lo que dispone el artículo 9.1 y además está en consonancia con el artículo 10.1 (con la sola diferencia de que el 53.1 se refiere a “poderes públicos”, y el 9.1 a “poderes públicos y ciudadanos”), y lo hace con distinta intensidad según se trate de unos u otros derechos y libertades. Dentro de la expresión “poderes públicos” hay que incluir a las Comunidades Autónomas (art. 149.1.1.ª).

El artículo 53.1 mantiene el principio de aplicación directa, lo que quiere decir que no se precisa desarrollo legislativo para que los derechos y libertades sean aplicables, lo que no prohíbe la posibilidad de tal desarrollo, respetando “su contenido esencial”.

Este precepto se relaciona con lo dispuesto en los artículos 24.1, 55, 81.1 y 161-165. Hay que tener en cuenta, además, las siguientes leyes: de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (26 diciembre 1978); Protección de la Seguridad Ciudadana (21 de febrero de 1992).

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 señaló que para determinar lo que sea el contenido

esencial existen dos caminos que no son alternativos ni anti-téticos, sino complementarios, pudiendo realizarse conjuntamente. Por un lado, está la relación entre el lenguaje “y las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas”. Desde este primer camino, se entiende por contenido esencial “el tipo abstracto del derecho preexistente conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta”. Desde este primer planteamiento “constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro”. Y desde el segundo camino o planteamiento, el Tribunal va a acudir, siguiendo el ejemplo de la jurisprudencia alemana, a la noción de intereses jurídicamente protegidos”. Así pues, el contenido esencial de los derechos y libertades “es aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que el interés jurídicamente protegible, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”. O dicho en otras palabras, el contenido esencial “es aquella parte del contenido de un derecho, sin la cual éste pierde su peculiaridad”, o dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es inevitablemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga, entendiéndose por violación del contenido esencial “cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

3.2.1. *Garantías jurisdiccionales.*

El transcrito artículo 53.2 configura un recurso de amparo ordinario basado en los principios de preferencia y de sumariidad, que ha sido desarrollado por la Ley de 26 de diciembre de 1978 de protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, que supone a su vez una serie de garantías: jurisdiccionales penales, referentes a los delitos y faltas contra los derechos fundamentales de la persona; jurisdiccionales de orden contencioso-administrativo; y jurisdiccionales de orden civil.

144

Y también alude al recurso de amparo constitucional, que en la mayoría de supuestos supone el previo agotamiento de la vía judicial ordinaria, aunque la posición a este respecto del Tribunal constitucional sea de “prudencia”, partiendo de que son precisamente los jueces y tribunales ordinarios los órganos legitimados fundamentalmente para salvaguardar los derechos y libertades de los ciudadanos.

3.2.2. *Garantías extrajudiciales: el Defensor del Pueblo.*

El artículo 54 de la Constitución establece que “Una ley orgánica regulará la Institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales” (cfr. arts. 70.1.c, y 162.1).

Esta institución ha sido desarrollada por la Ley Orgánica de 6 de abril de 1981 (Reglamento de Organización y Funcionamiento de 18 de abril de 1983), reformada por Ley Orgánica de 5 de marzo de 1992. Se trata de una auténtica magistratura de opinión y de persuasión, que puede actuar de oficio o a instancia de parte, que no tiene funciones sancionadoras, pero sí de sugerencia (modificación o anulación de actos y resoluciones de la Administración, incluso de su-

gerencia de modificación normativa), de recomendación y advertencia (a funcionarios y autoridades), y de interposición de recursos de inconstitucionalidad y de amparo ante el Tribunal Constitucional.

3.3. Suspensión de derechos y libertades.

Un Estado de Derecho debe prever incluso la “defensa extraordinaria de la Constitución”. El artículo 55 dispone: “Los derechos reconocidos en los artículos 17 (*Habeas corpus*), 18, apartados 2 y 3 (inviolabilidad del domicilio; secreto de las comunicaciones); artículos 19 (residencia y circulación), 20, apartados 1 a) y d), y 5 (libertad de expresión y difusión de pensamientos, ideas y opiniones; secuestro de publicaciones); artículos 21 (libertad de reunión), 28, apartado 2 (derecho de huelga), y artículo 37, apartado 2 (medidas de conflicto colectivo), podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción”.

El artículo 55.2 viene además a reconocer la posibilidad de suspensión individual de derechos y libertades: “Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes” (Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1984, parcialmente declarada inconstitucional, por Sentencia de 16 de diciembre de 1988).

Bibliografía

- ÁLVAREZ CONDE, E.: *Curso de Derecho Constitucional*, I (2.ª ed., Madrid, 1996).
- ASTARLOA, F.: *El Defensor del Pueblo en España* (Palma de Mallorca, 1994).
- ATIENZA, M.: "Sobre la clasificación de los derechos humanos en la Constitución" (*Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1979, 2).
- BEUCHOT, M.: *Filosofía y Derechos Humanos* (México, 1993).
- CARRILLO, M.: *La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios* (Madrid, 1995).
- Comentarios a la Constitución*. GARRIDO FALLA, F., y otros (Madrid, 1985).
- Comentarios a la Constitución Española de 1978*. ALZAGA VILLAAMIL y otros (Madrid, 1992).
- CORTINA, A.: *Ética sin moral* (Tecnos, Madrid, 1990); "Conceptos y problemas actuales de los derechos humanos" (*Derechos y Libertades*, 1993, 1).
- DÍAZ, E.: *Estado de Derecho y sociedad democrática* (Taurus, Madrid, 1992).
- 146 FRIEDRICH, C. J.: *Man and his government* (Trad. española por González Casanova, J. A., Madrid, 1968).
- GARCÍA MORILLO, J.: *El amparo judicial de los derechos fundamentales* (Madrid, 1992); *La protección judicial de los derechos fundamentales* (Valencia, 1994).
- GARRORENA, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho* (Madrid, 1984).
- La Constitución Española* (Aranzadi, Pamplona, 1996).
- MINISTERIO DE JUSTICIA: *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución* (Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio, Madrid, 1988).
- PECES-BARBA, G.: *Los valores superiores* (Madrid, 1984); *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales* (Madrid, 1992); *Curso de derechos fundamentales. Teoría General I* (Madrid, 1991).
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *Los derechos fundamentales* (Tecnos, Madrid, 1988); *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Tecnos, Madrid, 1995).
- PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales* (Debate, Madrid, 1990).
- SALA, P.: *La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales* (Madrid, 1994).
- SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Sistema político de la Constitución española de 1978* (7.ª ed., Madrid, 1994).

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

1. El artículo 10.2 de la Constitución española y los convenios internacionales

El artículo 10.2 de la Constitución española dispone:

“2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

Una interpretación literal conduciría al error de considerar que los convenios internacionales tan sólo tienen valor interpretativo. Al objeto es esencial lo dispuesto en el artículo 96 de la misma Constitución: “1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional. 2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94” (previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos... tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución). El artículo 5.5. del Código Civil también se refiere al tema: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado»”.

Al tiempo presente están vigentes en España y forman

parte de nuestro ordenamiento jurídico interno los siguientes tratados y acuerdos internacionales a partir de su fecha de publicación en el "BOE", que indicamos, en cada caso, en primer lugar (entre paréntesis se indica la fecha del respectivo acuerdo y su entrada en vigor en su ámbito respectivo).

1.1. Convenios universales.

— 30 abril 1977: Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (de 12 diciembre 1966, en vigor desde 3 enero 1976).

— 30 abril 1977: Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (de 16 diciembre 1966, en vigor desde 23 marzo 1976). De este Pacto están también vigentes: 30 abril 1977, el Protocolo Facultativo Anexo (de 16 diciembre 1966, en vigor desde 23 marzo 1976); 7 julio 1989, la Declaración relativa al artículo 41 (en vigor desde 28 marzo 1979); y 10 julio 1991 el Segundo Protocolo Facultativo destinado a abolir la pena de muerte (de 15 diciembre 1989, en vigor desde 11 julio 1991).

1.2. Convenios europeos.

— 10 octubre 1979: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (de 4 noviembre 1950, en vigor desde 3 septiembre 1953). En relación con este Convenio llamado de Roma también están vigentes: 10 octubre 1979, El Protocolo de Enmienda n.º 3 (de 6 mayo 1963, en vigor desde 21 septiembre 1970); 10 octubre 1979, el Protocolo de enmienda n.º 5 (de 20 enero 1966, en vigor desde 20 diciembre 1971); 20 mayo 1982, el Protocolo Adicional n.º 2 (de 6 mayo 1963, en vigor desde 21 septiembre 1970); 17 abril 1985, el Protocolo Adicional n.º 6 (de 28 abril 1943, en vigor desde 1 marzo 1985); 6 diciembre 1985, la Declaración relativa al artículo 25 (en

vigor desde 5 julio 1955); 11 noviembre 1989, el Protocolo de Enmienda 8.º (de 19 marzo 1985, en vigor desde 1 enero 1990); 15 octubre 1990, la Declaración relativa al artículo 46 (en vigor desde 3 septiembre 1958); y 12 enero 1991, Protocolo Adicional (de 20 marzo 1952, en vigor desde 18 mayo 1954), Convenio de aplicación del acuerdo de Steugen de 14 de junio de 1985, firmado en Steugen el 19 de junio de 1990 (ratificado por España el 23 de julio de 1993), relativo a la supresión gradual de fronteras comunes.

— 26 junio 1980: Carta Social Europea (de 18 octubre 1961, en vigor desde 26 febrero 1965).

1.3. Convenios específicos.

— 14 abril 1932: OIT, Convenio n.º 29 sobre el trabajo forzoso (de 28 junio 1930, en vigor desde 1 mayo 1932).

— 23 agosto 1952: Convenio I de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña (de 12 agosto 1949, en vigor desde 21 octubre 1950).

— 26 agosto 1952: Convenio II de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar (de la misma fecha y vigor que el anterior).

— 2 septiembre 1952: Convenio IV de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (de la misma fecha y vigor que el anterior).

— 5 septiembre 1952: Convenio III de Ginebra relativo al trato debido al prisionero de guerra (de la misma fecha y vigor que el anterior).

— 21 agosto 1959: OIT, Convenio (n.º 45) relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas (adoptado el 21 junio 1959).

— 7 junio 1967: OIT, Convenio (n.º 97), relativo al trabajo de trabajadores inmigrantes (de 1 julio 1949, en vigor desde 22 enero 1952).

— 29 diciembre 1967: Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y prácticas análogas (de 7 septiembre 1956, en vigor desde 3 abril 1957).

— 4 diciembre 1968: OIT, Convenio (n.º 105) sobre abolición del trabajo forzoso (de 25 junio 1957, en vigor desde 17 enero 1959).

— 4 diciembre 1968: OIT, Convenio (n.º 100), relativo a la igualdad de remuneración entre hombre y mujer (de 29 junio 1951, en vigor desde 23 mayo 1953).

— 4 diciembre 1968: OIT, Convenio (n.º 111), relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (de 25 junio 1958, en vigor desde 15 junio 1960).

— 8 febrero 1969: Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (de 9 diciembre 1948, en vigor desde 12 enero 1951).

— 17 mayo 1969: Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (de 21 diciembre 1965, en vigor desde 4 enero 1969).

— 29 mayo 1969: Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de matrimonio (de 10 diciembre 1962, en vigor desde 9 diciembre 1964).

— 1 noviembre 1969: UNESCO, Convención contra la discriminación en la Educación (de 14 diciembre 1960, en vigor desde 22 mayo 1962).

— 25 diciembre 1969: Convenio sobre infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de aeronaves (Tokio, 14 septiembre 1963).

— 24 mayo 1972: OIT, Convenio (n.º 122) relativo a la política de empleo (de 9 julio 1964, en vigor desde 15 julio 1966).

— 15 enero 1973: Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 12 diciembre 1971).

— 10 enero 1974: Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 23 septiembre 1971).

— 23 abril 1974: Convenio sobre los derechos políticos de la mujer (de 20 diciembre 1952, en vigor desde 7 julio 1954).

— 4 julio 1974: OIT, Convenio (n.º 135) sobre los representantes de los trabajadores (de 23 junio 1971, en vigor desde 30 junio 1973).

— 4 enero 1977: Protocolo de enmienda a la Convención sobre la esclavitud firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926 (de 7 diciembre 1953, en vigor desde 7 julio 1955).

— 10 mayo 1977: OIT, Convenio (n.º 98) sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva (de 1 julio 1949, en vigor desde 18 julio 1951).

— 11 mayo 1977: OIT, Convenio (n.º 87), sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (de 9 julio 1948, en vigor desde 4 julio 1950).

— 8 mayo 1978: OIT, Convenio (n.º 138), relativo a la edad mínima de admisión al empleo (de 26 junio 1973).

— 21 octubre 1978: Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados (de 28 julio 1957, en vigor desde 22 abril 1954), y su Protocolo (de 31 enero 1967, en vigor desde 4 octubre 1967).

— 7 diciembre 1979: OIT, Convenio (n.º 141), relativo a los trabajadores rurales (de 4 junio 1975, en vigor desde 24 noviembre 1977).

— 8 octubre 1980: Convenio Europeo para la represión del Terrorismo (Estrasburgo, 27 enero 1977).

— 8 junio 1982: Convenio Europeo de Extradición (París 13 diciembre 1957).

— 22 julio 1982: Acuerdo Europeo sobre la exención de visado para los refugiados (de 20 abril 1959, en vigor desde 4 septiembre 1960).

— 17 septiembre 1982: Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal (Estrasburgo, 20 abril 1959).

— 18 junio 1983: Convenio Europeo sobre el estatuto legal de los trabajadores inmigrantes (de 24 noviembre 1977, en vigor desde 1 mayo 1983).

— 7 julio 1984: Convención Internacional contra la toma de rehenes (Nueva York, 17 diciembre 1979).

— 12 diciembre 1984: OIT, Convenio (n.º 151), sobre las relaciones de trabajo en la Administración pública (de 27 junio 1978, en vigor desde 25 febrero 1981).

— 11 junio 1985: Primer y Segundo Protocolo del Convenio Europeo de Extradición (Estrasburgo, 15 octubre 1975 y 17 marzo 1978, respectivamente).

— 7 febrero 1986: Convenio sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 14 diciembre 1973).

— 12 noviembre 1986: Convenio Europeo de Seguridad Social (de 14 diciembre 1972, en vigor desde 1 marzo 1974).

— 24 julio 1987: Acuerdo Europeo sobre la transferencia de responsabilidad para refugiados (de 16 octubre 1980, en vigor desde 1 diciembre 1980).

— 9 noviembre 1987: Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes (de 10 diciembre 1984, en vigor desde 26 junio 1987).

— 9 diciembre 1987: Declaraciones relativas a los artículos 21 y 22 de la anterior Convención sobre la tortura.

— 6 octubre 1988: OIT, Convenio (n.º 102) sobre el Standard mínimo de Seguridad Social (de 28 junio 1952, en vigor desde 27 abril 1955).

— 10 abril 1989: Reglamento Suplementario para la aplicación del Convenio Europeo de Seguridad Social (de 14 diciembre 1972, en vigor desde 1 marzo 1977).

— 5 julio 1989: Convenio Europeo para la Prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos y degradantes (de 26 noviembre 1987, en vigor desde 1 febrero 1989).

— 26 julio 1989: Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (Protocolo Adicional I), Declaración relativa al artículo 90 del Protocolo Adicional I; y Protocolo Adicional al II. Los dos protocolos adicionales de 8 junio 1977 entraron en vigor el 7 diciembre 1978. La declaración lo hizo el 20 noviembre 1990.

— 30 diciembre 1990: Convención sobre los Derechos del Niño (de 20 noviembre 1989, en vigor desde 2 septiembre 1990).

2. Las Naciones Unidas (ONU)

El 24 de octubre de 1945 entró en vigor la **Carta de las Naciones Unidas** (Carta de San Francisco), en la que aparecen reiteradas las nociones, no definidas, de “derechos fundamentales del hombre”, “derechos humanos”, “dignidad de la persona humana”:

— Los estados miembros reafirman su fe en “los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana” (Preámbulo).

— Entre sus propósitos se inscribe el “desarrollo y estímulo de los derechos humanos” (art.1).

— La Organización promoverá “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y a la efectividad de tales derechos y libertades” (art. 55.c.).

— Los estados miembros “se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente en cooperación con la Organización” (art. 56).

— Los estados miembros que tengan o asuman responsabilidades de administración en territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado la plenitud del gobierno propio, “reconocen que los intereses de los habitantes de esos territorios están por encima de todo”..., “como encargo sagrado la obligación de promover... el bienestar de los habitantes de esos territorios” (art. 73).

— Entre los objetivos básicos de la administración fiduciaria están los de “promover el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión” (art. 76).

— Los artículos 13.1.b), 62.2 y 68 de la Carta reconocen competencias a la Asamblea General y al Consejo Económico y Social, para la promoción de los derechos humanos. De modo especial el citado artículo 68 atribuye al Consejo citado la facultad de establecer comisiones de orden económico y social “para la promoción de los derechos humanos”.

La doctrina se planteó, desde el principio, el significado y alcance jurídico de la Carta en materia de derechos humanos y sin negar la innovación que supuso proclamar con carácter general la dignidad intrínseca de todo ser humano, se interrogó si llegaba a imponer a los estados miembros obligaciones jurídicas y formales concretas en materia de respeto de los derechos humanos.

154

Unos consideraron que la Carta se limitaba a formular principios y funciones de la Organización, sin ninguna competencia para imponer obligaciones de garantía respecto de tales derechos. La opinión contraria fue mantenida por LAUTERPACHT y GOLSONG.

Me adhiero a la tesis mantenida por CARRILLO SALCEDO: “La Carta de las Naciones Unidas impone obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos tanto a la Organización (en orden a la promoción de los derechos y libertades fundamentales y a la efectividad de tales derechos y libertades, en los términos del art. 55.c. de la carta), como a los Estados miembros (que para la realización de los propósitos anteriores se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, en los términos del art. 56 de la Carta)”.

2.1. La Declaración de los derechos humanos (1948) y los pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales (1966).

No obstante la afirmación anterior, hay que reconocer que la Carta no define con precisión jurídica cuáles son los derechos humanos que proclama. Para completarla se creó una

comisión especial (**Comisión de Derechos Humanos**) que en tiempo relativamente corto preparó una Declaración que contenida en la Resolución 217 (III) de 10 de diciembre de 1948 fue aprobada por la Asamblea General, compuesta entonces por 58 estados, por 48 votos a favor, ninguno en contra y 10 abstenciones.

Nadie discute la obligatoriedad moral de la Declaración en cuanto que pauta superior de inspiración y criterio superior de interpretación para los órganos de aplicación del derecho internacional positivo. WALDOCK sostuvo en 1965 que la Declaración es una interpretación auténtica de las disposiciones de la Carta. Tesis que CARRILLO SALCEDO ha reforzado al escribir: "que si en 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos fue proclamada como ideal común por el que todos los pueblos y naciones debían esforzarse, con el exclusivo valor jurídico de una Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que los estados debían tomar en consideración de buena fe, se ha ido transformando progresivamente en una interpretación auténtica de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos y en un elemento clave de la estructura constitucional del Derecho internacional contemporáneo".

Resultó que la Declaración Universal de Derechos Humanos no pudo ser desarrollada de acuerdo con el plan previsto en 1948. Se había concebido como un primer paso a ser completado por otros dos, consistentes en la adopción de tratados que dieran precisión jurídica a los conceptos y principios enunciados en la Declaración, y en la instauración de mecanismos de control y garantía de protección de los derechos humanos.

La situación internacional: guerra fría y descolonización, malogran la rapidez de soluciones y hasta 1966 no se adoptan los pactos, que tardan otros diez años (1976) en alcanzar su vigencia por el número exigido de ratificaciones. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Cul-

turales entró en vigor el 3 de enero de 1976; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y su Protocolo Facultativo entraron en vigor el 23 de marzo de 1976. España, como se ha dicho anteriormente, ha ratificado ambos pactos y adherido al Protocolo.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante [D]) consta de un Preámbulo y 30 artículos. El Preámbulo contiene siete Considerandos en los que no falta la referencia a la Carta, que reflejan las ideas rectoras de la misma: “reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”..., “aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”... “que los derechos humanos sea protegidos por un régimen de derecho”..., “promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones”..., “han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...”, “los estados miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre”..., “que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso”.

156

Tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante CP), como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante ESC), contienen una inicial declaración en la que se alude a “los principios enunciados en la carta” y al “ideal” de la Declaración Universal, “considerando que la Carta... impone a los estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas” y “comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obliga-

ción de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto”.

También ambos Pactos, antes de enunciar, explicar y desarrollar los Derechos de la Declaración contienen el reconocimiento del derecho a la libre determinación; el compromiso de respetar y garantizar los derechos; el compromiso de asegurar su goce; la admisión de medidas excepcionales de suspensión; y la manifestación de que “no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

2.1.1. *Derechos protegidos.*

Es lógico que los autores se empeñen en ofrecer “clasificado” el contenido de la Declaración, para tratar de agrupar los diferentes derechos. A título de ejemplo, tan sólo citaré tres intentos: el “dual” de VERDROSS, que distingue entre los derechos relativos a la libertad que implican un deber de abstención o una obligación de no hacer por parte del Estado, y los derechos que implican una acción positiva por parte del Estado; el “plástico” de CASSIN, que compara la Declaración con un templo, atrio (Preámbulo), cimientos (principios), cuatro columnas (derechos y libertades de orden personal, derechos del individuo en sus relaciones con los grupos de los que forma parte y las cosas del mundo exterior, libertades y derechos políticos, y derechos económicos, sociales y culturales) y el frontispicio (arts. 28 a 30); y el “más completo”, de CARRILLO SALCEDO, que diferencia cinco grupos: derechos inherentes a la persona, derechos que garantizan la seguridad de las personas, derecho relativos a la vida política del individuo, derechos económicos y sociales, y derechos relativos a la vida jurídica y social de los individuos.

Como pretendo analizar conjuntamente la Declaración y

los Pactos (para evitar repeticiones de textos), no tengo otra opción, prescindiendo de clasificaciones, que ceñirme al texto de la Declaración, y explicar cómo ha sido desarrollado y explicado en los pactos, al tiempo que así se destacará mejor en qué difieren una y otros.

2.1.1.1 *Principios.*

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (art. 1, D).

“1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía” (art. 2, D).

158

Este principio de igualdad ante la Ley y no discriminación a igual protección de la Ley se recoge, también, en el artículo 26, CP.

2.1.1.2. *Vida, libertad, seguridad de la persona.*

“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (art. 3, D).

En realidad este artículo reconoce tres derechos distintos, que se explicitan en el Pacto CP, en sus artículos 6, 9, 10 y 11.

En cuanto al derecho a la vida se dice “inherente a la persona humana... estará protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. El artículo 6, CP, se refiere además a la pena de muerte: en los países que no la hayan abolido; cuando constituya delito de genocidio; en

cuanto a la solicitud de indulto y conmutación; no aplicable a menores de 18 años ni mujeres embarazadas.

En cuanto a los derechos a la libertad y a la seguridad, se dice que “nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la Ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta” (art. 9.1., CP). Se regula además: el derecho de información del detenido, la comparecencia ante juez competente, el recurso ante el tribunal sobre la legalidad de la prisión, y el derecho de reparación (art. 9. 2 a 5, CP); el trato humano del detenido y el régimen penitenciario (art. 10, CP); y el que nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual (art. 11, CP).

2.1.1.3. Prohibición de la esclavitud y la servidumbre.

159

“Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas” (art. 4, D).

Ambos derechos, no estar sujeto a esclavitud y no estar sujeto a servidumbre se reiteran en el artículo 8, CP, que añade otro: “Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio”. Y concreta la exclusión de trabajos que no se considerarán forzosos: los que acompañan a penas de prisión impuestas por tribunal competente; los que se exijan “normalmente” a los presos; el servicio militar o el sustitutorio por objeción de conciencia; los que se impongan en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad; y los que formen parte de las obligaciones cívicas normales.

2.1.1.4. Prohibición de la tortura.

“Nadie estará sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (art. 5, D).

Se recoge esta disposición en el artículo 7, CP, que además añade: “En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

2.1.1.5. *Personalidad jurídica.*

“Todo ser humano tienen derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (art. 6, D).

Este derecho se recoge, con idéntica formulación en el artículo 16, CP.

2.1.1.6. *Igualdad ante la Ley.*

“Todos son iguales ante la Ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la Ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” (art. 7, D).

160

Estos derechos se reiteran en el artículo 26, CP, que además al referirse a la no discriminación repite las palabras del artículo 2, D.

2.1.1.7. *Derecho a la tutela judicial.*

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por las Constitución o por la Ley” (art. 8, D).

Los dos pactos citados contienen, a diferencia de este derecho, unos mecanismos de protección a los que nos referiremos luego.

2.1.1.8. *Detención arbitraria.*

“Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso, ni desterrado” (art. 9, D).

En realidad este precepto viene a ser un desarrollo del derecho contenido en el artículo 3, D, que desarrollan los artículos 9, 10 y 11, CP, a que ya nos hemos referido anteriormente.

2.1.1.9. *Derecho de audiencia.*

“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” (art. 10, D).

El apartado 1. del artículo 14, CP, es más completo, ya que a las palabras “derechos y obligaciones”, añade “de carácter civil”, con lo que clarifica que el derecho de audiencia es tanto civil como penal. Además añade: “La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda Sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

161

2.1.1.10. *Presunción de inocencia.*

“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la Ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” (art. 11.1., D).

Los apartados 2 a 7 del artículo 14, CP, recoge el derecho y concreta las garantías mínimas: información detallada y

en idioma que comprenda de las causas de acusación; tiempo y medios para preparar la defensa y comunicar con su defensor; juicio sin dilaciones indebidas; presencia en el proceso y defensa propia o de quien elija o se le designe gratuitamente de oficio, si carece de medios; interrogatorio de testigos de cargo y descargo; asistencia gratuita de intérprete; no ser obligado a declarar contra sí mismo; consideración de la readaptación social de los menores; derecho a que el fallo condenatorio sea recurrible en instancia superior; derecho a ser indemnizado, si la Sentencia es revocada, o es indultado por comprobarse un error judicial; y nadie puede ser condenado dos veces por el mismo delito.

2.1.1.11. Irretroactividad de la Ley.

162

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito” (art. 11.2, D).

El artículo 15, CP, completa la disposición anterior en dos puntos: “Si con posterioridad a la comisión del delito la Ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”; y excepciona de este derecho de irretroactividad, si los actos u omisiones, al tiempo de cometerse “fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

2.1.1.12. Derecho a la intimidad.

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias y ataques” (art. 12, D).

Idéntica formulación se contiene en el artículo 17, CP.

2.1.1.13. Libre circulación.

“1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país” (art. 13, D).

Los artículos 12 y 13 del CP contienen estos derechos, que concretan y amplían en dos puntos: a) la posibilidad de excepciones “no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la Ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”; b) el derecho de expulsión de extranjeros, sólo “en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la Ley, y a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente, o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente y hacerse representar con tal fin ante ellas”.

163

2.1.1.14. Derecho de asilo.

“1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él en cualquier país. 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas” (art. 14, D).

Este derecho no aparece recogido en ninguno de los dos Pactos (CP, ESC).

2.1.1.15. Derecho a nacionalidad.

“1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad” (art. 15, D).

No se recoge este derecho en CP, salvo el punto 3 del artículo 24: “Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

2.1.1.16. *Derecho al matrimonio.*

“1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (art. 16, D).

Estos mismos derechos se reconocen en el artículo 23, CP, con el añadido, “en caso de disolución se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”. Se complementa con la regulación de los derechos del niño que recoge el artículo 24, CP: “1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna..., a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

164

2.1.1.17. *Derecho de propiedad.*

“1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad” (art. 17, D).

Sin paralelo en los Pactos, por la lógica razón antes aludida, del enfrentamiento de posiciones políticas entre los estados que llegaron a ellos (países liberales, países socialistas, tercer mundo).

2.1.1.18. Libertad de pensamiento, conciencia y religión.

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia” (art. 18, D).

Estos derechos son recogidos en el artículo 18, CP, y completados con: la prohibición de medidas coercitivas que menoscaben tales libertades; la libertad de manifestación de religión y creencias “sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la Ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”; y el compromiso de los estados “a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

165

2.1.1.19. Libertad de opinión y expresión.

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión” (art. 19, D).

Reconocidos ambos derechos en los artículos 19 y 20, CP, se hacen algunas matizaciones: en cuanto al ejercicio de la libertad de expresión se reconoce que “entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la Ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

Más trascendente aún es la disposición del artículo 20, CP: “1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la Ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la Ley”.

2.1.1.20. Libertad de reunión y asociación pacíficas.

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. 2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación” (art. 20, D).

El derecho de reunión se reconoce en el artículo 21, CP, que además se refiere a su ejercicio que “sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la Ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás”.

166

Y el derecho de asociación se completa en el artículo 22, CP, con la expresión “incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses” (con referencia a las posibles restricciones y al respeto debido al Convenio OIT de 1948).

2.1.1.21. Participación en la vida política.

“1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad de voto” (art. 21, D).

Se repite la enumeración y el contenido en el artículo 25, CP.

2.1.1.22. *Derecho a la Seguridad Social.*

“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad” (art. 22, D).

En realidad este artículo contiene una declaración general por referencia a los derechos económicos, sociales y culturales, que desarrolla en los siguientes, y la alusión a un derecho concreto, a la seguridad social. Se reitera en el artículo 9 ESC (con el inciso final “incluso al Seguro Social”), y se amplía en el siguiente con la protección y asistencia a la familia, a las madres embarazadas (antes y después del parto) y a los niños y adolescentes (límites de edad para el trabajo, trabajos nocivos para su moral y salud, protección contra la explotación económica y social).

167

2.1.1.23. *Derecho al trabajo y salario justo.*

“1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses” (art. 23, D).

En el punto 4 se hace corolario del artículo 20.1 (asociación pacífica). El derecho al trabajo se explora en el artículo 6, ESC, reconociéndolo y añadiendo que “entre las medidas que habrá que adoptar cada uno de los estados partes... deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas en-

caminadas a conseguir un desarrollo social, económico y cultural constante y la ocupación plena y productiva...”.

Al derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias se refiere el artículo 7, ESC, que complementa el sentido de la Declaración con la referencia a: la seguridad e higiene en el trabajo; la igual oportunidad de promoción en sus categorías.

El artículo 8, ESC, regula con mayor amplitud de derecho a fundar sindicatos: a formar federaciones; a funcionar sin más limitaciones que las legales; y el derecho de huelga “de conformidad con las leyes de cada país”.

2.1.1.24. *Derecho al descanso.*

“Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas” (art. 24, D).

168

Se reitera este derecho en el artículo 7.d), del Pacto ESC.

2.1.1.25. *Derecho al nivel de vida.*

“1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social” (art. 25, D).

Al nivel de vida adecuado se refiere el artículo 11, ESC, que se completa con la referencia al “derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre”, por lo que se urgen los programas de mejora de los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos, la divulgación de principios sobre nutrición, el perfeccionamiento

o reforma de los regímenes agrarios y la utilización eficaz de las riquezas naturales; así como que se asegure la distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades.

A la salud física y mental se refiere el artículo 12, ESC, que insta como medidas de efectividad: la reducción de la mortalidad y sano desarrollo de los niños; el mejoramiento de la higiene del trabajo y del medio ambiente; la prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas; y la creación de condiciones que aseguren asistencia médica y servicios médicos.

A los cuidados y asistencia especiales de la maternidad y la infancia se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 10, ESC, que ha sido referido anteriormente.

2.1.1.26. *Derecho a la educación.*

169

“1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos y religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos” (art. 26, D).

Los artículos 13 y 14, ESC, reitera estos derechos y en su caso los concreta y desarrolla: la libertad de los padres, se extiende “en su caso, de los tutores legales”; “nada se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas

instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescribe el Estado”; y se concede un plazo de dos años para que los estados que no tengan el sistema de obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria se comprometan a elaborar y adoptar un plan detallado y progresivo.

2.1.1.27. *Vida cultural.*

“1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora” (art. 27, D).

Se reconoce este derecho en el artículo 15.1., ESC, aclarando el ejercicio del mismo: medidas necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura; respeto a la libertad para la investigación científica y para la actividad creadora; y reconocimiento de los beneficios que derivan del fenómeno y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

También alude al tema el artículo 27, CP: “En los estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías, el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

2.1.1.28. *Derecho al orden social e internacional.*

“Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos” (art. 28, D).

Como corolario (“frontispicio”, que decía CASSIN), de la Declaración: el artículo 29 dice que “toda persona tiene de-

beres respecto a la comunidad”, que el ejercicio de deberes y disfrute de libertades se está sujeto a las limitaciones legales, y que nunca su ejercicio podrá ser contrario “a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”; y el artículo 30, que “nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados”.

2.1.2. Mecanismos de protección.

Suele contraponerse la Declaración con los Pactos, en el sentido de que la primera no establece procedimientos de control, y los segundos sí. Aunque la afirmación sea cierta, la realidad es que los mecanismos apenas son coercitivos.

Hay establecidos tres órganos: la Comisión de Derechos Humanos (subsidiario del Consejo Económico y social de la ONU, de carácter intergubernamental) y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (creado por la Resolución 17/85), que actúan en relación con el Pacto ESC; y el Comité de Derechos Humanos que opera en relación con el Pacto CP (arts. 28 a 45) y su Protocolo facultativo.

171

También hay tres sistemas de control: uno obligatorio, “informe de los estados” aplicable a ambos Pactos; y los otros dos, reclamaciones interestatales” (optativo) y “reclamaciones individuales” (voluntario), sólo aplicables al Pacto CP.

2.1.2.1. Los informes de los Estados.

Consiste en la obligación (“se comprometen”, arts. 40, CP, y 16, ESC) que asumen los estados miembros de presentar informes (“sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto”; “sobre las medidas que hayan adoptado y los progresos realizados

con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo”, respectivamente).

Los informes se remiten al secretario general de las Naciones Unidas, y su camino es diferente según el Pacto.

En el Pacto CP, el secretario general los transmite al Comité de Derechos Humanos para su examen (40.2); celebra consultas con el Comité y puede transmitirlos a otros organismos especializados (40.3); el Comité estudia los informes y con sus comentarios los transmite a los Estados y si lo considera oportuno al Consejo Económico y Social (40.4); los Estados “podrán” presentar observaciones al Comité (40.5). El Comité presentará a la Asamblea General, por conducto del Consejo Económico y Social, un informe anual de sus actividades (45).

172

En el Pacto ESC, el secretario general los transmite al Consejo Económico y Social y a los organismos especializados (16); el Consejo Económico y Social podrá concluir acuerdos con los organismos especializados (18) y transmitir a la Comisión de Derechos Humanos para su información o recomendación (19), que podrá ser comentada por los estados partes (20); y el Consejo Económico y Social “podrá presentar de vez en cuando” a la Asamblea General informes y recomendaciones, así como un resumen de la información recibida de los estados (21).

Ni que decir tiene que un control de cumplimiento basado en meros informes, tiene una eficacia muy limitada, casi inoperante.

2.1.2.2. Reclamaciones entre Estados.

Se trata de un control por vía de reclamación interestatal sólo aplicable al Pacto CP: Todo Estado parte... podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte no cumple las obligaciones que le impone este Pacto” (41). Primera

dificultad en cuanto a efectividad: para que esta técnica de control proceda, es necesario que los Estados denunciante y denunciado, hayan aceptado previamente la Competencia del Comité (España la tiene aceptada, "BOE", 17 abril 1989).

Los artículos 41 a 45 regulan el procedimiento: el Comité (asegurándose de que ambos estados han aceptado su competencia), puede prestar sus buenos oficios para llegar a una solución amistosa; y si no es posible presentará en el plazo de doce meses informe de los hechos y posiciones de cada parte. Si ambas partes lo desean se puede crear una Comisión Especial de Conciliación, también con la finalidad de llegar a una solución amistosa; dicha comisión tiene un plazo de doce meses para presentar al presidente del Comité de Derechos Humanos un informe; desde ese momento las partes tienen tres meses para contestar si aceptan o no el informe. En todo caso el Comité presenta su informe de actividades a la Asamblea General de la ONU.

173

Esta publicidad no tiene más efectividad que lo que pueda implicar de censura ética y pública para el Estado que no acepte la solución propuesta por la Comisión especial. Pero tal "sanción moral" puede tener escasa eficacia en las relaciones internacionales.

2.1.2.3. Reclamaciones individuales.

Este sistema de control, sólo aplicable al Pacto CP, se encuentra regulado en su Protocolo Facultativo, y tiene carácter opcional desde el momento en que se exige, que el Estado demandado haya manifestado su voluntad en quedar obligado por el Pacto facultativo.

El órgano competente es el Comité de Derechos Humanos, para "recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto" (1). La comunicación debe ser "escrita" (2), no puede ser anónima, ni

constituir abuso de derecho ni ser incompatible con las disposiciones del pacto (3); haber agotado todos los recursos de la jurisdicción interna y no haber sido objeto de otro procedimiento internacional (5).

El Comité transmite la demanda al Estado, para que presente las observaciones oportunas. No cabe otra acción posterior internacional, y su única efectividad es que debe ser incluido en el informe anual preciso en el artículo 45 del Pacto, al que ya nos hemos referido. Hay que considerar como avance el que el artículo 86 del Reglamento del Comité reconoce la posibilidad de que éste se dirija al Estado demandado para que adopte medidas provisionales que eviten perjuicios irreparables a la víctima de la violación de derechos alegada.

174 **3. Los derechos humanos en Europa.**

Con lo dicho hasta aquí, resulta evidente la dificultad de la protección efectiva de los derechos humanos a nivel “universal”, por la divergencia política, socioeconómica y cultural de los estados implicados. Ello hace que el nivel “regional” cobre una mayor importancia, siquiera por pensar que los sistemas ideológicos y económicos están más próximos entre sí.

El Consejo de Europa, organización internacional regional, fue creado en Londres el 5 de mayo de 1975, con la finalidad de que la unión, cada vez más estrecha, entre sus miembros sirva “para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen el patrimonio común y favorecer su progreso económico y social” (art. 1), sobre tres pilares, la democracia parlamentaria, el estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos: “los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y a la verdadera fuente de la libertad individual y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia... imperio del Derecho... principio en virtud del

cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

En cumplimiento de tales principios el Consejo ha elaborado diversos convenios relativos a los derechos humanos, de los que nos interesa destacar dos: la “Convención de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales” (Roma, 4 de noviembre de 1950) y la “Carta Social Europea” (Turín, 18 de octubre de 1961). La primera se refiere a los derechos individuales, y la segunda, a los derechos colectivos.

3.1. Convención de Roma de 1950 y sus protocolos adicionales.

Al ser adoptado, este Convenio vino a transformar en obligaciones jurídicas varios de los principios proclamados en la Declaración de Derechos Humanos de 1948 tal y como resulta de su propio Preámbulo, en que hasta tres veces se remite a la Declaración Universal. Así considera “que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”, a las que se adhieren porque “constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo”. Por todo ello, “animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de **respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho**”, deciden “tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de **algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal**”.

De este modo los estados europeos contribuyeron a la positivación de los derechos reconocidos en la Declaración Universal, y lo hicieron con “humildad”, refiriéndose tan sólo a “algunos”, y ampliando, como veremos, el Convenio con

los protocolos 1, 4, 6 y 7. La estructura del Convenio es compleja (sesenta y seis artículos, divididos en cinco títulos: el primero enuncia el catálogo “parcial” de derechos reconocidos, y del segundo al cuarto, regula los mecanismos de control y garantía a través de dos órganos independientes, la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

176 El artículo 1 dispone que “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”, y tiene una importancia trascendental porque fundamenta la **Universalidad del Convenio**: no protege exclusivamente a los europeos, “sino a toda persona dependiente de su jurisdicción”. Y además porque ha permitido al Tribunal de los Derechos Humanos la interpretación teleológica que impone a los estados obligaciones positivas, y no sólo negativas de no hacer (9 octubre 1979: “debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida de cada momento y dentro de su ámbito de aplicación tiende a lograr una protección real y efectiva del individuo. Porque si bien el Convenio reconoce derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social...”).

Para que la exposición de los derechos reconocidos sea menos farragosa, reiterando conceptos y expresiones ya utilizadas, trataremos de sintetizarlos por referencia a la Declaración Universal que hemos transcrito íntegra (e incrementada con el contenido de los Pactos, que por cierto son posteriores, 1966, al Convenio de Roma, que sin duda, dada la identidad de textos, les sirvieron de inspiración).

El “goce de los derechos y libertades reconocidos” ha de ser asegurado, sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación” (art. 14, similar al art. 2, D).

3.1.1. *Los derechos protegidos.*

— **Derecho a la vida.** “1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la Ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará inflingida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la Ley, una revuelta o insurrección”.

Este texto coincide con el artículo 3, D, y 6, CP, en cuanto a reconocimiento del derecho, pero diverge en cuanto que estos últimos no recogen las excepciones.

— **Prohibición de la tortura.** El artículo 3 tiene idéntica formulación que el artículo 5, D.

— **Prohibición de la esclavitud o servidumbre.** El artículo 4 tiene igual formulación que el artículo 4, D, y se adelanta al 8, CP, en cuanto a “trabajos forzados u obligatorio”, y sus excepciones.

— **Derecho a la libertad y seguridad.** El artículo 5 coincide en reconocimiento con el artículo 3, D, y se adelanta en contenido al que tienen los artículos 9, 10, y 11, CP. España reserva su aplicación en la medida en que fuera incompatible con las disposiciones del Código de Justicia Militar.

— **Derecho de audiencia.** El artículo 6 reconoce los derechos de los artículos 10 y 11, D. España establece la misma reserva que respecto del artículo 5, anteriormente citada.

— **Irretroactividad de la Ley.** El artículo 7 coincide con el 11.2, D, y se adelanta en contenido al 15, CP.

— **Derecho a la intimidad.** El artículo 8 coincide con el 12, D, y 17, CP, pero concreta el tipo de injerencia: “2. No

podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

— **Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.** El artículo 9 coincide con el artículo 18, D, y además alude a las posibles restricciones que más tarde fueron acogidas por el artículo 18, CP.

178 — **Derecho a la libertad de expresión.** El artículo 10 reconoce este derecho (que comprende libertad de opinión y de recibir o comunicar informaciones o ideas), lo que no impide “que los estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”. Se reconoce en el artículo 19, D, y el Tratado de Roma se adelanta a las restricciones que reconocen los artículos 19 y 20, CP.

— **Derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación.** El artículo 11 reconoce estos derechos, que en cuanto a su ejercicio entrañan deberes y responsabilidades, coincidentes con los artículos 20, D, y 21 y 22, CP. España establece la reserva, en la medida en que fuere incompatible con los artículos 28 y 127 de la Constitución española.

— **Derecho al matrimonio.** El artículo 12 coincide con el artículo 16, D.

— **Derecho a la tutela judicial.** Este derecho al “recurso efectivo ante una instancia nacional” aparece reconocido en el artículo 13, coincidente con el 8, D.

Los artículos 15 al 18 del Tratado de Roma establecen el sistema de interpretación y medidas restrictivas de los derechos reconocidos: en caso de guerra, en la medida estricta en que lo exija la situación, con información al secretario ge-

neral del Consejo de Europa (art. 15); no imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros en relación con los artículos 10, 11 y 14 (art. 16); no cabe la actividad o acto tendente a la destrucción de los derechos y libertades políticas reconocidas (art. 17); y “las restricciones que en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades, no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas” (art. 18).

La lista de los derechos protegidos en el Convenio de Roma (menos extensa que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y de sus Pactos de desarrollo, aunque en algún punto de estos últimos sirviera de precedente), ha sido ampliada por los Protocolos adicionales 1, 4, 6 y 7 a los que nos referimos someramente.

— El Protocolo adicional 1 (adoptado, sin número, en 1952, pensando quizá que sería el único instrumento de desarrollo normativo del Convenio) añadió:

• Artículo 1. “Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del Derecho Internacional... sin perjuicio del derecho que poseen los estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”.

Cuando España ratificó en Protocolo (“BOE”, 12 enero 1991), a tenor del artículo 64 del Convenio, “deseando evitar cualquier incertidumbre”, formuló reserva a la luz del artículo 33 de la Constitución española, reiterando las declaraciones formuladas en relación con los artículos 25 y 46 del Convenio de Roma, reconociendo la competencia de la Comisión y del Tribunal europeos de Derechos Humanos, en relación a demandas posteriores a la fecha del depósito de la ratificación y en particular respecto de expedientes de expropiación iniciados después.

- El artículo 2 se refiere al **Derecho de instrucción** (educación y enseñanza), “respetando el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”.

- El artículo 3 se refiere al **Derecho a elecciones libres**, “a intervalos razonables... con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en las elecciones del cuerpo legislativo”.

— El Protocolo adicional 4 fue firmado por España el 23 de febrero de 1978, pero aún no ha sido ratificado.

- Artículo 1: “Nadie puede ser privado de su libertad por la única razón de no poder ejecutar una obligación contractual”.

- Artículo 2: “Toda persona que se encuentra en situación regular sobre el territorio de un estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia”. Si bien estos derechos pueden ser objeto de restricciones previstas en la Ley cuando constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás. Por otra parte el derecho a circular por el territorio de un Estado y a escoger libremente residencia puede ser objeto, en ciertas zonas determinadas, de restricciones que previstas por la Ley, estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática”.

- Los artículos 3 y 4 prohíben, respectivamente, la expulsión de nacionales o que se niegue a una persona la entrada en el territorio del estado del que fuese nacional, y la expulsión colectiva de extranjeros.

— El protocolo adicional 6, relativo a la pena de muerte, de 18 de abril de 1983, fue ratificado por España el 20 de diciembre de 1984 (“BOE”, 17 abril 1986). Viene a complementar el artículo 2 del Convenio (sin admitir excepciones invocando el art. 15 del Convenio, art. 3.º; ni reserva alguna invocando el art. 64 del Convenio, art. 4.º).

• Artículo 1.º: “Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado”.

• Artículo 2.º: Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra...”.

— El Protocolo adicional 7, de 22 de noviembre de 1984 (entrado en vigor el 1 de noviembre de 1988), ha sido firmado, pero no ratificado por España: prohíbe la expulsión arbitraria de extranjeros (art. 1.º), reconoce nuevas garantías procesales, como el derecho de recurso contra una condena penal (art. 2.º), reconoce el derecho a obtener una indemnización del Estado cuando una condena sea anulada o se produzca un indulto a causa de un error judicial (art. 3.º) y el principio *ni bis in idem* (art. 4.º), y proclama el principio de igualdad jurídica de los esposos en derechos y responsabilidades de carácter civil (art. 5.º).

181

3.1.2. *Mecanismos de protección.*

Las piezas fundamentales del sistema de garantía y control son dos órganos jurisdiccionales: “con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio, se instituyen: a) una **Comisión europea de los Derechos Humanos...** y b) un **Tribunal europeo de Derechos Humanos** (art. 19). La organización y funcionamiento de la Comisión y del Tribunal se rigen por las disposiciones del Convenio (enmendadas por los Protocolos 3, 5, 8 y 9) y sus reglamentos internos. Los sistemas o técnicas de protección son tres: los informes de los estados, las reclamaciones interestatales y las reclamaciones individuales.

El Protocolo de enmienda número 11 (firmado en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994) ha perfeccionado el sistema jurisdiccional de protección al establecer un único órgano judicial de garantía con jurisdicción obligatoria: el Tribunal europeo de los Derechos Humanos. Cuando llegue a entrar

en vigor el nuevo Tribunal sustituirá a los dos anteriores y eliminará por completo la anómala intervención de un órgano político, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en un procedimiento jurisdiccional de protección internacional de los derechos humanos.

— **Informes de los estados.**— Todo Estado parte está obligado a suministrar, a requerimiento del secretario general del Consejo de Europa, “las explicaciones pertinentes sobre la manera en que su Derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de este Convenio” (art. 57). Este sistema de control de información, de carácter no contencioso, apenas sí ha sido eficaz, pues sólo ha sido llevado a la práctica en escasas ocasiones.

182

— **Reclamaciones interestatales.**— “Toda parte contratante puede denunciar a la Comisión, a través del secretario general del Consejo de Europa, cualquier incumplimiento de las disposiciones del presente Convenio que crea que pueda ser imputado a otra Parte Contratante” (art. 24). Se trata de un sistema de garantía colectiva que no exige el requisito de la nacionalidad de la reclamación, es decir, que permite que un Estado parte demande ante la Comisión a otro Estado parte, aunque la violación del Convenio alegada por el Estado demandante no afecte a alguno o algunos de sus nacionales.

La demanda se presenta ante la secretaría general, que la remite a la Comisión, que examina su admisibilidad, intenta un arreglo amistoso y redacta un informe, que si el caso no se lleva ante el Tribunal en tres meses, pasa al Comité que toma una decisión obligatoria. En caso de que el asunto se presente ante el Tribunal el proceso concluirá con una sentencia internacional de obligado cumplimiento para los estados que acepten su jurisdicción.

— **Reclamaciones individuales.**— A tenor de lo dispuesto en el artículo 25 “cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares, que se consideren víctimas de una violación, por una de las Altas Partes Contra-

tantes” puede dirigir demanda al secretario general del Consejo de Europa. Corresponde entender de ella a la Comisión, pero su competencia es opcional o facultativa (ya que el citado art. 25 dice “la comisión podrá conocer”) y además sólo puede dirigirse si el Estado demandado ha declarado reconocer la competencia de la Comisión en esta materia. Por otra parte, para que la Comisión admita el conocimiento de la demanda, conforme a los artículos 26 y 27 del Convenio se exige: que no sea anónima; que no sea esencialmente la misma que otra examinada anteriormente por la Comisión; que se hayan agotado los recursos internos y hayan transcurrido al menos seis meses desde la resolución interna; que no sea incompatible con las disposiciones del Convenio, ni sea manifiestamente mal fundada o abusiva.

La relevancia teórica y práctica del recurso individual es innegable, pero el concepto de soberanía de los estados, sigue siendo muy relevante: por el carácter facultativo del conocimiento de la Comisión; porque la Comisión entiende de admisibilidad, pero no sobre el fondo, respecto del que no puede más que formular una opinión que deberá transmitir al Comité de Ministros del Consejo de Europa. Por otra parte ni la Comisión, ni el Tribunal tienen competencia para ordenar medidas cautelares, ya que únicamente pueden recomendarlas, si bien “las Altas Partes Contratantes se comprometen a conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean parte” (art. 53) y “la sentencia del Tribunal será trasladada al Comité de Ministros, que vigilará su ejecución” (art. 54).

183

3.2. La Carta social europea de 1961.

En línea paralela con la práctica de la ONU, el Consejo de Europa que reguló en el Convenio de Roma, como hemos visto, los derechos del hombre y las libertades fundamentales (sin faltar alusiones a algunos derechos, económicos, sociales y culturales: prohibición del trabajo forzoso,

derecho de libre sindicación, derecho de propiedad, derecho a la educación), se propuso que los derechos económicos, sociales y culturales fueran objeto de otro Convenio separado, conocido como **Carta social europea**, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, que entró en vigor el 26 de febrero de 1965. Ratificada por España, el 6 de mayo de 1980, fue publicada en el "BOE" de 26 de junio de 1980, con dos declaraciones sobre la interpretación y aplicación de los artículos 5.º y 6.º.

España también firmó, pero no ha ratificado el Protocolo adicional a la Carta social europea, de 5 de mayo de 1988 referente a "nuevas medidas tendentes a ampliar la protección de los derechos sociales y económicos", en base a los principios siguientes: "1. Igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión sin discriminación por razón de sexo". 2. Derecho de los trabajadores "a ser informados y a ser consultados en el seno de su empresa". 3. Derecho a tomar parte en la fijación y mejora de las condiciones de trabajo y del medio laboral de su empresa. 4. Derecho a la protección social en la vejez.

184

3.2.1. Derechos reconocidos.

La Carta social europea enumera en la parte primera diecinueve derechos, cuya realización aceptan las partes contratantes como objetivo de su política, y que se desarrollan en los diecinueve artículos de la Parte II.

— **Derecho al trabajo:** obtención y mantenimiento de un nivel de empleo más elevado y estable; libre elección del trabajo; servicios gratuitos de empleo; orientación, formación y readaptación profesionales (art. 1).

— **Derecho a unas condiciones de trabajo equitativas:** duración de las horas de trabajo; días festivos pagados; vacaciones anuales; reducción de horas en función de peligrosidad o insalubridad; reposo semanal (art. 2).

— **Derecho a la seguridad e higiene en el trabajo:** pro-

mulgación de reglamentos; medidas de control; consultas a las organizaciones de empleadores y trabajadores (art. 3).

— **Derecho a una remuneración equitativa:** nivel de vida decoroso; pago de horas extraordinarias; remuneración igual por un trabajo de igual valor; plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo; no permitir otras retenciones sobre salarios que las legales y reglamentarias (art. 4). No se prohíbe el despido inmediato en caso de infracción grave.

— **Derecho sindical:** la legislación nacional no debe menoscabar este derecho (art. 5). España interpretará y aplicará este artículo en relación con el artículo 31 y el anexo de la Carta, de manera que sus disposiciones sean compatibles con las de los artículos 28, 37, 103.3 y 127 de la Constitución española.

— **Derecho de negociación colectiva:** favorecer la concertación paritaria; promover procedimientos de negociación voluntaria; fomentar la conciliación y el arbitraje; posibilidad de emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga (art. 6). En cuanto a España vale lo dicho en el apartado anterior.

— **Derecho de los niños y adolescentes a protección:** edad mínima de admisión al trabajo (15 años), que será más elevada en trabajos peligrosos e insalubres; prohibir trabajos a niños en edad escolar obligatoria; limitar la jornada laboral de los menores de 16 años; salario equitativo; formación profesional; vacaciones pagadas; prohibición del trabajo nocturno a menores de 18 años; control médico regular a menores de 18 años en ciertos empleos; protección especial contra los peligros físicos y morales (art. 7).

— **Derecho de los trabajadores a protección:** descanso a mujeres embarazadas; despido ilegal durante el permiso de maternidad; garantizar la crianza de los hijos; regular el trabajo nocturno de las mujeres en trabajos industriales; prohibir el empleo femenino en trabajos subterráneos de minería y en otros de carácter peligroso, penoso e insalubre (art. 8).

— **Derecho a la orientación profesional:** incluso los minusválidos, jóvenes, adultos y niños en edad escolar (art. 9).

— **Derecho de formación profesional:** formación técnica y profesional de todas las personas, incluidos minusválidos; sistemas de aprendizaje y formación; formación de adultos y servicios de reconversión profesional; plena utilización de los servicios previstos (reducción o supresión del pago de derechos; asistencia financiera; cursos complementarios en horas de trabajo; eficacia del sistema de aprendizaje) (art. 10).

— **Derecho a la protección de la salud:** eliminar causas de salud deficiente; servicios educacionales y de consulta; prevenir enfermedades epidémicas, endémicas y otras (art. 11).

— **Derecho a la Seguridad Social:** mantener niveles satisfactorios (mínimos OIT, 105); elevación progresiva de nivel; medidas para conseguir: igualdad de trato entre nacionales de las partes contratantes; concesión de derechos de seguridad por medios tales como la acumulación de períodos de seguro (art. 12).

— **Derecho a la asistencia social y médica:** asistencia adecuada para las personas que no dispongan de recursos suficientes, sin que sufran disminución alguna en sus derechos políticos y sociales; asesoramiento y ayuda personal; cumplir las obligaciones derivadas del Convenio de Asistencia Social y Médica firmado en París el 11 de diciembre de 1953 (art. 13).

— **Derecho a los beneficios de los serviciales:** fomentar u organizar servicios que contribuyan al bienestar y desarrollo de los individuos y grupos; y estimular su participación en la creación y mantenimiento de tales servicios (art. 14).

— **Derecho de las personas físicas o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social:** tomar las medidas adecuadas y crear instituciones especializadas; proporcionar puesto de trabajo a minusválidos con servicios especiales de colocación y estimular a los empleadores (art. 15).

— **Derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica:** prestaciones sociales y familiares; disposiciones

fiscales; construcción de viviendas; ayuda a recién casados (art. 16).

— **Derecho de las madres y los niños a una protección social y económica:** creación de instituciones o servicios apropiados (art. 17).

— **Derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otras partes contratantes:** aplicar la normativa existente con espíritu liberal; simplificar formalidades; reducir o suprimir tasas y derechos de cancelación; liberalizar las normas sobre trabajadores extranjeros; reconocer el derecho de los ciudadanos a salir del país (art. 18).

— **Derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y a asistencia:** mantener servicios gratuitos; facilitar la salida, el viaje y la acogida; promover la colaboración de los servicios sociales, públicos o privados; garantizar el trato no menos favorable en cuanto a remuneración, condiciones de empleo y trabajo, afiliación a las organizaciones sindicales, y alojamiento; garantizar un trato no menos favorable en cuanto a impuestos, tasas y contribuciones relativos al trabajo; facilitar el reagrupamiento familiar (esposa e hijos menores de 21 años); garantizar trato no menos favorable en lo relativo a las acciones procesales; garantizar la no expulsión salvo amenaza de la seguridad del Estado o atentado contra el orden público o las buenas costumbres; permitir la transferencia de ganancias o ahorros; extender las medidas a los trabajadores migrantes por cuenta propia (art. 19).

187

3.2.2. *Mecanismos de protección.*

Cada una de las partes se compromete a considerar la parte I como una declaración de objetivos que tratará de alcanzar por todos los medios adecuados, y a considerarse obligada por cinco de los siete artículos 1, 5, 6, 12, 13, 16 y 19, y por otros cinco de los demás, que deberán ser comunicados al secretario general del Consejo de Europa en el momento del depósito de su instrumento de ratificación (art. 20).

Las medidas de protección, debido a la índole peculiar de estos derechos difiere del Convenio de Roma. En el presente caso se limitan a la presentación de **Informes** bienales (art. 21) por los respectivos gobiernos, dirigidos al secretario general, que son examinados por un Comité de expertos “independientes, de máxima integridad y de competencia reconocida” (art. 25) con un representante de la OIT a título consultivo (art. 26). Los informes y las conclusiones del Comité se someten a examen ante el Subcomité Social Gubernamental del Consejo de Europa, que emitirá informe de conclusiones al Comité de Ministros (art. 27). Tras su paso por la Asamblea Consultiva, el Comité de Ministros, previa consulta de la Asamblea, “podrá formular las recomendaciones que estime pertinentes a cada una de las Partes Contratantes” (art. 29). Poca efectividad pues en los mecanismos protectores, ya que la “recomendación”, ni tiene carácter obligatorio, ni implica sanción alguna.

3.3. Los derechos humanos en la Comunidad Europea.

Se consideró, en principio que la protección de los derechos humanos no formaba parte del derecho comunitario, a pesar de que en el Tratado CEE figuren alusiones a: “la paz y la libertad” (Preámbulo), “la elevación acelerada del nivel de vida” (art. 2), la prohibición de “toda discriminación por razón de nacionalidad” (art. 7); y de que contenga normas de cierta trascendencia en el campo de los derechos humanos como son, la libertad de establecimiento (art. 52), la libre circulación de trabajadores (art. 48), la protección de la propiedad (arts. 36 y 222), el secreto profesional y empresarial (art. 214), el principio de no discriminación salarial por razón de sexo (art. 119) y la promoción del derecho a la asociación sindical y a la negociación colectiva (art. 118).

No obstante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, aplicando los principios generales del Derecho, desde 1969 (caso Stauder), ha protegido los derechos fundamentales.

También aparece la idea de respeto debido a los derechos humanos en otros instrumentos:

— En el Preámbulo del **Acta única europea**, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986, se reconoce que los estados están “decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y las leyes de los estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta social europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social”.

— La **Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores** de 9 de diciembre de 1989 hace referencia a: libre circulación, empleo y retribución, mejora de las condiciones de vida y trabajo, protección social, libertad de asociación y negociación colectiva, formación profesional, igualdad de trato entre hombres y mujeres, información, consulta y participación de los trabajadores, protección de la salud y seguridad en el medio laboral, protección de niños y adolescentes, tercera edad y minusválidos.

— Por último, el artículo F.2 (Título I, Disposiciones comunes), del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht en 1992 dispone: “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”.

189

3.4. Los derechos humanos en el acta final de Helsinki.

La Declaración sobre los principios que rigen las relaciones entre los estados participantes (cooperación en el campo humanitario y en otros campos) forma parte de la llamada “primera cesta” de los acuerdos que constituyen el Acta fi-

nal de la Conferencia sobre la seguridad y la cooperación en Europa (1 de agosto de 1975). El texto que sigue se contiene en el punto VII.

“Los estados participantes respetarán los derechos humanos y las libertades de todos, incluyendo la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.”

“Promoverán y fomentarán el ejercicio efectivo de los derechos y libertades civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y otros derechos y libertades, todos los cuales derivan de la dignidad inherente a la persona humana y son esenciales para su libre y pleno desarrollo.”

“Los estados participantes reconocen el valor universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, cuyo respeto es un factor esencial de la paz, la justicia y el bienestar...”

190 “Respetarán constantemente estos derechos y libertades en sus relaciones mutuas...”

“Actuarán de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y con la Declaración Universal de Derechos Humanos...”

Hasta enero de 1989, en la reunión de continuidad de Viena, no se aprobó un mecanismo de control, mediante la obligación de información sobre presuntas violaciones. Mecanismo perfeccionado en posteriores reuniones de 1990 (Copenhague), 1991 (Moscú) y 1992 (Praga).

4. Referencia a otros convenios regionales

Aunque no afecta a la situación europea, y en este Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, será objeto de análisis, por los países respectivos, nos parece oportuno, en el ámbito de un derecho comparado, ofrecer una mínima situación de los derechos humanos, en otros continentes.

4.1. Tratados regionales americanos.

La adhesión de los estados sudamericanos a los derechos humanos fue ya proclamada en 1945 (antes de la Declaración Universal de 1948) en la Conferencia de Chapultepec, donde se admitió la posibilidad de establecer un sistema de protección internacional de los derechos humanos. La IX Conferencia Internacional de estados americanos, en abril de 1948, adoptó (fuera del marco de la carta de la OEA) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, proclamando que “la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del Derecho americano en evolución”.

En la III Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) se adoptó el protocolo de reformas a la Carta de la OEA, que entre otros, incluía el tema de una Convención Americana de Derechos Humanos, que fue adoptada en San José de Costa Rica en el marco de la Conferencia Interamericana Especializada (7 al 22 de noviembre de 1969), que entró en vigor el 18 de julio de 1978. Se trata de un convenio muy complejo (un preámbulo; primera parte destinada a los deberes de los estados y derechos reconocidos; segunda parte, dedicada a los medios de protección).

Sin entrar en su análisis pormenorizado, es de importancia destacar: que su catálogo de los derechos inderogables es más amplio que el de los demás convenios universales o regionales (personalidad jurídica, vida, integridad personal, esclavitud o servidumbre, irretroactividad de la Ley penal, conciencia y religión, protección de la familia, derecho al nombre, derechos del niño, derecho a la nacionalidad, derechos políticos de los ciudadanos), aunque algunas de sus disposiciones se refieran más a buenos deseos que a realidades; y en especial que incluye entre los derechos inderogables las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos que no pueden ser objeto de suspensión.

Los mecanismos de control están inspirados en el modelo europeo (órganos, Comisión Interamericana de derechos humanos y Corte Interamericana de derechos humanos; sistemas de información, comunicaciones interestatales y comunicaciones individuales). La Comisión decide sobre la admisibilidad de la demanda, intenta un arreglo amistoso e instruye los hechos. Si no se llega a solución amistosa la Comisión redacta un informe con sus conclusiones que transmite a los estados interesados (y no a otro órgano, como sucede en Europa con el Comité). Si en el plazo de tres meses el informe no es sometido a la Corte, la Comisión manifiesta su opinión, hace las recomendaciones pertinentes, concediendo un plazo para tomar medidas, transcurrido el cual la propia Comisión decide si se han cumplido y si se publica o no su informe.

4.2. Tratados regionales africanos.

La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada el 26 de junio de 1981, entró en vigor el 21 de octubre de 1986, y obliga a un total de cuarenta y nueve estados.

Su principal característica es que establece una serie de deberes del individuo hacia su familia, la sociedad y el Estado y otras comunidades legalmente reconocidas como la OUA y la sociedad internacional (arts. 27 a 29). Los artículos 1 al 26 reconocen el listado tradicional de derechos con omisión de la no intromisión en la vida privada, el derecho a la nacionalidad y a no ser privado de ella. Trata de evitar a toda costa que la soberanía política no quede confiscada por su soberanía económica.

Los mecanismos de protección derivan de la existencia de una Comisión Africana de los derechos humanos y de los pueblos, que tiene la misión de promover los derechos enunciados y de recibir comunicaciones de los estados partes. No existe por ahora Tribunal especializado.

5. Algunas conclusiones

Habiendo tratado en este capítulo los derechos humanos en los convenios internacionales universales y regionales parece adecuado llegar a alguna conclusión práctica en relación con el tema global de Notariado y derechos humanos.

En el plano normativo, la proclamación de la noción jurídica de la dignidad intrínseca de la persona y la afirmación de que todo ser humano es titular de derechos propios oponibles a todos los estados, incluso al suyo propio, ha supuesto que tales derechos constituyan una de las dimensiones constitucionales del Derecho Internacional Contemporáneo (CARRILLO SALCEDO). Los estados tienen hoy el deber de asegurar el respeto a los derechos humanos y la obligación de rendir cuentas de sus comportamientos en esta materia, y ello aunque la soberanía nacional (principio constitucional del orden internacional) no haya sido desplazada.

En el plano del desarrollo de los procedimientos internacionales de garantía y control del cumplimiento por los estados de sus obligaciones, sin duda por la influencia de la citada soberanía, los logros han sido menores. Los procedimientos existen, como hemos visto, pero son “manifiestamente precarios e insuficientes. La vía de progreso, sin embargo, es clara aunque pueda parecer utópica: la progresiva aceptación por los estados de mecanismos jurisdiccionales de protección de los derechos humanos, como los ya existentes en los sistemas europeo y americano, hasta llegar un día a la instauración de un Tribunal Universal de Derechos Humanos con jurisdicción obligatoria” (CARRILLO SALCEDO).

Los estados que respeten los derechos humanos fundamentales serán los “estados civilizados” (en terminología del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) y “amantes de la paz” (en terminología del art. 4 de la Carta de las Naciones Unidas). Aquellos que violen de modo sistemático, masivo y grave los derechos fundamentales de las personas que estén bajo su jurisdicción, incluso sus pro-

pios nacionales, no serán civilizados y serán enemigos de la paz.

En cualquier caso es obvio que la relación del notario con la defensa preventiva de los derechos humanos no tiene la misma relevancia, si examinamos el amplio espectro y catálogo de los derechos fundamentales reconocidos, a nivel universal y a nivel regional, que de un modo u otro, veremos recogidos y reconocidos en las respectivas constituciones nacionales.

Y es precisamente el pesimismo o la utopía en tema de protección efectiva de las violaciones cometidas contra los derechos humanos, sean civiles (más en la órbita notarial), políticos, económicos, sociales y culturales, lo que se trueca en optimismo a la hora de analizar hasta donde puede ser eficaz la “misión de paz del notario”, para evitar con su consejo y actuación profesional, en el ámbito autenticador de fijeza y seguridad jurídica, que tales violaciones, no se produzcan respecto de ciertos derechos fundamentales.

194

Bibliografía

- CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Soberanía de los estados y derechos humanos en Derecho Internacional Contemporáneo* (Madrid, 1995).
- CASSESE, A.: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo* (Barcelona, 1991).
- CASSIN, R.: “La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des Droits de l’Home” (*Recueil des Cours de l’Academie de Droit International*, 1951-II).
- DURÁN LALAGUNA, P., y otros: *Manual de Derechos Humanos* (Granada, 1993).
- FERNÁNDEZ DE LA VEGA SANZ, M. T.: *Derechos Humanos y Consejo de Europa* (Madrid, 1985).
- FERNÁNDEZ SANCHÍS, P. A.: *Las obligaciones de los estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Madrid, 1987).
- MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M.: *El Convenio Europeo de los Derechos Humanos: Ámbito, órganos y procedimientos* (Madrid, 1985).
- NIKKEN, P.: *La protección internacional de los derechos humanos: el desarrollo progresivo* (Madrid, 1987).

- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., y GONZÁLEZ VEGA, J.: *Derechos Humanos, Textos internacionales* (Tecnos, Madrid, 1991).
- SANJOSÉ, A.: *La protección de los Derechos Humanos en el ámbito del Derecho Internacional* (Valencia, 1992).
- TRUYOL SERRA, A.: *Los Derechos Humanos* (Tecnos, Madrid, 1982).
- URIBE VARGAS, D.: *Los derechos humanos y el sistema interamericano* (Madrid, 1972).
- VERDROSS, A.: *Derecho internacional público* (trad. española de Truyol Serra, 4.^a ed.)
- VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de Derecho internacional de los Derechos Humanos* (Estrasburgo, 1994).

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL

1. Evolución histórica hasta la Constitución de 1978

1.1. Constitución de Bayona (1808).

196

La Carta de Bayona, aceptada por los individuos de la Junta española el 7 de julio de 1808, no llegó a tener vigencia general porque por aquellas fechas se produjo la derrota francesa en Bailén y la generalización de la guerra. Aunque se dice de inspiración napoleónica no contiene ninguna lista de derechos fundamentales. Tan sólo en el Título XIII (“Disposiciones generales”), se contienen referencias a la inviolabilidad del domicilio (art. 126), a la detención ilegal (art. 127), a la abolición del tormento (art. 133), y a la propiedad en materia de fideicomisos, mayorazgos y sustituciones (arts. 135 a 140).

1.2. La Constitución de Cádiz (1812).

La Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812 es, quizá, hasta la hoy vigente de 1978, el texto más importante del constitucionalismo español, porque de modo directo gravitó sobre la política nacional hasta 1868, e incluso tuvo influencia en América (Constituciones de las antiguas colonias independizadas) y Europa (“Rissorgimento” italiano).

No incorpora una declaración de derechos separada, aunque aparecen, asistemáticamente, dispersos a lo largo del texto. Se deduce al carácter ético en los artículos 6 (los españoles deben ser “justos y benéficos”) y 13 (“el objeto del Gobierno es la felicidad de la nación puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los

individuos que la componen”). El principio de igualdad se refleja en los artículos 8 (“también está obligado todo español, sin distinción alguna a contribuir en proporción a sus haberes para los gastos del estado”), 248 (“en los negocios comunes, civiles y criminales no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas”), 258 (“el Código Civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”) y 358 (“las contribuciones se repartirán entre todos los españoles con proporción a sus facultades, sin excepción ni privilegio alguno”).

Se reconocen los derechos fundamentales más importantes, que la época revolucionaria fue consolidando, como, por ejemplo, en los siguientes artículos: 4 (“La nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas, **la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos** de todos los individuos que la componen”), 287 (“Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria...”), 303 (“No se usará nunca del tormento ni de los apremios”), 306 (“No podrá ser allanada la casa de ningún español sino en los casos que determine la ley para el buen orden y seguridad del Estado”), 373 (“Todo español tiene derecho de representar a las Cortes o al rey para reclamar la observancia de la Constitución”) y 371 (“Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir o publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes”).

197

1.3. Proyecto de Constitución de La Isabelina (1834).

Una sociedad secreta llamada **La Isabelina** intentó evitar la promulgación del Estatuto Real, remitiendo a su Majestad la Reina Gobernadora, el 24 de julio de 1834, una exposición firmada por FLÓREZ ESTRADA, acompañándole el tex-

to redactado por JUAN OLAVARRÍA. La policía hizo fracasar el proyecto.

Bajo el epígrafe “Derecho público de los españoles”, se contienen dos artículos importantes:

Artículo 1.- “Los gobiernos se han instituido para afianzar el **libre ejercicio de las facultades naturales**. Estas facultades son:

El derecho de poder hacer todo cuanto no esté prohibido expresamente por la ley o la costumbre.

El derecho de no poder ser preso ni juzgado sino en los casos y del modo previsto por las leyes anteriores al delito.

El derecho de poder aspirar a todos los honores, empleos y dignidades del estado sin necesidad de ningún requisito ni información nobiliaria.

El derecho de no poder ser turbado en el goce y posesión de su propiedad, excepto en los casos de conocida utilidad pública, y previo buen cambio, a bien vista de hombres buenos.

El derecho de expresar sus pensamientos, de palabra o por escrito, sin necesidad de licencia ni censura, sobre todo lo que no sea contrario a las leyes fundamentales, a las buenas costumbres, y al honor de las familias.”

Artículo 2.- “Ninguna autoridad humana puede mandar cosa contraria a estos derechos; no puede, por consiguiente, penetrar en el fuero interno del hombre, suspender las leyes protectoras de las prerrogativas naturales, ni dispensar a nadie del cumplimiento de las leyes bajo ningún concepto.”

1.4. La llamada “Tabla de Derechos” (1834).

Los Procuradores del Reino se dirigieron a la Reina el 18 de agosto de 1834 con un escrito en cuya exposición de motivos aparecen ideas como éstas: “El objeto de todos los Gobiernos **justos** es la **felicidad** de las naciones... Los **actos del hombre** que tienen por objeto el trabajo, la utilidad, el bienestar, la satisfacción de necesidades y deseos, y por fin el ejercicio de una **libertad** combinada con todos los intereses y con todas las acciones de la vida, no pueden dejar de ser el primer elemento constitutivo de toda organización social... La ignorancia de los primeros principios y el desenfreno de un despotismo ciego pudo concebir solamente los

errores más clásicos y perniciosos a la institución social... La inseguridad de las personas es un mal de graves consecuencias, que deben evitar las leyes. La vida, el honor, la reputación, la propiedad, el crédito y hasta las esperanzas de mejorar de fortuna, se pierden con la triste idea de verse privado de la libertad civil... La propiedad, que es fruto de los trabajos y afanes del hombre, o del dominio legítimamente adquirido, es un derecho tan respetable, que sin él no puede existir vínculo alguno social... La conveniencia y utilidad de la sociedad afianzó con más firmeza este derecho esencial, por el cual los hombres se fijan en un país y tienen patria... Los procuradores del reino piden a V.M. **que se digne sancionar como derechos fundamentales**, los que se contienen en el proyecto siguiente”:

Artículo 1. La libertad individual es protegida y garantizada; por consecuencia, ningún español puede ser obligado a hacer lo que la ley no ordena.

Artículo 2. Todos los españoles pueden publicar sus pensamientos por la imprenta sin previa censura, pero con sujeción a las leyes que reprimen los abusos.

Artículo 3. Ningún español puede ser perseguido, preso, arrestado, ni separado de su domicilio, sino en los casos previstos por la ley y en la forma que ella prescriba.

Artículo 4. La ley no tiene efecto retroactivo; y ningún español será juzgado por comisiones, sino por los tribunales establecidos por ella antes de la perpetración del delito.

Artículo 5. La casa de todos los españoles es un asilo que no puede ser allanado, sino en los casos y en la forma que ordena la ley.

Artículo 6. La ley es igual para todos los españoles; por lo mismo ella protege, premia y castiga igualmente.

Artículo 7. Todos los españoles son admisibles a los empleos civiles y militares, sin más distinción que la capacidad y el mérito; por tanto, todos deben prestarse igualmente a las cargas del servicio público.

Artículo 8. Todos los españoles tienen igual obligación de pagar las contribuciones votadas libremente por las Cortes en proporción de sus haberes.

Artículo 9. La propiedad es inviolable, y se prohíbe la confiscación de bienes; sin embargo, la propiedad está sujeta: primero, a las

penas legalmente impuestas y a las condenaciones hechas por sentencia legítimamente ejecutoriada; segundo, a la obligación de ser cedida al Estado cuando lo exigiere algún objeto de utilidad pública, previa siempre la indemnización competente a juicio de hombres buenos.

Artículo 10. La autoridad o funcionario público que atacase la libertad individual, la seguridad personal o la propiedad, comete un crimen, y es responsable con arreglo a las leyes.

1.5. Constitución de 1837.

La Constitución de 18 de junio de 1837 contiene una tabla de derechos y libertades, “aunque tímida” (SÁNCHEZ FERRIZ), incluida en el Título I (“De los españoles). En él se reconocen: libertad personal y de domicilio, derecho que podía ser suspendido por ley; garantía penal y procesal; garantías de la propiedad, en virtud de ellas no podría existir la pena de confiscación de bienes ni se podría expropiar, salvo causa de utilidad común y previa indemnización; igualdad para el acceso a cargos públicos; derecho a dirigir peticiones al rey y demás instituciones públicas; derecho de expresión de las ideas, lo que supone el derecho de expresarlas privada y públicamente por medios de difusión (arts. 2 a 10).

200

1.6. Constitución de 1845.

La Constitución de 23 de mayo de 1845 contiene una referencia a los derechos fundamentales casi idéntica a la de 1837 (salvo en cuanto no somete a los jurados los delitos de prensa y establece la confesionalidad del Estado) (art. 11).

1.7. Proyecto constitucional de Bravo Murillo (1852).

Fue publicado en la “Gaceta de Madrid” el 3 de diciembre de 1852; comprendía una ley fundamental y ocho leyes orgánicas: “El proyecto de Constitución sólo abraza las dis-

posiciones de carácter más fundamental y estable, dejando a las leyes orgánicas u otras especiales fijar la debida garantía de los derechos públicos y privados”.

La ley “sobre la seguridad de las personas” recogía la inviolabilidad del domicilio (art. 1); y la Ley “sobre la seguridad de la propiedad” se refería a la imposibilidad de confiscación de bienes y a la no privación de la propiedad, sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización (arts. 1 y 2).

1.8. Constitución de 1856.

El 14 de diciembre de 1855 se produjo en las Cortes la última intervención sobre la Constitución, sin que fuera votado el texto íntegro ni apareciera publicado. La reina se negó a sancionarlo, por lo que es conocida como Constitución *non nata*.

Tiene la misma estructura que las Constituciones de 1837 y 1845, con la particularidad de someter nuevamente la libertad de prensa a los jurados y consagrar la “tolerancia” religiosa (art. 14).

201

1.9. Constitución de 1869.

La Constitución de 1 de junio de 1869 tiene, según TOMÁS VILLARROYA, como característica “la atención prestada a los derechos individuales”, por ser mucho más larga y completa (incluso de lista abierta según el art. 29: “La enumeración de los derechos consignados en este Título no implica la prohibición de cualquier otro no consignado expresamente”) y por regular con generosidad todos y cada uno de los derechos reconocidos, como vemos seguidamente en su parte más esencial:

Artículo 2. “Ningún español ni extranjero podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito”. Se desarrolla en los artículos 3, 4, 10 y 12.

Artículo 5. "Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos urgentes de incendio, inundación u otro peligro análogo, o de agresión ilegítima procedente de adentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro...". Se desarrolla en los artículos 6, 8, 9 y 26.

Artículo 7. "En ningún caso podrá detenerse ni abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo, ni tampoco detenerse la telegráfica...". Se desarrolla en el artículo 8.

Artículo 11. "Ningún español podrá ser procesado ni sentenciado sino por el juez o tribunal a quien, en virtud de leyes anteriores al delito, competa el conocimiento, y en la forma que éstas prescriban..."

Artículo 13. "Nadie podrá ser privado temporal o perpetuamente de sus bienes y derechos, ni turbado en la posesión de ellos, sino en virtud de sentencia judicial..."

Artículo 14. "Nadie podrá ser expropiado de sus bienes sino por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutará sin previa indemnización regulada por el juez con intervención del interesado."

Artículo 16. "Ningún español que se halle en el pleno goce de sus derechos civiles podrá ser privado del derecho de votar..."

Artículo 17. "Tampoco podrá ser privado ningún español:

Del derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante.

Del derecho de reunirse pacíficamente.

Del derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública.

Del derecho de dirigir peticiones individual o colectivamente a las Cortes, al rey y a las autoridades". Se desarrollan en los artículos 18, 19 y 20.

Artículo 21. "La nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la Religión Católica. El ejercicio público o privado de cualquier otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho. Si algunos españoles profesaren otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior."

Artículo 22. "No se establecerán ni por las leyes ni por las autoridades disposición alguna preventiva que se refiera al ejercicio de los derechos definidos en este título".

Artículo 31. "Las garantías consignadas en los artículos 2, 5 y 6 y los párrafos 1, 2 y 3 del 17, no podrán suspenderse en toda la Monarquía ni en parte de ella, sino temporalmente y por medio de

una ley, cuando así lo exija la seguridad del estado en circunstancias extraordinarias...”

Artículo 24. “Todo español podrá fundar y mantener establecimientos de instrucción o de educación, sin previa licencia, salvo la inspección de la autoridad competente por razones de higiene y moralidad.”

Artículo 25. “Todo extranjero podrá establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria o dedicarse a cualquiera profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas.”

Artículo 27. “Todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad...”

1.10. Proyecto de Constitución Federal de 1873.

Este proyecto fue elaborado por una comisión de las Cortes constituyentes de 1873 y fue presentado el 17 de julio de dicho año. La manifestación de que los **derechos naturales** de los españoles eran anteriores a toda legislación se va a reflejar en la propia estructura de la declaración de derechos, que distribuye en un título preliminar, y articula en el Título II (“De los españoles y sus derechos”).

“La nación española reunida en Cortes Constituyentes, deseando asegurar **la libertad**, cumplir **la justicia**, y realizar el **fin humano**, a que está llamada en la civilización, decreta y sanciona el siguiente **código fundamental**.”

“Toda persona encuentra asegurados en la República, **sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos**, ni ley alguna autoridad para mermarlos **todos los derechos naturales**:

1.º El derecho a la vida, y a la seguridad, y a la dignidad de la vida.

2.º El derecho al libre ejercicio de su pensamiento, y a la libre expresión de su conciencia.

3.º El derecho a la difusión de sus ideas por medio de la enseñanza.

4.º El derecho de reunión y de asociación pacíficas.

5.º La libertad del trabajo, de la industria, del comercio interior, del crédito.

6.º El derecho de propiedad, sin facultad de vinculación ni amortización.

7.º La igualdad ante la ley.

8.º El derecho a ser jurado y a ser juzgado por los jurados; el derecho a la defensa libérrima en juicio; el derecho, en caso de caer en culpa o delito, a la corrección y a la purificación por medio de la pena.

Estos derechos son anteriores y superiores a toda legislación positiva.”

En el Título II se desarrollan estos derechos y aparecen además la inviolabilidad del domicilio (arts. 7 y 8), el derecho a no ser expropiado de los bienes sino por causa de utilidad común (art. 10), el derecho de libre establecimiento de extranjeros (art. 27), el derecho de acceso a los empleos y cargos públicos (art. 29), y la libertad de cultos (art. 34). Se repite la idea de que la lista de derechos no es cerrada: “La enumeración de los derechos expresados en este título no implica la prohibición de cualquier otro no declarado expresamente” (art. 31).

204

1.11. Constitución de 1876.

La Constitución de 27 de junio de 1876, fruto en su texto de un consenso entre las fuerzas políticas (en especial por lo que se refiere al tema religioso que reconoce la confesionalidad del estado y la libertad de cultos; y al derecho de asociación), refleja, sin embargo, el pensamiento constitucional de CÁNOVAS.

Esta Constitución, “dispuesta a no retroceder en el liberalismo” (SEVILLA ANDRÉS) recoge la declaración de Derechos del 69 (que era más amplia que las anteriores), pero su empeño se queda más corto, a mi entender, porque: no recoge el precepto que consagraba el *numerus apertus* de los Derechos; ni las cláusulas de garantía (límites del legislador en la regulación de los derechos o responsabilidad inmediata de quien los infrinja. Mientras en el 69 se decía que “estos derechos son anteriores y superiores a toda legislación positiva”, en la del 76, mezclando libertad y orden, se dispone en el art. 14: “Las leyes dictarán las reglas oportu-

nas para asegurar a los españoles en el respeto recíproco de los derechos que este título les reconoce, sin menoscabo de los derechos de la nación, ni de los atributos esenciales del poder público. Determinarán, asimismo, la responsabilidad civil y penal a que han de quedar sujetos según los casos, los jueces, autoridades y funcionarios de todas clases que atenten a los derechos enumerados en este título”).

A pesar de ello, la doctrina suele alabar la “flexibilidad” del texto de 1876, “las ambivalencias del texto constitucional que le iban a permitir una gran capacidad de adaptación a las diferentes coyunturas históricas posibilitarían, en orden a los derechos y libertades, una legislación que en la primera etapa canovista sería sustancialmente restrictiva en tanto que, más adelante, durante el gobierno de los liberales de SAGASTA, se desarrollaría una legislación que como JOVER pone de relieve, vendrá a instalarse en el surco abierto por los legisladores del sexenio” (FERNÁNDEZ SEGADO). Se citan, por ejemplo las leyes de 15 de junio de 1880 (sobre derecho de reunión), 30 de junio de 1887 (sobre Asociaciones) y 26 de junio de 1890 (sobre sufragio universal).

205

1.12. Proyecto constitucional de 1929.

Su formulación completa es: “Propuestas redactadas por la Sección primera de la Asamblea Nacional y leídas en la sesión plenaria de la misma el 6 de julio de 1929”. El Título III, “De los deberes y derechos de los españoles y de la protección otorgada a su vida individual y colectiva”, comprende diez artículos, en los que aparecen por primera vez algunos derechos sociales.

“Artículo 23. Los derechos de las personas son los siguientes:

1.º Ningún español ni extranjero podrán ser detenidos sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban.

2.º Todo detenido será puesto en libertad, o entregado a la autoridad judicial, dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención. Toda detención se dejará sin efecto o se elevará a

prisión, dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al juez competente. La providencia que se dictara se notificará al detenido dentro del mismo plazo.

3.º Nadie podrá ser preso sino en virtud de mandamiento del juez competente. El auto en que se haya dictado el mandamiento se ratificará o repondrá, oído el presunto reo, dentro de las setenta y dos horas siguientes al acto de prisión.

4.º Toda persona detenida o presa sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos en la Constitución y las leyes, será puesta en libertad, a petición suya o de cualquier español.

5.º Nadie que no sea el juez competente podrá penetrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España, sin su consentimiento. El registro de papeles y efectos se verificará siempre a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y, en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo.

6.º Ningún español ni extranjero podrán ser procesados ni sentenciados sino por el juez o Tribunal competentes, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban.

7.º Los españoles y extranjeros residentes en España podrán comunicarse libremente por correspondencia, cuyo secreto sólo podrá quebrarse legalmente, y en ningún caso revelarse, por la autoridad gubernativa. Todo auto judicial de detención o de registro de correspondencia, será motivado.

8.º Las leyes penales sólo tendrán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto reo, si éste no fuera delincuente habitual.

9.º Todo auto de prisión o de registro de morada será motivado.

10. No podrá concederse en ningún caso la extradición de un súbdito español.

11. Ningún español podrá ser compelido gubernativamente a mudar de domicilio o de residencia.

12. Ningún español podrá ser expatriado, ni a ninguno podrá prohibirse gubernativamente la entrada en territorio nacional.

13. Todo español estará facultado para emigrar a países extranjeros.

Los derechos reconocidos en este artículo, se ejercerán conforme a las leyes que los regulen, y sin más excepciones que las que ellas establezcan.

Artículo 24. El matrimonio y la vida familiar estarán bajo la especial protección del estado. Las leyes protegerán la maternidad contra todo género de actos y propagandas a ella opuestos, ampararán la infancia y defenderán a la juventud contra la explotación, la ignorancia y el abandono moral. La educación e instrucción de la prole serán facultad y obligación natural de los padres, sin perjuicio de los derechos y deberes supletorios del Estado.

Artículo 25. La propiedad, como facultad de gozar y disponer entre vivos y *mortis causa* de los bienes, y obligación correlativa de usarlos de modo que no lesione el interés general, está garantizada por la Constitución. Las leyes fijarán los límites a que deberá estar sujeto ese derecho, en consideración a su fin individual y social. Nadie estará obligado a pagar contribución que no haya sido establecida por las Cortes o por Corporaciones legalmente autorizadas para imponerla. No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad, ni de ninguno de los derechos que la integran, sino por autoridad competente, por causa justificada de interés público consignada en las leyes, y previa siempre la justa indemnización. Si no procediere el requisito de la indemnización, los jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado.

Artículo 26. Cada cual es libre de elegir su profesión y de aprender como mejor le parezca. Todo español podrá, dentro de la Constitución y de las leyes, fundar y sostener establecimientos de instrucción y de educación...

Artículo 27. Todos los españoles serán admitidos a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad.

Artículo 28. Todo español o extranjero podrán, dentro de las leyes, por sí mismos o en unión de los de su oficio, contratar libremente su trabajo... El trabajo de los españoles gozará de la especial protección del estado, dentro y fuera de España. El estado proveerá, con el concurso de las clases interesadas, por el seguro o por otros medios, a la conservación de la salud y capacidad de trabajo del obrero manual o intelectual y a las consecuencias económicas de la enfermedad, la vejez y los accidentes que procedan del riesgo profesional...

Artículo 29. Los derechos de los españoles en su vida de relación son los siguientes:

1.º Emitir libremente sus ideas y opiniones, de palabra o por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante, sin sujeción a la censura previa.

2.º Reunirse pacíficamente con sus conciudadanos.

3.º Asociarse con sus conciudadanos para los fines de la vida humana, constituir con ellos personas jurídicas dotadas de la capacidad civil que las leyes les reconozcan, y coligarse con los de su oficio o profesión para la defensa y el mejoramiento de sus intereses.

4.º Intervenir como ciudadanos en los negocios públicos.

5.º Dirigir peticiones, individual o colectivamente, al rey, a las Cortes y a las autoridades...

Artículo 30. Las leyes dictarán las reglas oportunas para asegurar a los españoles en el respeto recíproco de sus derechos, sin me-

noscabo de los de la nación, ni de los atributos esenciales del Poder público...

Artículo 31. Los derechos enumerados en este título no podrán suspenderse sino temporalmente, en los casos y en la forma que la ley estrictamente señale...

1.13. Constitución de 1931.

La Constitución de 9 de diciembre de 1931, suele incluirse en el grupo de las llamadas “constituciones de los profesores”, de gran altura técnica, aunque de escaso resultado político (FRAILE CLIVILLES), y se dice influida por la Constitución alemana de Weimar y por la mejicana. Su declaración de Derechos es la más larga de los textos constitucionales españoles, aunque no presenta excesivas originalidades. En el Título preliminar se contiene el artículo 3.º, que dispone: “Todos los españoles son iguales ante la Ley”. El Título II, se refiere a la “Nacionalidad”, mientras que el III, “Derechos y deberes de los españoles” comprende dos capítulos, el primero (arts. 25 a 42) para las “Garantías individuales y políticas, y el segundo (arts. 43 al 50), para “Familia, Economía y Cultura”.

208

Los artículos que más importan a nuestro estudio, son los siguientes:

Artículo 25. No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas...

Artículo 27. La libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español, salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública...

Artículo 28. Sólo se castigarán los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración. Nadie será juzgado sino por juez competente y conforme a los trámites legales.

Artículo 29. Nadie podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito...

Artículo 31. Todo español podrá circular libremente por el territorio nacional y elegir en él su residencia y domicilio...

Artículo 32. Queda garantizada la inviolabilidad de la correspondencia en todas sus formas...

Artículo 34. Toda persona tiene derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones... sin sujetarse a la previa censura...

Artículo 35. Todo español podrá dirigir peticiones, individual y colectivamente a los Poderes públicos y a las autoridades...

Artículo 38. Queda reconocido el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas...

Artículo 39. Los españoles podrán asociarse o sindicarse libremente para los distintos fines de la vida humana, conforme a las leyes del Estado...

Artículo 40. Todos los españoles, sin distinción de sexo, son admisibles los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad, salvo las incompatibilidades que las leyes señalen...

Artículo 43. La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado... El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la Declaración de Ginebra o tabla de los Derechos del niño.

Artículo 44. Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes. La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización... Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada... En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes.

Artículo 45. Toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye tesoro cultural de la nación y estará bajo la salvaguardia del Estado... El Estado protegerá también los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico.

Artículo 46. El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social y gozará de la protección de las leyes...

Artículo 47. La República protegerá al campesino y a este fin legislará, entre otras materias, sobre el patrimonio familiar inembargable... crédito agrícola... escuelas prácticas de agricultura y granjas de experimentación... obras para riego y vías rurales de comunicación...

1.14. Las leyes fundamentales del reino.

“Sería injusta y precipitada una conclusión que situara en el franquismo la total ausencia de libertades” (SÁNCHEZ FERRIZ).

La Ley Orgánica del Estado 1/1967, de 10 de enero, en su Disposición transitoria cuarta, establecía un plazo de cuatro meses para publicar los textos refundidos de las Leyes Fundamentales “ordenadas atendiendo a un criterio sistemático y no según el orden cronológico en que fueron promulgadas”. Así se hizo por Decreto 779/67, de 20 de abril. La declaración de derechos, **afectada siempre por la primacía de la Nación** (“subordinados siempre al bien común de la Nación”, como se expresa casi siempre), se encuentra en tres textos de dichas Leyes Fundamentales: Ley de Principios Fundamentales, Fuero de los españoles y Fuero del Trabajo que esquematizamos seguidamente.

— *Principios del Movimiento Nacional*

“España... aspira a la instauración de la justicia y de la paz entre las naciones” (III).

210

“La comunidad nacional se funda en el hombre, como portador de valores eternos, y en la familia, como base de la vida social... la ley ampara por igual el derecho de todos los españoles” (V).

“Todos los españoles tienen derecho: a una justicia independiente, que será gratuita para aquellos que carezcan de medios económicos; a una educación general y profesional, que nunca podrá dejar de recibirse por falta de medios materiales; a los beneficios de la asistencia y seguridad sociales, y a una equitativa distribución de la renta nacional y de las cargas fiscales. El ideal cristiano de la justicia social, reflejado en el Fuero del Trabajo, inspirará la política y las leyes” (IX).

“Se reconoce al trabajo como origen de jerarquía, deber y honor de los españoles, y a la propiedad privada, en todas sus formas, como derecho condicionado a su función social. La iniciativa privada, fundamento de la actividad económica, deberá ser estimulada, encauzada y, en su caso, suplida por la acción del estado” (X).

“La Empresa, asociación de hombres y medios ordenados a la producción, constituye una comunidad de intereses y una unidad de propósitos. Las relaciones entre los elementos de aquélla deben basarse en la justicia y en la recíproca lealtad, y los valores económicos estarán subordinados a los de orden humano y social” (XI).

“El Estado procurará por todos los medios a su alcance perfeccionar la salud física y moral de los españoles y asegurarles las más dignas condiciones de trabajo; impulsar el progreso económico de la nación con la mejora de la agricultura, la multiplicación de las obras

de regadío y la reforma social del campo; orientar el más justo empleo y distribución del crédito público; salvaguardar y fomentar la prospección y explotación de las riquezas mineras; intensificar el proceso de industrialización; patrocinar la investigación científica y favorecer las actividades marítimas, respondiendo a la extensión de nuestra población marinera y a nuestra ejecutoria naval" (XII).

"Los principios... son, por su propia naturaleza, permanentes e inalterables (art. 1). Todos los órganos y autoridades vendrán obligados a su más estricta observancia... (art. 2). Será nulas las leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los Principios... (art. 3)."

— *Fuero de los españoles*

Artículo 3. La ley ampara por igual el derecho de todos los españoles, sin preferencia de clases ni acepción de personas.

Artículo 4. Los españoles tienen derecho al respeto de su honor personal y familiar...

Artículo 5. Todos los españoles tienen derecho a recibir educación e instrucción y el deber de adquirirlas, bien en el seno de su familia o en centros privados o públicos, a su libre elección...

Artículo 6. La profesión y práctica de la Religión Católica, que es la del Estado español, gozará de la protección oficial. El Estado asumirá la protección de la libertad religiosa, que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que, a la vez, salvaguarde la moral y el orden público.

Artículo 10. Todos los españoles tienen derecho a participar en las funciones públicas de carácter representativo, a través de la familia, el municipio y el sindicato...

Artículo 11. Todos los españoles podrán desempeñar cargos y funciones públicas según su mérito y capacidad.

Artículo 12. Todo español podrá expresar libremente sus ideas mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado.

Artículo 13. Dentro del territorio nacional el Estado garantiza la libertad y el secreto de la correspondencia.

Artículo 14. Los españoles tienen derecho a fijar libremente su residencia dentro del territorio nacional.

Artículo 16. Los españoles podrán reunirse y asociarse libremente para fines lícitos y de acuerdo con lo establecido en las leyes...

Artículo 17. Los españoles tienen derecho a la **seguridad jurídica**. Todos los órganos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas, que no podrán arbitrariamente ser interpretadas ni alteradas.

Artículo 18. Ningún español podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que prescriben las Leyes...

Artículo 19. Nadie podrá ser condenado sino en virtud de ley anterior al delito, mediante sentencia de Tribunal competente y previa audiencia y defensa del interesado.

Artículo 21. Los españoles podrán dirigir individualmente peticiones al Jefe del Estado, a las Cortes y a la Administración...

Artículo 22. El Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley humana positiva...

Artículo 24. Todos los españoles tienen derecho al trabajo y el deber de ocuparse en alguna actividad socialmente útil.

Artículo 30. La propiedad privada como medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales, es reconocida y amparada por el Estado. Todas las formas de propiedad quedan subordinadas a las necesidades de la nación y al bien común. La riqueza no podrá permanecer inactiva, ser destruida indebidamente ni aplicada a fines ilícitos.

Artículo 31. El Estado facilitará a todos los españoles el acceso a las formas de propiedad más íntimamente ligadas a la persona humana: hogar familiar, heredad, útiles de trabajo y bienes de uso cotidiano.

Artículo 32. En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes. Nadie podrá ser expropiado sino por causa de utilidad pública o interés social, previa la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las Leyes.

— *Fuero del Trabajo*

“Gradual e inflexiblemente se elevará el nivel de vida de los trabajadores, en la medida que lo permita el superior interés de la nación” (I.2).

“Se conseguirá el embellecimiento de la vida rural, perfeccionando la vivienda campesina y mejorando las condiciones higiénicas de los pueblos y caseríos de España” (V.5).

“La empresa como unidad productora, ordenará los elementos que la integran en una jerarquía que subordine los de orden instrumental a los de categoría humana y todos ellos al bien común” (VIII.2).

“Se incrementarán los seguros sociales de vejez, invalidez, maternidad, accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, tuberculosis y paro forzoso, tendiéndose a la implantación de un seguro total. De modo primordial se atenderá a dotar a los trabajadores ancianos de un retiro suficiente” (X.2).

“En general el Estado no será empresario sino cuando falte la iniciativa privada o lo exijan los intereses superiores de la nación” (XI.4).

2. Constitución vigente (1978)

2.1. Valores superiores y principios.

La Constitución vigente desde el 27 de diciembre de 1978 (aprobada el 6 de diciembre), se inicia con un **Preámbulo** que sienta las bases del desarrollo articulado de los valores, principios y derechos fundamentales:

“La Nación española deseando establecer la **justicia, la libertad y la seguridad** y **promover el bien** de cuantos la integran, en uso de su **soberanía**, proclama su voluntad de: ... **proteger** a todos los españoles y pueblos de España en el **ejercicio de los derechos humanos**, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. **Promover** el progreso de la cultura y de la economía para asegurar una **digna calidad de vida...**”

El artículo 1.1, en la parte que ahora nos afecta, dispone que “**España...** propugna como **valores superiores** de su ordenamiento jurídico la **libertad, la justicia, la igualdad...**”.

Se completa el texto con el artículo 9.2: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la **libertad** y la **igualdad** del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

A los principios se refiere el artículo 9.3: “La Constitución garantiza el principio de **legalidad**, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la **seguridad jurídica**, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Ya nos hemos referido a valores y principios al tratar el punto relativo al Estado social y democrático de Derecho.

2.2. Los derechos fundamentales.

El Título I de la Constitución, que se refiere a “los derechos y deberes fundamentales” contiene una disposición general:

Artículo 10.— “1. La dignidad **de la persona**, los derechos inviolables, **que le son inherentes**, el **libre desarrollo de la personalidad**, el **respeto a la ley**, y a los derechos de los demás son fundamento del **orden político** y de la **paz social**. 2. Las normas relativas a los **derechos fundamentales** y a las **libertades** que la constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la **declaración universal de los derechos humanos** y los **tratados y acuerdos internacionales** sobre las mismas materias ratificados por España”.

214

Insistimos en lo ya dicho en el capítulo anterior: la dicción empleada por el artículo citado, “se interpretarán”, puede inducir a error, ya que su valor es mucho mayor, a tenor de lo dispuesto en el artículo 96 (“1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”) (cfr. art. 1.5 Código civil).

Es decir, que tales tratados, una vez publicados forman parte del ordenamiento jurídico español y son, por tanto, **normas obligatorias**. Por esta razón cuando nos refiramos a los respectivos derechos fundamentales concretaremos los artículos de los respectivos tratados internacionales que también están vigentes en España.

Consta además de cinco capítulos, de los que ahora nos interesan los tres primeros (a los otros dos nos hemos referido ya en el epígrafe correspondiente al estado de derecho):

Capítulo I: “De los españoles y los extranjeros” (arts. 11, 12 y 13), referido a la titularidad de los derechos y las condiciones de su ejercicio.

Capítulo II: “Derechos y libertades” (arts. 14 a 38), con la pretensión de establecer una lista “completa” de los mismos.

Capítulo III: “De los principios rectores de la política social y económica” (arts. 39 a 52).

2.2.1. *Titularidad de los derechos y condiciones de su ejercicio.*

— Artículo 11. “1. La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley. 2. Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad. 3. El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen” (*vid.* arts. 9.1 y 13.2).

En nuestro derecho histórico, las Constituciones (1812, 1837, 1845, 1869, 1876, 1931), se refirieron a la nacionalidad, aunque el núcleo fundamental de su regulación se contiene en el Código civil. No hay que olvidar la referencia en el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En la Constitución de 1978 la nacionalidad no se configura claramente como un derecho fundamental ya que su regulación se deja a la ley, estableciendo como límite la prohibición de pérdida de la nacionalidad del español de origen.

Los países con tratado de doble nacionalidad, son: Chile (24 de mayo de 1958), Perú (16 de mayo de 1959), Paraguay (25 de junio de 1959), Nicaragua (15 de julio de 1961), Guatemala (28 de julio de 1961), Bolivia (12 de octubre de 1961), Ecuador (4 de marzo de 1964), Costa Rica (8 de junio de 1964), Honduras (15 de junio de 1966), República Dominicana (15 de marzo de 1968), Argentina (14 de abril de 1969) y Colombia (27 de junio de 1979). Todos ellos ratificados.

— Artículo 12. “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años.”

El establecimiento de la mayoría de edad a los dieciocho años encadena muchos efectos en relación con la capacidad de obrar a efectos civiles, la emancipación, las relaciones paternofiliales y el derecho patrimonial. En realidad la mayoría de edad es una situación o cualidad de la persona que condiciona el goce o el ejercicio de ciertos derechos (Código civil, art. 315).

— Artículo 13. “1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la ley.

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales.

3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un Tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.

4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.”

216

La Constitución reconoce, por tanto, con carácter general, a los extranjeros, los derechos del Título primero, pero éste, aun interpretado según el artículo 10.2, viene limitado por aquellos derechos que la propia Constitución sólo reconoce a los españoles en los artículos 19 (residencia y circulación), 23 (participación en asuntos públicos), 29 (derecho de petición individual y colectiva), 30 (defensa de España), 35 (deber de trabajar y derecho al trabajo), 47 (derecho a vivienda digna y adecuada), y por lo que se establezca en los tratados y en las leyes. Rige por tanto el sistema de límite mínimo, dando la posibilidad de que la ley y los tratados limiten para los extranjeros el goce de los derechos reconocidos.

La Ley Orgánica de 1 de julio de 1985 regula los derechos y libertades de los extranjeros en España, respecto de la cual el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 7 de julio de 1987, declaró inconstitucionales algunos preceptos (derechos de reunión y asociación), e interpretó otros (los derechos de los extranjeros deben respetar el contenido esencial de los correspondientes mandatos constitucionales).

La Ley de Extranjería ha sido desarrollada reglamentariamente por Real Decreto de 2 de febrero de 1996, cuyas novedades afectan: al nuevo sistema de visados, control de entrada, permisos de residencia, creación del estatuto del residente permanente, nueva regulación de los permisos de trabajo y del nuevo procedimiento sancionador.

La posición de los extranjeros ha cobrado relevancia con el Tratado de Maastricht, que ha establecido la ciudadanía europea, que ostentará cualquier persona que sea nacional de uno de los Estados miembros: "Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado" (art. 8B). Esto supone atribuir a ciertos extranjeros no sólo el derecho de sufragio activo, como dice el artículo 13.2, sino también el pasivo, con lo que se planteó el problema de si era necesario o no reformar nuestra Constitución.

La primera enmienda a la Constitución se aprobó el 27 de agosto de 1992, modificando el artículo 13.2, con el añadido de la expresión "y pasivo". Además una legislación complementaria ha regulado el estatuto jurídico de los llamados "extranjeros comunitarios": Ley de 23 de diciembre de 1993 (sectores de acceso a la función pública), desarrollada por Real Decreto de 19 de mayo de 1995; Real Decreto de 5 de mayo de 1995, sobre entrada y permanencia en España de nacionales comunitarios.

España ratificó el 9 de enero de 1980 el Convenio Europeo para la represión del terrorismo (27 de enero de 1977),

y el 21 de abril de 1982, el Convenio Europeo de extradición (13 de diciembre de 1957). La extradición pasiva se regula por Ley de 21 de marzo de 1985. Un nuevo convenio fue firmado el 27 de septiembre de 1996, para entrar en vigor noventa días después de que haya sido ratificado por todos los Parlamentos nacionales: suprime por primera vez el terrorismo como delito político.

En materia de asilo hay que tener en cuenta la ley de 18 de mayo de 1994, que modifica la normativa anterior con la finalidad de impedir que el asilo se convierta en una vía privilegiada de inmigración económica y simplificar su tramitación, permitiendo la rápida denegación de peticiones abusivas e infundadas y modificando los efectos de la resolución denegatoria de asilo. También suprime la doble figura de asilo y refugio con estatutos diferenciados. Su desarrollo reglamentario se hizo por Real Decreto de 10 de febrero de 1995.

218

2.2.2. *Derechos y libertades.*

Bajo este título, el Capítulo II, contiene dos secciones: 1, “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, y 2, “De los derechos y deberes de los ciudadanos”.

La doctrina ha hecho ímprobos esfuerzos por reagrupar y clasificar todo el conjunto, bajo diferentes criterios:

— ÁLVAREZ CONDE: Derechos de la libertad o derechos de autonomía; Derechos de participación; Derechos económicos y sociales; Deberes constitucionales; Principios rectores de la política social y económica. En parecido sentido, MARTÍN CUBAS.

— PECES BARBA: Por el contenido; por las garantías que los protegen; por razón del sujeto.

— GONZÁLEZ CASANOVA: Derechos humanos básicos; libertades públicas; derechos sociales; deberes sociales; principios rectores de la política social y económica.

— TORRES DE MORAL: Derechos civiles individuales; libertades públicas; derechos políticos; derechos de prestación.

—FERNÁNDEZ SEGADO: Derechos de la persona en su dimensión vital; derechos de la persona como ser libre; derechos de la persona como ser espiritual; derechos de la persona *uti socius*; derechos de la persona en cuanto miembros de una comunidad política (derechos políticos); derechos de la persona como *homo faber* (derechos laborales); derechos de la persona en cuanto miembro de una colectividad socio-económica (derechos económicos y sociales).

—SÁNCHEZ FERRIZ: Derechos que el Estado reconoce como su propio fundamento: derechos fundamentales (personales, políticos y sociales) y libertades públicas; derechos que el Estado se compromete a proteger; y derechos que el Estado se compromete a promover. La idea matriz, acertada, de esta catedrática se representa por “tres círculos concéntricos cuyo epicentro fuera la dignidad humana, de suerte que en torno a ella se agrupan los derechos y adquieren mayor o menor fuerza en función de su proximidad a tal núcleo, intocable e ilimitable... la dignidad como valor o eje en torno al cual gira el sistema global. La igualdad como principio que lo dota de credibilidad... la dignidad es el punto central y la igualdad un velo que cubriría todo el gráfico, porque ha de estar presente en todos y cada uno de los elementos del sistema, así como en las relaciones interiores al mismo que puedan mantener entre sí tales elementos”.

MARTÍN RETORTILLO considera que la Constitución no tenía por qué reflejar una clasificación de los derechos: “... Y a los buscadores de clasificaciones a ultranza, a los que creen que lo que vale para una clase o para un manual puede también predicarse de algo tan complejo, tan polémico y tan dificultoso en su elaboración, como una Constitución, hay que recordarles que la Constitución no clasifica —no tiene ningún interés en clasificar—, sino que se limita a regular: a prescribir unos y otros efectos, con mejor o peor fortuna, con técnicas más o menos ajustadas. El legislador, el constituyente no clasifica, regula e impone. Y luego son los autores los que tienen que hacer la elaboración doctrinal, buscar

relaciones, hallar sentidos, resolver dificultades, en suma. Sin lamentarse de la mejor o peor técnica utilizada pues al fin y al cabo, para él, eso es sólo el punto de partida. Sin embargo, las clasificaciones tienen su razón de ser y su operatividad, no sólo a efectos pedagógicos, sino también en la labor de interpretación que, no sin consecuencias jurídicas, ha de llevarse a cabo en la aplicación concreta de la declaración de derechos”.

Como me parece vano intentar otra clasificación, y siguiendo la tesis de que es casi imposible porque cualquier criterio es insuficiente, me voy a limitar a la enumeración y comentario de los artículos, en el mismo orden en que aparecen en el texto constitucional español, tratando, eso sí, de evitar que el desmenuzamiento haga perder eficacia a los derechos, y que su “inflación” pueda perjudicar el sistema global de Derechos.

220

2.2.2.1. *Igualdad ante la ley.*

Artículo 14.—“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Se desarrolla en la Ley de 15 de octubre de 1990, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2, deben tenerse en cuenta: el artículo 7.º de la Declaración de Derechos Humanos de 1948; el artículo 14 del Convenio de Roma de 1950; y los artículos segundos de los Pactos Internacionales de los Derechos Civiles y Políticos, y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966. Todos ellos ratificados por España.

Ya nos hemos referido a la **igualdad** como “valor superior” (art. 1.1) y como principio (art. 9.3). El artículo 14 se refiere a la **igualdad** como derecho fundamental.

“El principio de igualdad jurídica no puede fundarse en

el plano de los hechos puramente empíricos, sino en el de la ética, ya que la igualdad se proyecta como condición jurídica requerida por la misma idea del ideal humano. Igualdad quiere decir, ante todo y sobre todo, paridad en cuanto al tratamiento de la dignidad humana y, por tanto, equivalencia en cuanto a los derechos fundamentales se requiere” (JAVIER GÁLVEZ).

Los hombres tienen derecho a un trato igual por el Derecho en lo que es esencialmente igual para todos ellos: los Derechos Fundamentales. Y el Estado tiene que intervenir para promover las condiciones necesarias para que tal igualdad sea efectiva y real, y para remover los obstáculos que impidan o dificulten una igualdad plena (arts. 1.1, 9.2, 23.2, 31.1, 35.1, 39, 43, 44, 47, 53.2, 139 y 141.1.1).

“La igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente en sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas” (Tribunal Constitucional, 5 de agosto de 1983).

221

2.2.2.2. *Derecho a la vida y a la integridad física y moral.*

Artículo 15.—“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra” (*vid. Ley 35/1988, sobre reproducción humana asistida; Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; y Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos.*)

En virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2, deben tenerse en cuenta: los artículos 3.º y 5.º, de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; los artículos 2.º y 3.º del Convenio de Roma de 1950; y el artículo 6.º del Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966. Todos ellos ratificados por España.

El derecho a la vida y el derecho a la integridad física implican el derecho a la salud y otros presupuestos vitales: seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2), protección y mejora de la calidad de vida y defensa del medio ambiente (art. 45.2).

2.2.2.3. *Libertad ideológica y religiosa.*

Artículo 16.-“1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”.

222

En virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 deben tenerse en cuenta: el artículo 18 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948; el artículo 9 del Convenio de Roma de 1950; y el artículo 18 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (desarrollado por Ley Orgánica de 5 de julio de 1980, sobre libertad religiosa). Todos ellos ratificados por España.

La libertad de pensamiento es la posibilidad que tiene el hombre de escoger o de elaborar por sí mismo las respuestas que considera acertadas a todas las preguntas que le planteará su vida personal y social, de adaptar a tales respuestas su comportamiento y de comunicar a los demás lo que considera verdadero (RIVERO). La libertad de opinión, de creencias, ideológica y de conciencia, son manifestaciones de la libertad de pensamiento, producto de la manera en que históricamente se ha entendido esta libertad.

Cabe citar como leyes complementarias: 10 de noviembre de 1992 (por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de entidades religiosas Evan-

géticas de España; con las Federaciones de Comunidades Israelitas; y con la Comisión Islámica)

2.2.2.4. *Derecho a la libertad y seguridad. Tutela judicial.*

Artículo 17. “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley. 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. 3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca. 4. La ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

223

Artículo 24. “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

Artículo 25. “1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. 2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo

condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad. 3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”.

Artículo 26. “Se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales”.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2, deben tenerse en cuenta: los artículos 9, 10 y 11 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948; los artículos 5, 6 y 7 del Convenio de Roma de 1950; y los artículos 9, 10, 11, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Todos ellos ratificados por España.

Libertad es la posibilidad de realizar, libremente, los objetivos vitales de cada cual. Es un derecho previo al Estado que debe ser reconocido por la constitución, que se protege con la seguridad de no ser privado de ella arbitrariamente. En el derecho a la libertad personal, las limitaciones o excepciones son los casos y las formas de privación de libertad, objeto necesario de una ley orgánica.

En especial hay que tener en cuenta la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo reguladora del procedimiento de *Habeas Corpus*; y la Ley Orgánica 1/1992 sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

2.2.2.5. *Derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y al uso informático.*

Artículo 18. “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen...”

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor a la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 deben tenerse en cuenta: el artículo 12 de la Declaración de Dere-

chos Humanos de 1948; el artículo 8 del Convenio de Roma de 1950; y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Todos ellos ratificados por España (aunque el uso informático no aparece en dichos Convenios internacionales). Estos derechos se desarrollan en la Ley Orgánica de Protección Civil al Honor, de la intimidad Personal y Familiar y a la propia imagen de 5 de mayo de 1982 y en la Ley de 29 de octubre de 1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal.

El derecho a la intimidad tiene como sujeto activo a la persona individual y como sujeto pasivo tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos. DE CASTRO distingue zonas de la vida personal en las que el respeto a la intimidad personal tiene más o menos fuerza: a) **Zona pública**, aquella que corresponde a la de actuación y responsabilidad de los hombres públicos en cuanto a su obrar; b) **Zona privada**, referida a los actos de los hombres no públicos en lo que no afecta a su actuación como tal (vida familiar, relaciones de amistad, etc.); c) **Esfera secreta o confidencial**, será la que normalmente se quiere ocultar a la curiosidad ajena.

225

Estos derechos son irrenunciables, imprescriptibles e inalienables, aunque no absolutos, porque su ámbito depende de las disposiciones legales, de los usos sociales y de la propia voluntad de la persona cuyo consentimiento no se presume.

Es importante al tema que nos ocupa la Ley Orgánica de 5 de mayo, de Protección civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, que analizaremos en su momento oportuno. Así como también la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

2.2.2.6. *Inviolabilidad del domicilio.*

Artículo 18. "... 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito".

En virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 deben tenerse en cuenta: el artículo 12 de la Declaración de Derechos humanos de 1948; el artículo 8 del Convenio de Roma de 1950; y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Todos ellos ratificados por España.

Se trata de un derecho fundamental derivado del derecho a la vida privada y a la intimidad personal, porque el domicilio es el "refugio" de la familia y de la vida privada. Este derecho se concreta en la prohibición de no entrar en el domicilio de una persona a no ser con su consentimiento. El domicilio, en este caso, es el lugar de habitación (no se trata del concepto de domicilio civil), por cualquier título legítimo.

2.2.2.7. *Derecho al secreto de comunicaciones.*

Artículo 18. "... 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones, y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial".

En virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2, deben tenerse en cuenta: el artículo 12 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948; el artículo 8 del Convenio de Roma de 1950; y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Todos ratificados por España.

Los sujetos activos de este derecho son las personas individuales, aunque también pueden serlo las personas jurídicas; su contenido supone la libertad y el secreto de toda comunicación (postal, telegráfica y telefónica).

Las Leyes Orgánicas de 13 de octubre y 23 de diciembre de 1984 tipificaron penalmente la colocación ilegal de escuchas telefónicas.

2.2.2.8. *Derechos de residencia y circulación.*

Artículo 19. “Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este motivo no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2, deben tenerse en cuenta: el artículo 13 de la declaración de Derechos Humanos de 1948; los artículos 2 y 3 del Protocolo número 4 del Convenio de Roma de 1950; y el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966. Todos ellos ratificados por España.

Ampara la libre facultad para desplazarse por todo el ámbito del territorio nacional, en el tiempo y forma que cada uno estime oportuno, y el derecho a determinar el lugar o lugares donde desea establecer su residencia, con carácter transitorio o permanente.

Cfr. Ley Orgánica 4/1981, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio; y la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad ciudadana.

227

2.2.2.9. *Derecho a la comunicación pública libre.*

Artículo 20. “1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de

cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2. deben tenerse en cuenta: el artículo 19 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948; el artículo 10 del Convenio de Roma de 1950; y el artículo 11 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966. Todos ellos suscritos por España (con reserva en cuanto a la organización de la radio-difusión y televisión).

228

El artículo 20 consagra el derecho a la creación, emisión y recepción de productos intelectuales (derecho de creación intelectual y derecho de propiedad intelectual).

El artículo 20 tiene sus concordancias con los artículos 3 (que garantiza la libertad de expresión en idioma o modalidad lingüística distinta del castellano, como reconocen los Estatutos de Autonomía del País Vasco, “eusquera, lengua propia del pueblo vasco”; Cataluña, “la lengua propia de Cataluña es el catalán”; “el habla aranesa será objeto de enseñanza y especial respeto y protección”; Galicia, “la lengua propia de Galicia es el gallego”; Comunidad Valenciana, “idioma valenciano”; Islas Baleares, “lengua catalana”; Asturias, “el bable gozará de protección”; Aragón, “las diversas modalidades lingüísticas de Aragón, gozarán de protección”; Navarra, “el vascuence tendrá también carácter de lengua oficial en las zonas vascoparlantes de Navarra”); 16 (que garantiza la libertad ideológica y religiosa), y 27 (que garantiza la libertad de enseñanza).

Por otra parte, el artículo 20 tiene su desarrollo en las

Leyes de 4 de junio de 1981 (sobre los estados de alarma, excepción y sitio), 18 de marzo de 1966 (libertad de Prensa e Imprenta, en cuanto continúe en vigor), 10 de enero de 1980 (Estatuto de Radio y Televisión), 5 de mayo de 1982 (protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), 26 de marzo de 1984 (derecho de rectificación), Leyes de 11 de noviembre de 1987 y 7 de julio de 1992 (Propiedad Intelectual) y en el Código Penal.

2.2.2.10. Derecho de reunión.

Artículo 21. "1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes".

229

En virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 deben tenerse en cuenta: el artículo 20 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948; el artículo 11 del Convenio de Roma de 1950; y el artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Todos ellos ratificados por España.

El artículo 21 no define el derecho de reunión. Toda reunión, cualquiera que sea su modalidad (intercambio o exposición de ideas, defensa de intereses o la publicidad de problemas), está amparada por él. Tan sólo se exige que sea "pacífica y sin armas".

Este derecho puede ser suspendido en los casos de declaración de estado de excepción o de sitio (art. 116). Ha sido desarrollado por la Ley de 15 de julio de 1983 (sobre ejercicio del derecho de reunión).

2.2.2.11. *Derecho de asociación.*

Artículo 22. "1. Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito, son ilegales. 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. 4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada".

En virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 deben tenerse en cuenta: el artículo 20 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948; el artículo 11 del Convenio de Roma de 1950; el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; y el artículo 8 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Todos ellos ratificados por España.

230 Este artículo 22 guarda concordancia con los artículos 6 (partidos políticos), 7 (sindicatos), 16 (asociaciones religiosas), 28 (libertad sindical), 36 (Colegios Profesionales), 51 (asociaciones de consumidores) y 52 (asociaciones profesionales).

Ha sido desarrollado por las Leyes de 24 de diciembre de 1964 (asociaciones, sólo parcialmente derogada, según S. del TS de 3 de junio de 1979), 4 de diciembre de 1978 (partidos políticos), 1 de abril de 1977 (asociación sindical), 2 de agosto de 1985 (libertad sindical), 5 de julio de 1980 (libertad religiosa), 26 de diciembre de 1978 (Colegios Profesionales).

Algún sector doctrinal considera que quedan fuera de este artículo las personas jurídico-públicas de base corporativa, que no poseen naturaleza asociativa, así como las sociedades civiles y mercantiles, por su carácter esencialmente lucrativo.

2.2.2.12. *Derecho de participación política.*

Artículo 23. "1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes".

En virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 deben tenerse en cuenta: el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; y el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Ambos ratificados por España.

Sus concordancias son muy amplias, en los artículos 13 (extranjeros), 68 (elección diputados), 69 (elección senadores), 70 (causas de inelegibilidad e incompatibilidad), 87 (iniciativa legislativa popular), 92 (referéndum), 103 (función pública), 139 (igualdad de los ciudadanos con independencia de su residencia autonómica), 140 (elección de ediles), 149.1.32 (referéndum), 151 (referéndum autonómico), 152 (órgano legislativo autonómico), 167 (referéndum de modificación constitucional).

Se desarrolla y complementa con numerosas leyes (Electoral General, Estatutos de Autonomía, Referéndum, Iniciativa Legislativa Popular, Función Pública, etc.).

2.2.2.13. *Derecho a la educación.*

Artículo 27. "1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. 3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. 4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita. 5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de to-

dos los sectores afectados y la creación de centros docentes. 6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales. 7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca. 8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes. 9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca. 10. Se reconoce la autonomía de las Universidades en los términos que la ley establezca”.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 debe tenerse en cuenta: el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ratificado por España.

232

Concuera este derecho con lo dispuesto en los artículos 3 (protección de modalidades lingüísticas), 9 (participación ciudadana en la cultura), 10 (principio de igualdad), 20 (libertad de expresión y de cátedra), 43 (fomento de la educación física y el deporte), 44 (acceso a la cultura), 49 (tratamiento y rehabilitación de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos), 148 y 149 (competencias de las Comunidades Autónomas).

Son importantes las Leyes de 25 de agosto de 1983 (Reforma Universitaria) y 3 de julio de 1985 (Derecho a la educación).

2.2.2.14. Derechos de sindicación y huelga.

Artículo 28. “1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás cuerpos sometidos a la disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato. 2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus inte-

reses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 deben tenerse en cuenta: el artículo 23 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948; y el artículo 8 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Ambos ratificados por España.

Este artículo guarda concordancia con los siguientes: 7 (existencia de los sindicatos), 22 (derecho de asociación), 37 (negociación y conflictos colectivos), 52 (organizaciones profesionales), 55 (suspensión del derecho de huelga), 103 (sindicación de funcionarios), 104 (estatutos de las fuerzas y cuerpos de seguridad), 127 (asociación de jueces, magistrados y fiscales), 131 (planeamiento económico). La Ley de Libertad Sindical es de 2 de agosto de 1985; y la del derecho de huelga, de 4 de marzo de 1997.

233

2.2.2.15. *Derecho de petición.*

Artículo 29. “1. Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley. 2. Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica”.

La disposición concuerda con los siguientes artículos: 8 (Cuerpos sujetos a disciplina militar), 54 (peticiones al Defensor del Pueblo), y 77 (peticiones a las Cámaras). Aparece desarrollado en las leyes de Procedimiento Administrativo, Administración Local y Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

2.2.2.16. Derecho y deber de defender a España.

Artículo 30. "1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España. 2. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria. 3. Podrá establecerse un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general. 4. Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública".

El artículo concuerda con otros: 8 (Fuerzas Armadas), 31 (prestaciones personales), 53 (garantía constitucional para la objeción de conciencia), 116 (estados de alarma, excepción y sitio), 117 (Jurisdicción militar). La objeción de conciencia y la prestación social sustitutoria se regulan por Ley de 26 de diciembre de 1984.

234

2.2.2.17. Derechos y deberes fiscales.

Artículo 31. "1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio. 2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía. 3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley".

Concuerda con los artículos: 1, 9 y 14 (igualdad), 53 (vinculación de los poderes públicos a los derechos y libertades), 133, 156 y 157 (facultad impositiva del Estado y entes autonómicos). Hay que considerar la Ley General Tributaria y las modificaciones sufridas por las leyes generales presupuestarias.

2.2.2.18. Derecho al matrimonio.

Artículo 32. "1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las for-

mas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 deben tenerse en cuenta: el artículo 16 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948; el artículo 12 del Convenio de Roma de 1950; y el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Todos ratificados por España.

Concuerdan artículos: 14 (igualdad), 39 (protección social, económica y jurídica de la familia), y 149.1.8 (competencia del Estado). Toda la materia se regula en el Código Civil.

La existencia de unos derechos y deberes recíprocos para los cónyuges en el matrimonio, constituye uno de los efectos derivados del derecho a contraerlo. El legislador ordinario se limita a señalar las materia de su objeto, su alcance e intensidad, y el margen de autonomía de la voluntad en cuanto a los aspectos de carácter patrimonial. Véase Código Civil, modificado por Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981.

235

2.2.2.19. *Derecho a la propiedad privada.*

Artículo 33. “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos, sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 deben tenerse en cuenta: el artículo 17 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948; el artículo 1.º del Protocolo Adicional 1.º, al Convenio de Roma de 1950. Ambos ratificados por España.

Concuerdan con artículos: 38 (libertad de empresa) y 132 (dominio público y comunal).

La legislación complementaria es copiosa: Código Civil (derecho de propiedad y herencia), Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (planeamiento), Leyes reguladoras de las propiedades especiales (aguas, minas, industrial, intelectual), Ley del Patrimonio del Estado, Ley de Expropiación Forzosa, etc.

El Tribunal Constitucional ha delimitado el significado y alcance de la función social de la propiedad señalando que “la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho, como un mero ámbito subjetivo de libre disposición o señoría..., por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidas de acuerdo con las leyes, en atención a valores e intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir”.

2.2.2.20. Derecho de fundación.

Artículo 34. “1. Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley. 2. Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22”.

Además del citado artículo 22, concuerda con el 33 (función social de la propiedad al servicio de fines determinados). El Tribunal Constitucional en sentencia de 22 de marzo de 1988, declara que es “una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados”.

Leyes reguladoras: Código civil (arts. 35-39); Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general.

2.2.2.21. *Derecho al trabajo.*

Artículo 35. “1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La ley regulará el Estatuto de los Trabajadores”.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 deben tenerse en cuenta: el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; y los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Ambos ratificados por España.

Concuerda con los artículos: 7 (sindicatos de trabajadores), 37 (negociación colectiva) y 52 (asociación profesional). El Estatuto de los Trabajadores se reguló el 10 de marzo de 1980 (modificado por Ley de 29 de junio de 1983) (Texto refundido de 24 de marzo de 1955).

237

2.2.2.22. *Colegios y organizaciones profesionales.*

Artículo 36. “La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones liberales. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos”.

Artículo 52. “La ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 deben tenerse en cuenta: el artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; el artículo 11 del Convenio de Roma de 1950; y el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Todos ratificados por España.

La Ley de Colegios profesionales de 26 de diciembre de 1978.

2.2.2.23. *Derecho a la negociación colectiva laboral.*

Artículo 37. “1. La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios. 2. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

Se relaciona con los artículos 7 (derecho de sindicación), 28 (libertad sindical) y 35 (derecho al trabajo). Ya nos hemos referido anteriormente al Estatuto de los Trabajadores.

2.2.2.24. *Derecho a la libertad de empresa.*

Artículo 38. “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

238

El artículo es una aplicación de lo dispuesto en los artículos 1 y 9 (libertad), y concuerda con los 53 (vinculación de los poderes públicos), 128.1 (subordinación de la riqueza del país al interés general) y 131 (planificación económica).

En relación con la libertad de empresa, hay que señalar que es un derecho garantizado por la legislación de UE, aplicable tanto a los nacionales como a los ciudadanos de Estados comunitarios (arts. 52 a 58 del Tratado de Roma). La legislación tiende a suprimir las restricciones de establecimiento de nacionales de un Estado miembro de la UE, en el territorio de otro Estado miembro; pero tiene también el significado de reconocer implícitamente el derecho a la libre empresa de todos los ciudadanos de Estados miembros de la UE, como corresponde al modelo económico que subyace en los Tratados de las Comunidades Europeas. Por otra parte, el derecho de establecimiento se reconoce también a

los extranjeros no comunitarios que además del permiso de residencia obtengan también permiso de trabajo.

Se desarrolla en las Leyes de Defensa de la Competencia (17 de julio de 1985) y Competencia desleal (10 de enero de 1991).

2.2.3. Principios rectores de la política social y económica.

2.2.3.1. Protección de la familia.

Artículo 39. "1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

239

Concordancia con artículos: 27 (derecho de los padres a la formación moral y religiosa de los hijos) y 31 (informática en relación con la familia). La familia viene a ser considerada como elemento natural y fundamental de la sociedad española. Así se desprende de los criterios sentados por el artículo 10.2 (art. 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; ambos ratificados por España).

La legislación aplicable es fundamentalmente la contenida en el Código Civil (reformas de 13 de mayo de 1981).

2.2.3.2. Derecho al progreso social y económico y a la formación y readaptación profesionales.

Artículo 40. "1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de

una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo. 2. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”.

Artículo 41. “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

Se relaciona con los artículos 27, 35 y 38 (progreso social y económico); 130 y 131 (modernización de los sectores económicos y su desarrollo y planificación).

Se desarrolla en la Ley General de Seguridad Social, la Ley Básica de Empleo, Estatuto de los Trabajadores, etc.

240

2.2.3.3. Defensa de emigrantes.

Artículo 42. “El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno”.

Se relaciona con los artículos 19 (libre domiciliación), 35 (libre elección de trabajo) y 40 (estabilidad económica y pleno empleo), y con la Ley de Emigración de 23 de julio de 1971.

2.2.3.4. Derecho a la protección de la salud.

Artículo 43. “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio”.

Se relaciona el precepto con los artículos: 27 (derecho a la educación), 41 (seguridad social), 45 (disfrutar de la natu-

raleza), 49 (política de previsión), 50 (tercera edad), 129 (Seguridad Social) y 148 (Comunidades Autónomas).

Es prolija la legislación: 14 de abril de 1986 (Medidas especiales en materia de salud pública), 25 de abril de 1986 (Ley General de Sanidad), 15 de octubre de 1990 (Ley del Deporte), 20 de diciembre de 1990 (Ley del Medicamento), etc.

2.2.3.5. *Derecho de acceso a la cultura.*

Artículo 44. "1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura a la que todos tienen derecho. 2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general".

En virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 deben tenerse en cuenta: el artículo 27 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y el 15 del Pacto Internacional de los Derechos económicos, sociales y culturales, ambos de 1966 y ratificados por España.

Concuera con los artículos: 9 (acceso a ciertas instituciones culturales), 20 (difusión de ideas, conocimientos y expresiones culturales), 27 (educación), 46 (patrimonio artístico y cultural); 48 (juventud), 50 (tercera edad); 148 y 149 (competencias autonómicas). Interesa la Ley de 14 de abril de 1986, de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica.

241

2.2.3.6. *Derecho al medio ambiente.*

Artículo 45. "1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado".

En virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2, deben tenerse en cuenta los Tratados Internacionales y las resoluciones de las Naciones Unidas (Agencia de Energía Atómica).

A partir de la Conferencia de Estocolmo de 1972, según la cual “el hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para generaciones presentes y futuras”, se fue fraguando la idea de que la problemática del medio ambiente tiene una significación fundamental desde el punto de vista del ordenamiento jurídico.

Concuerdia con los artículos 129 (participación en organismos) y 148 (competencias autonómicas). En su momento oportuno aludiremos a la legislación más concreta.

242 La legislación sobre el medio ambiente es muy abundante: 23 de noviembre de 1995 (Código Penal, arts. 325 a 331 y 338 a 340), 2 de agosto de 1985 (Aguas), 14 de mayo de 1986 (residuos tóxicos y peligrosos), 27 de marzo de 1989 (conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres), 12 de diciembre de 1995 (derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente), etc.

2.2.3.7. *Derecho al patrimonio histórico, cultural y artístico.*

Artículo 46. “Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”.

Se relaciona con los artículos 3, 9, 20, 25, 27, 33, ya vistos, 62 (Reales Academias), 128 (riqueza artística), 132 (dominio público), 148 (competencia autonómica). Y se desarrolla con las leyes del Patrimonio Histórico Español, del Suelo y Ordenación Urbana y Expropiación Forzosa.

2.2.3.8. Derecho a vivienda.

Artículo 47. "Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos".

Se relaciona con los artículos 50 (vivienda para la tercera edad) y 148 (competencias autonómicas), y destaca como legislación aplicable la de VPO de 12 de noviembre de 1976 (Decreto Ley de 31 de diciembre de 1978) y sus complementarias.

A lo que los poderes públicos están compelidos es a promover las condiciones necesarias para que todo español pueda disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Y no debe olvidarse que el valor del suelo es uno de los componentes básicos del precio de la vivienda. Esta relación económico-funcional entre suelo y vivienda, unida a la significación de ésta en la política social, supone tensiones entre los intereses privados y los públicos (máximo aprovechamiento, *versus* racionalidad global).

Hay que destacar algunas leyes: 5 de julio de 1980 (medidas urgentes de apoyo a la vivienda), 26 de junio de 1992 (régimen del suelo y ordenación urbana), 24 de noviembre de 1994 (arrendamientos urbanos).

243

2.2.3.9. Protección de la juventud.

Artículo 48. "Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural".

Se relaciona este precepto con los ya citados artículos 9, 12, 14, 27, 35 y 44.

2.2.3.10. *Derechos de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos.*

Artículo 49. “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

Concuerta, por tanto, con los ya citados artículos 9, 10, 27 y 43. Y se desarrolla en la Ley de 7 de abril de 1982 sobre integración social de los minusválidos, la Ley Básica de Empleo y el Estatuto de los Trabajadores.

2.2.3.11. *Derechos de la tercera edad.*

244

Artículo 50. “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

Se relaciona con los artículos ya citados 39, 43, 44 y 47.

2.2.3.12. *Defensa de los consumidores.*

Artículo 51. “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.

Se relaciona con los artículos 54 (Defensor del Pueblo) y 129 (participación ciudadana). La Ley de defensa de los con-

sumidores y usuarios es de 19 de julio de 1984, y la de Crédito al Consumo, de 23 de marzo de 1995.

Es importante la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 1982: “Que el objeto de protección del consumidor o usuario comprenda también los inmuebles es algo que no pugna con la normatividad inmanente... la peculiaridad del negocio inmobiliario aislado ajeno a actividades empresariales inmobiliarias, en que se realiza una oferta y contratación generalizada, excluye del ámbito de intervención en el área de la protección del consumidor a aquellas operaciones aisladas, no compatibles al tráfico de una empresa inmobiliaria... el derecho de información –al que ha de corresponder un deber de información– no es sólo la proclamación a nivel de ley del principio que establece el artículo 51.2 de la CE, al disponer que los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores. Cuando el precepto en cuestión dice que el adquirente de bienes o usuario de servicios tiene el legítimo derecho del consumidor a disponer de una información adecuada, está configurando el derecho del consumidor a disponer de una información veraz y completa sobre las características esenciales del bien o servicio, de su calidad, composición, precio, etc., que le permitan dirigir la elección, utilizar el bien o servicio o reclamar la reparación de los eventuales daños causados por el producto adquirido o servicio utilizado”.

245

3. Referencia a los Estatutos de Autonomía

El modelo de organización territorial diseñado en sus principios generales en el Título VIII de la Constitución se concretó con gran rapidez a través del desarrollo normativo ulterior, institucionalizando todas las Comunidades Autónomas. En sus respectivos Estatutos no faltan referencias a los valores y principios fundamentales:

— **País Vasco** (Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre,

por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para el País Vasco): Artículo 9.º: “1. Los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos del País Vasco son los establecidos en la Constitución. 2. Los poderes públicos vascos, en el ámbito de su competencia: a) velarán y garantizarán el adecuado ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos; b) impulsarán particularmente una política tendente a la mejora de las condiciones de vida y trabajo; c) adoptarán aquellas medidas que tiendan a fomentar el incremento del empleo y la estabilidad económica; d) adoptarán aquellas medidas dirigidas a promover las condiciones y a mover los obstáculos para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean efectivas y reales; e) facilitarán la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social del País Vasco”.

246

— **Cataluña** (Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Cataluña): Artículo 8.º “1. Los ciudadanos de Cataluña son titulares de los derechos y deberes fundamentales establecidos en la Constitución. 2. Corresponde a la Generalidad, como poder público y en el ámbito de su competencia, promover las condiciones para la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

— **Galicia** (Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para Galicia): Artículo 4.º: “Los derechos, libertades y deberes fundamentales de los gallegos son los establecidos en la Constitución. 2. Corresponde a los poderes públicos de Galicia promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los gallegos en la vida po-

lítica, económica, cultural y social. 3. Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma asumen, como uno de los principios rectores de su política social y económica, el derecho de los gallegos a vivir y trabajar en su propia tierra”.

— **Andalucía** (Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Andalucía). Artículo 11: “Los derechos, libertades y deberes fundamentales de los andaluces son los establecidos en la Constitución. La Comunidad Autónoma garantiza el respeto a las minorías que residan en ella”.

— **Asturias** (Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para Asturias). Artículo 9.º: “1. Los derechos y deberes fundamentales de los asturianos, son los establecidos en la Constitución. 2. Las instituciones de la Comunidad Autónoma de Asturias, dentro del marco de sus competencias, velarán especialmente por: a) garantizar el adecuado ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de cuantos residen en el territorio del Principado; b) impulsar una política tendente a la mejora de las condiciones de vida y trabajo; c) adoptar aquellas medidas que tiendan a fomentar el incremento del empleo y la estabilidad económica; d) procurar la adopción de medidas dirigidas a promover las condiciones y a remover los obstáculos, para la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integren, sean efectivas y reales; e) facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social de Asturias”.

— **Cantabria** (Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para Cantabria): Artículo 5.º: “1. Los ciudadanos de Cantabria son titulares de los derechos y deberes establecidos en la Constitución. 2. Corresponde a la Diputación Regional de Cantabria, en el ámbito de sus competencias, promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivos, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y fa-

cilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

— **Rioja** (Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de La Rioja): Artículo 7.º: “1. Los ciudadanos de La Rioja son titulares de los derechos y deberes fundamentales establecidos en la Constitución. 2. Corresponde a la Comunidad Autónoma, como poder público y en el ámbito de sus competencias, promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, así como la defensa y protección de los valores culturales del pueblo riojano. 3. La Comunidad Autónoma impulsará aquellas acciones que tiendan a mejorar las condiciones de vida y trabajo y a incrementar la ocupación y crecimiento económico. 4. Igualmente, la Comunidad Autónoma promoverá la colaboración con las colectividades de riojanos asentadas fuera de su territorio, con arreglo a lo dispuesto en el presente Estatuto y en la legislación general del Estado”.

248

— **Región de Murcia** (Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia): Artículo 9.º: “1. Los derechos y deberes fundamentales de los murcianos son los establecidos en la Constitución para los españoles. 2. La Comunidad Autónoma, en el ámbito de su competencia y a través de sus órganos, velará por: a) garantizar el adecuado ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas de cuantos residen en la Región, así como la observancia de sus deberes; b) promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean efectivas y reales, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud; c) adoptar las medidas que promuevan la inversión y fomenten el progreso económico y social, facilitando el empleo, especialmente en el medio rural

y la mejora de las condiciones de trabajo; d) impulsar el desarrollo cultural y mejorar la calidad de la vida; e) facilitar la participación de todos los murcianos en la vida política, económica, cultural y social de la Región; f) promover la solidaridad entre los municipios y comarcas de la Región y de ésta con las demás Comunidades Autónomas de España, utilizando para ello cuantos medios le concede la Constitución, el presente Estatuto y las Leyes”.

— **Comunidad valenciana** (Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana): Artículo 2.º: “Los derechos, deberes y libertades de los valencianos son los establecidos o reconocidos por la Constitución y el presente Estatuto. Corresponde a la Generalidad Valenciana, en el ámbito de sus competencias, promover las condiciones para que la libertad e igualdad de los ciudadanos y los grupos en que se integran sean reales y efectivas; eliminar los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, fomentar el desarrollo de las peculiaridades del pueblo valenciano y facilitar la participación de los valencianos en la vida política, económica, cultural y social”.

— **Aragón** (Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Aragón): Artículo 6: “1. Los derechos, libertades y deberes fundamentales de los aragoneses son los establecidos en la Constitución. 2. Corresponde a los poderes públicos aragoneses, sin perjuicio de la acción estatal y dentro del ámbito de sus respectivas competencias: a) Promover las condiciones adecuadas para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integren sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los aragoneses en la vida política, económica, cultural y social; b) impulsar una política tendente a la mejora y equiparación de las condiciones de vida y trabajo de los aragoneses, propugnando especialmente las medidas que eviten su éxodo al tiempo que hagan po-

sible el regreso de los que viven y trabajan fuera de Aragón; c) promover la corrección de los desequilibrios económicos, sociales y culturales entre los diferentes territorios de Aragón, fomentando su mutua solidaridad”.

— **Castilla-La Mancha** (Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha): Artículo 4.º: “1. Los derechos, libertades y deberes fundamentales de los ciudadanos de Castilla-La Mancha son los establecidos en la Constitución. 2. Corresponde a los poderes públicos regionales promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social de la región. 3. La Junta de Comunidades propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer, promoviendo la plena incorporación de ésta a la vida social y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica y política. 4. Para todo ello la Junta de Comunidades ejercerá sus poderes con los siguientes objetivos básicos: a) la superación de los desequilibrios existentes entre los diversos territorios del Estado, en efectivo cumplimiento del principio constitucional de solidaridad; b) la consecución del pleno empleo en todos los sectores de la producción y la especial garantía de puestos de trabajo para las jóvenes generaciones; c) el aprovechamiento y la potenciación de los recursos económicos de Castilla-La Mancha y, en especial, de su agricultura, ganadería, minería, industria y turismo, la promoción de la inversión pública y privada, así como la justa redistribución de la riqueza y la renta; d) el acceso de todos los ciudadanos de la región a los niveles educativos y culturales que les permitan su realización cultural y social; e) la superación de las actuales condiciones económicas y sociales de nuestra región, que condicionan el actual nivel de emigración, así como crear las condiciones necesarias que hagan posible el retorno de los

emigrantes; f) el fomento de la calidad de vida, mediante la protección de la naturaleza y el desarrollo de los equipamientos sociales, con especial atención al medio rural; g) la protección y realce del paisaje y del patrimonio histórico y artístico; h) la realización de un eficaz sistema de comunicaciones que potencie los intercambios humanos, culturales y económicos entre todos los ciudadanos de la región; i) la reforma agraria, entendida como la transformación, modernización y desarrollo de las estructuras agrarias y como instrumento de la política de crecimiento, pleno empleo y corrección de los desequilibrios territoriales”.

— **Canarias** (Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Canarias). Artículo 5.º: “1. Los ciudadanos de Canarias son titulares de los derechos y deberes fundamentales establecidos en la Constitución. 2. Los poderes públicos canarios, en el marco de sus competencias, asumen como principios rectores de su política: a) la promoción de las condiciones necesarias para el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y la igualdad de los individuos y los grupos en que se integran; b) la defensa de la identidad y de los valores e intereses del pueblo canario; c) la consecución del pleno empleo y del desarrollo equilibrado entre las islas; d) la solidaridad consagrada en el artículo 138 de la Constitución”.

— **Navarra** (Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, sobre reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra): Artículo 6.º: “Los navarros tendrán los mismos derechos, libertades y deberes fundamentales que los demás españoles”.

— **Extremadura** (Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Extremadura): Artículo 6.º: “1. Los derechos, libertades y deberes fundamentales de los extremeños son los establecidos en la Constitución. 2. Las instituciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura, dentro del marco de su competencia, ejercerán sus poderes con los siguientes objetivos básicos: a) la

mejora de las condiciones de vida, elevación del nivel cultural y trabajo de todos los extremeños; b) promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los extremeños sean reales y efectivas; c) facilitar la participación de todos los extremeños en la vida política, económica, cultural y social de Extremadura en un contexto de libertad, justicia y solidaridad entre todos los extremeños; d) adoptar las medidas que promuevan la inversión y fomento del progreso económico y social de Extremadura propiciando el pleno empleo y la especial garantía de los puestos de trabajo para los jóvenes extremeños. La realización de una reforma agraria, entendida como la transformación, modernización y desarrollo de las estructuras agrarias en cuanto elemento esencial para una política de desarrollo, fomento del empleo y corrección de desequilibrios territoriales dentro de Extremadura; e) fomento del bienestar social y económico del pueblo extremeño, en especial de las capas sociales más desfavorecidas, a través de la extensión y mejora de equipamientos sociales y servicios colectivos, con especial atención al medio rural y a las comunicaciones; f) promover la solidaridad entre los municipios, comarcas y provincias de la Región y de ésta con las demás Comunidades Autónomas, de acuerdo con la Constitución, el presente Estatuto y las Leyes; g) potenciar las peculiaridades del pueblo extremeño y el afianzamiento de la identidad extremeña, a través de la investigación, difusión, conocimiento y desarrollo de los valores históricos y culturales del pueblo extremeño en toda su variedad y riqueza; h) impulsar el estrechamiento de los vínculos humanos, culturales y económicos con la nación vecina de Portugal y con los pueblos de Hispanoamérica, sin perjuicio de las atribuciones que corresponden al Estado y del interés general de los españoles; i) asimilar, como principal actuación, la defensa del derecho de los extremeños a vivir y a trabajar en su tierra y crear las condiciones que faciliten el regreso a la misma de sus emigrantes”.

— **Comunidad de Madrid** (Ley Orgánica 3/1983, de 25 de

febrero, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid): Artículo 7.º: “1. Los ciudadanos de la Comunidad de Madrid son titulares de los derechos y deberes fundamentales establecidos en la Constitución.”.

— **Castilla y León** (Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Castilla y León): Artículo 7.º: “Derechos y libertades de los castellano-leoneses. 1. Los derechos y libertades de los castellano-leoneses son los establecidos en la Constitución. 2. Corresponde a los poderes públicos de Castilla y León promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los castellanos y leoneses en la vida política, económica, cultural y social. 3. Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma asumen como uno de los principios rectores de su acción política, social y económica el derecho de los castellano-leoneses a vivir y a trabajar en su propia tierra. A este fin se crearán las condiciones indispensables para hacer posible el retorno de los emigrantes para que puedan contribuir con su trabajo al bienestar colectivo de los castellano-leoneses”.

— **Ciudad de Ceuta** (Ley Orgánica 1/1955, de 13 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de la ciudad de Ceuta): Artículo 5.º: “1. Los derechos y deberes fundamentales de los ceutíes son los establecidos en la Constitución. 2. Las instituciones de la ciudad de Ceuta, dentro del marco de sus competencias, ejercerán sus poderes con los siguientes objetivos básicos: a) la mejora de las condiciones de vida, elevación del nivel cultural y de trabajo de todos los ceutíes; b) promover las condiciones adecuadas para que la libertad y la igualdad de los ceutíes sean reales y efectivas; facilitar la participación de los ceutíes en la vida política, económica, cultural y social de Ceuta; c) adoptar las medidas que promuevan la inversión y fomenten el progre-

so económico y social de Ceuta, facilitando el empleo y la mejora de las condiciones de trabajo; d) la superación de las condiciones económicas, sociales y culturales que determinan el desarraigo de colectivos de población ceutí; e) el fomento de la calidad de vida, mediante la protección de la naturaleza y del medio ambiente, el desarrollo de los equipamientos sociales y el acceso de todas las capas de la población a los bienes de la cultura; f) la protección y realce del paisaje y del patrimonio histórico-artístico de Ceuta; g) la realización de un eficaz sistema de comunicaciones que potencie los intercambios humanos, culturales y económicos; h) la promoción y estímulo de los valores de comprensión, respeto y aprecio de la pluralidad cultural de la población ceutí”.

— **Melilla** (Ley Orgánica 2/1955, de 13 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de la ciudad de Melilla): Artículo 5.º (tiene idéntico contenido al art. 5.º de Ceuta antes transcrito).

254

Bibliografía

(Véase la citada con carácter general a propósito del Estado de Derecho, los valores y principios de la Constitución española, y además los que se citan a continuación).

AMORÓS AZPILICUETA, J. J.: *La libertad religiosa en la Constitución de 1978* (Colex, Madrid, 1990).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: “Principio de igualdad y Derecho privado” (*Anuario de Derecho Civil*, 1990, XLIII, 2).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A. y R.: *Estudios jurídicos sobre Derecho de los Consumidores* (Tecnos, Madrid, 1987).

DÍEZ-PICAZO, L.: *Familia y Derecho* (Civitas, Madrid, 1985).

ESPINAR VICENTE, J. M.: *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español* (Civitas, Madrid, 1994).

FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *Asociación y Constitución* (Civitas, Madrid, 1985).

GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad del domicilio* (Tecnos, Madrid, 1992).

- HERRERO TEJEDRO, F.: *Honor, intimidad y propia imagen* (Colex, Madrid, 1990).
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (coord.): *Comentarios al nuevo título IV del Código Civil* (Civitas, Madrid, 1982).
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros: *El nuevo régimen de familia, I, Matrimonio y Divorcio* (Civitas, Madrid, 1982).
- LÓPEZ Y LÓPEZ, M.: *La disciplina constitucional de la Propiedad* (Tecnos, Madrid, 1988).
- MONTOYA MELGAR, A., y otros: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* (Aranzadi, Pamplona, 1995).
- PÉREZ MORENO y otros: *Constitución y Medio Ambiente* (Sevilla, 1982).
- SERRANO ALBERCA, J. M.: *El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo* (Aranzadi, Pamplona, 1995).
- SEVILLA ANDRÉS, D.: "Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España", I y II (Madrid, 1969).
- Tratado de Derecho Ambiental* (Trivium, Madrid, 1991).

CAPÍTULO CUARTO

EL NOTARIO, AGENTE DE GARANTÍA Y DE EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. NORMAS GENERALES

1. El concepto de notario en la Ley Orgánica del Notariado y en su reglamento

El artículo 1.º de la Ley dispone que:

“El notario es el funcionario autorizado para dar fe conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales. Habrá en todo el Reino una sola clase de estos funcionarios.”

256

No hay que buscar en este artículo una definición del notario. Más que definir lo que hace es delimitar el campo de actuación funcional, en razón a las circunstancias históricas que motivaron la reforma de la Ley de 1862.

No obstante otros artículos de la propia Ley, sí acaban de conformar la idea dual, que luego plasma el Reglamento. Tales artículos son el 13 y el 17:

Artículo 13: “Quedan abolidas las Prestaciones de Fiat media annata y otras de esta clase para obtener el título de ejercicio.

Los notarios pagarán por ejercer su cargo el impuesto a que están sujetas las demás **profesiones** análogas”.

Artículo 17: “El notario **redactará** escrituras matrices, expedirá copias y formará protocolos. Es escritura matriz la original que el notario ha de redactar sobre el contrato o acto sometido a su autorización, firmada por los otorgantes, por los testigos instrumentales, o de conocimiento en su caso, y firmada y signada por el mismo notario. Es primera copia el traslado de una escritura matriz que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes. Se entiende por protocolo la elección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año, y se formalizará en uno o más tomos encuadernados, foliados en letra y con los demás requisitos que se determinen en las instrucciones del caso”.

Queda claro, pues, incluso con la parquedad de la Ley, que el notario ya se vislumbra en 1862, como profesional (art. 13), que redacta escrituras (función privada de jurista, art. 17) y que como funcionario público da fe, conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales (art. 1).

El Reglamento Notarial de 1944, ampliando la idea contenida ya en el Reglamento de 1935, lo que hace es explicarla. El Reglamento de 1935 decía en su artículo 1.º que “los notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado”. En la actualidad el texto vigente dice:

Artículo 1.º: “El Notariado está integrado por todos los notarios de España, sin idénticas funciones y los derechos y obligaciones que las leyes y reglamentos determinan.

Los notarios son a la vez **profesionales del Derecho y funcionarios públicos**, correspondiendo este **doble carácter** a la organización del Notariado.

Como **profesionales del Derecho**, tienen la misión de **asesorar** a quienes reclaman su ministerio y **aconsejarles** los medios jurídicos más **adecuados** para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.

Como **funcionarios**, ejercen la **fe pública notarial**, que tiene y ampara un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la **exactitud** de lo que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos.

b) Y en la esfera del Derecho, la **autenticidad y fuerza probatoria** de las declaraciones de voluntad en el instrumento público, **redactado conforme a las leyes**”.

Artículo 2.º. “Al Notariado corresponde íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública, en cuantas relaciones de Derecho privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial”.

El punto de partida doctrinal es pacífico: la complejidad de la función debida a la permanente actuación de factores públicos y de factores privados. RODRÍGUEZ ADRADOS, con amplia cita científica, concluye que la doble función es inescindible, y la explica con claridad meridiana en una comunicación al Simposio Notarial 83.

“— La función notarial es realmente función privada, no sólo en cuanto al modo privado de ejercitarse, sino en cuanto a su fondo mismo, ya que está constituido por los intereses de los particulares, e intereses sociales en general, de carácter netamente privados.

— Pero es también realmente función pública, porque el Estado no puede limitarse a dictar unas normas, sino que tiene que organizar la vida jurídica conforme a ellas, regulando las instituciones que sean precisas para que esa vida transcurra con normalidad y con seguridad; y entre esas instituciones se encuentra el instrumento público y su autor, el notario.

— Hay algunos aspectos de la actividad del notario que son solamente función privada y otros que solamente son función pública; pero su actividad característica, que al mismo tiempo es casi toda su actividad es **al mismo tiempo función pública y función privada**, pero en forma tal que los elementos publicísticos y privatísticos no se yuxtaponen, sino que se funden en una *res nova* que es la función notarial, a la vez, **inescindiblemente, pública y privada**”.

258

Esta complejidad no pasó desapercibida para la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1996:

“El artículo 1 de la Ley 28 mayo 1862 que atribuye el notario la condición de funcionario público es por sí sólo insuficiente para caracterizarle como tal y desde luego para obtener un concepto exacto de la función notarial. En él nada se dice de la función asesora y tampoco se hace referencia al carácter profesional del notario. De aquí que se ha llegado a decir que el artículo 1 en realidad no define al notario sino que delimita el campo de su actuación funcional. El reconocimiento de la doble función notarial —pública y profesional— aparece en el artículo 1 del Reglamento y la función profesional del notario, está también presente en su artículo 147 que en su redacción actual es una muestra evidente de la función asesora y de adecuación que le corresponde. En definitiva el notario **ejerce una función compleja** en la que concurren aspectos públicos y privados, en régimen de profesión liberal sometida a controles administrativos, entre los que se encuentran la exigencia de responsabilidad disciplinaria por las faltas que pueda cometer (art. 347 del Reglamento), en el ejercicio de su actividad pública. Ello lleva a la

conclusión de que no existe relación de servicio entre el notario y la Administración y que su figura no responde a la definición del funcionario público contenida en el artículo 1 de la LFCE ya que el notario no está integrado en las estructuras de la Administración como profesional independiente que es, aunque ejerza una profesión oficial, una función pública en régimen de profesión liberal.”

Antes de entrar en el análisis pormenorizado, pero en síntesis, de la función notarial, conviene añadir que en la llamada “reforma global” (Real Decreto 1209/1984 de 8 de junio), al justificarla en su Preámbulo explica que trata de armonizar **las exigencias de carácter profesional del notario** y, por ende, de la legislación de colegios profesionales **con los derivados de la función pública que ejerce** y, por tanto, de las facultades de la Administración.

El notario, aun siendo funcionario, carece de jurisdicción: es nombrado por el Estado pero no recibe retribución de éste, sino de los particulares; no se encuadra en la jerarquía y disciplina de los demás funcionarios públicos; los recursos no caben frente a su actuación y las sanciones que se le imponen exigen la intervención del Colegio Notarial y en último término de la Dirección General de los Registros y del Notariado, separándose del régimen de recursos establecidos contra los actos de los funcionarios del Estado; la impugnación de autenticidad de las afirmaciones notariales en el plano de los hechos no se actúa por vía contenciosa administrativa, sino de los tribunales ordinarios; la intervención del Estado se proyecta sobre la parte pública de su actuación y en su organización jerárquica, dependiendo del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, pero queda fuera del ámbito de poder de éste su aspecto estrictamente profesional (FONT BOIX, DELGADO DE MIGUEL).

Las diferencias entre el notario y el funcionario público se ponen de manifiesto precisamente en el contenido típico u ordinario de la función notarial que CÁMARA completa en cuatro cometidos: la tarea de creación o elaboración jurídica

(art. 147 RN), la tarea de redacción, la tarea de autorización o autenticación y la tarea de conservación.

La consecuencia de tal “complejidad” es evidente: el Estado debe controlar la elección del jurista al que va a investir de una serie de prerrogativas, que exceden de su profesión liberal, y no sólo en cuanto a su acceso al título de notario, sino a la reglamentación de aspectos importantes como inexcusabilidad de su actuación, ausencias, licencias, regularización del documento notarial, etc.

Si tuviéramos que reducir el contenido del precepto reglamentario a tan sólo dos normas concluiríamos necesariamente que el notario tiene impuestos dos deberes: el deber de **consejo** y el deber de **autenticidad**.

Tendremos que analizar el **íter informativo de la escritura**, del Documento Notarial, que tiene un *prius* lógico innegable: el notario, porque la clave está “en su hacerse”, en el *in fieri* del documento que es un resultado final al que se llega siguiendo un camino más o menos sencillo.

260

JUAN BOLÁS entiende que la actuación notarial se manifiesta en la práctica en tres fases o etapas:

— en una fase previa, en la que el notario, como jurista, recibe la voluntad de las partes, a las que asesora en orden a los requisitos y efectos del negocio que se proponen realizar;

— la fase de redacción y autorización del documento, conforme a la voluntad de las partes y ajustado a la legalidad que el notario controla;

— y la fase posterior al otorgamiento, en la que el notario custodia la escritura matriz, u original, que forma parte de su protocolo, expide cuantas copias autorizadas sean precisas, velando por el secreto del protocolo, y presta su colaboración, a petición del interesado, en la posterior gestión o tramitación del documento.

1.1. El notario como profesional del Derecho.

El notario es un profesional del Derecho. El Reglamento le exige una formación jurídica: “ser doctor o licenciado en Derecho o haber terminado los estudios de esta Licenciatura” (art. 6.4.^a); y además el ingreso en el Notariado tendrá lugar mediante oposición para obtener el **título de notario**” (art. 5).

Conforme al artículo 16:

“Los ejercicios de la oposición serán cuatro: los dos primeros, orales y el tercero y el cuarto, escritos. Tanto los dos primeros como la lectura de los últimos serán públicos.”

“El primer ejercicio consistirá en contestar verbalmente, en el plazo máximo de sesenta minutos a cuatro temas, los tres primeros de Derecho Civil Español, Común y Foral, y el cuarto de Legislación Fiscal. Los temas de Derecho civil corresponderán, respectivamente, uno a las materias de parte general o introducción, propiedad y derechos reales; otro a obligaciones y contratos, y otro a Derecho de familia y sucesiones.”

“El segundo ejercicio consistirá, a su vez, en contestar asimismo verbalmente, en el tiempo máximo de cuarenta y cinco minutos, y por el siguiente orden, a seis temas: dos de Derecho Mercantil, dos de Derecho Hipotecario, uno de Derecho Notarial u otro de Derecho Procesal o Administrativo.”

“En ambos ejercicios orales los temas serán sacados a la suerte de los comprendidos en el programa que deberá estar publicado en el Boletín Oficial del Estado seis meses antes de la convocatoria de la oposición. El opositor dispondrá de cinco minutos como máximo, antes de comenzar la exposición, para reflexionar y tomar notas por escrito, si lo desea.”

“El programa comprenderá una exposición del Derecho Positivo vigente en España en cada una de las materias que en él se incluyen, destacando, tanto en el Derecho Común como el Foral, aquellas que el notario debe **profesionalmente conocer y aplicar** y cuyo conocimiento **le dote de una auténtica especialización en las mismas.**”

“En la parte del Derecho Civil se incluirán los principios fundamentales del Derecho Internacional Privado.”

“La legislación fiscal comprenderá aquellos impuestos **que más pueden interesar al notario como asesor de los particulares.**”

“El tercer ejercicio consistirá en redactar, en el tiempo máximo de seis horas, un dictamen sobre un tema de Derecho Civil Espa-

ñol, Común y Foral, Derecho Mercantil, Derecho Hipotecario o Notarial, de entre los formulados por el Tribunal reservadamente. Las cuestiones que se propongan en este ejercicio versarán sobre casos de Derecho Positivo.”

“El cuarto ejercicio consistirá en redactar, también en el tiempo máximo de seis horas, una escritura o documento notarial, debiendo el opositor justificar en pliego aparte los problemas jurídicos que plantee o resuelva en su trabajo, realizando la liquidación del impuesto que en su caso corresponda a la escritura redactada.”

Según el artículo 18: “Todos los ejercicios de la oposición son eliminatorios”.

El Tribunal (o tribunales) calificador de la oposición estará compuesto por un presidente y seis vocales (art. 10), siendo precisa para actuar la presencia de al menos cinco de sus miembros (art. 19). Precisamente la calidad científico-jurídica de sus miembros es garantía de la justicia en la elección:

262

“Será presidente el Director General de los Registros y del Notariado o uno de los subdirectores o abogados del Estado adscritos a dicho Centro o el Decano u otro miembro de la Junta Directiva del Colegio Notarial donde se celebren las oposiciones, o el notario, con más de diez años de antigüedad en la carrera, en quien delegue el Director General. Los vocales serán dos notarios, uno de ellos pertenecientes necesariamente al Colegio donde se celebren las oposiciones; un catedrático o profesor titular de la Universidad, en activo o excedente, de Derecho Civil, Mercantil, Financiero y Tributario, Romano, Internacional Privado, Procesal o Administrativo, o en su lugar, un registrador de la Propiedad o Mercantil; un miembro de la carrera judicial con categoría de magistrado; un registrador de la Propiedad o Mercantil y un abogado del Estado o un Abogado ejerciente, especializado en asuntos civiles o mercantiles, con más de quince años de ejercicio profesional. Si presidiera el Decano u otro miembro de la Junta Directiva o un notario, será vocal, en lugar de uno de los vocales notarios, un abogado del Estado o un registrador de la Propiedad o Mercantil” (art. 10).

El corporativismo no cabe con esta composición del Tribunal, ya que de siete miembros, tan sólo dos pueden ser notarios.

Superada, ganada, la oposición, la “investidura notarial”

se sujeta a determinadas reglas: el título notarial habilita para el ejercicio de la función notarial en cualquiera de las notarías demarcadas en el territorio español; una vez expedido el título de notario a favor de cada uno de los opositores aprobados, éstos tendrán la obligación de participar en todos los concursos convocados desde aquella publicación y solicitar todas las vacantes hasta obtener una; quien incumpliera dicha obligación será considerado como renunciante al título y dado de baja en el escalafón; el nombramiento de los notarios se hará por Orden Ministerial (salvo cuando esté atribuido el nombramiento a una Comunidad Autónoma), de la que se dará traslado al interesado y al Decano del Colegio Notarial para la toma de posesión (previa constitución de fianza).

Además de esta formación profesional, al legislador español le ha parecido oportuno e importante estimular en el Notariado el deseo de continuar su formación permanente, regulando las oposiciones entre notarios como procedimiento de promoción en el notario, junto a la mera antigüedad en la carrera o en la clase, "seleccionando a los concurrentes más aptos" (art. 97), mediante tres ejercicios: un primer dictamen escrito "sobre una consulta de trascendencia jurídica; un segundo ejercicio oral de tres temas; y un último escrito de redacción "de un instrumento público de reconocida dificultad".

La consecuencia de la formación universitaria exigida y la función selectiva de las oposiciones, ha posibilitado, como destacó GÓMEZ-FERRER, la formación de un cuerpo de profesionales del Derecho de alta calidad, como lo demuestra el hecho de ser numerosos los notarios que compaginan su función notarial primordial, con la docencia universitaria, o impartiendo Masters para postgraduados, así como participando en numerosos cursos, conferencias y congresos, tanto nacionales como internacionales.

Supongamos que el notario está ya en ejercicio de su cargo. Todo empieza con lo que se llama la primera audiencia o entrevista con las partes, previa a la redacción del do-

cumento, y que hasta puede limitarse a un “simple oír un parecer o dictamen”.

Los ejemplos serían infinitos. Se acude al notario para interpretar un testamento, resolver un problema de titulación, renovar unos cargos sociales, crear situaciones nuevas, saber qué tipo social será el más adecuado a sus necesidades, cómo resolver los problemas económico-patrimoniales del matrimonio, encontrar garantías adecuadas a supuestos de disposición o reconocimiento de deuda, y no digamos la infinita materia de las actas.

No es ahora el momento de enumerar casos (lo será luego), sí en cambio aludir a las situaciones, puestas de relieve por RODRÍGUEZ ADRADOS, que nos encontramos los notarios: voluntades deformadas por prejuicios o falsos conocimientos; voluntades erróneas por ignorancia de hecho o de derecho; voluntades incompletas, porque sin atender al futuro han pensado tan sólo en lo inmediato; voluntades imprevisoras; y por supuesto voluntades discordes y hasta ilegales.

264

El notario en ese primer momento está en situación de dar cumplimiento a su primer gran deber: asesoramiento y consejo. El notario aconseja y asesora. El asesoramiento se pide al notario como tal notario, mientras que el consejo se pide a la vez al notario y al ser humano, hombre o mujer, que está detrás de él o ella, y al que se considera con “buen sentido” y “buena fe”.

Esta función-deber profesional es en realidad más compleja que el dar parecer o dictamen “para guiarse en algún asunto”, y conviene ser estudiada en sus funciones separadas de resultado unitario. Y además al hacerlo conviene no olvidar que existe en la actualidad una expansión obligada del mercado del consejo: el notario no puede olvidar la normativa vigente del Derecho Comparado, del Derecho Internacional Privado y del Derecho Comunitario allí donde existe (Unión Europea, Mercosur, etc.).

El deber de consejo es ineludible (SAPENA TOMÁS), pertenece a la función notarial y ha de desdoblarse en su as-

pecto ético profesional y en su aspecto técnico funcional. La perfecta delimitación del deber de consejo exige relacionarle con el deber de información, que tiene su origen en la *certioratio* medieval.

LÓPEZ BURNIOL califica como “último reducto de este deber” la lectura explicativa de la escritura, momento cenital de la actuación notarial, que no puede concebirse como una mera declamación, rutinaria y aséptica del texto escrito, sino como una comunicación comprensible y operativa (que permita decidir con suficiente conocimiento de causa), del contenido íntegro de dicho texto. Para ello esta lectura comunicativa ha de adaptarse cuidadosamente a la capacidad y cultura de los otorgantes, de modo que éstos sepan al tiempo de la firma a aquello a lo que van a obligarse. A este respecto hay dos puntos intangibles, dejando a salvo los cuales, todo es posible: el notario ha de “comunicar” a los otorgantes el contenido íntegro del documento, “asegurándose de que lo entienden plenamente”; y los otorgantes han de tener la posibilidad de constatar, mediante su lectura personal, total o parcial, que el contenido “comunicado” coincide con el texto escrito en el documento, íntegramente redactado antes de su otorgamiento.

265

El artículo 147 del Reglamento Notarial, es su resumen esencial:

“El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción.”

“Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado.”

“Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella.”

“En el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y, si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación.”

1.1.1. Información.

El notario tiene que ilustrar a las partes de las consecuencias que tendrá el documento que pretende otorgar. El párrafo tercero del artículo 147 antes transcrito tiene sentido imperativo para el notario que “insistirá en informar”.

Ello da lugar a las reservas y advertencias legales a las que alude el artículo 194 del Reglamento:

“Los notarios harán de palabra, en el acto del otorgamiento de los instrumentos que autoricen, las reservas y advertencias legales establecidas en los Códigos Civil y de Comercio, Ley Hipotecaria y su Reglamento y en otras Leyes especiales, haciéndolo constar en esta o parecida forma: se hicieron a los comparecientes las reservas y advertencias legales.”

“Esto, no obstante, se consignarán en el documento aquellas advertencias que requieran una contestación inmediata de uno de los comparecientes y aquellas otras en que por su importancia deban, a juicio del notario, detallarse expresamente, bien para mayor y más permanente instrucción de las partes, bien para salvaguardia de la responsabilidad del propio notario.”

266

La referencia del precepto a “otras leyes especiales” hace que en la actualidad, y según los casos, las “reservas y advertencias legales” sean numerosas. Nos ocuparemos de ellas, en el próximo capítulo cuando nos refiramos a casos concretos de actuación notarial. En el tono general que ahora nos ocupa baste citar aquí la llamada Ley de Tasas.

“Los fedatarios públicos retribuidos mediante arancel efectuarán, con ocasión de la autorización de documentos públicos o de su intervención en todo tipo de operaciones, las advertencias que procedan sobre las consecuencias fiscales o de otra índole de las declaraciones o falsedades en documento público o mercantil” (Disposición Adicional Tercera.4. Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos).

1.1.2. Asistencia.

Una curiosa Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1927 decía que “el notario no es sólo fedata-

rio para que creamos lo que no vimos, sino que es profesor de Jurisprudencia de las clases humildes, proletarias y el consejero prudente de los individuos y de las familias”.

En sentido imperativo el párrafo tercero del artículo 147, transcrito impone al notario este deber, al disponer que “prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella”.

Está fuera de toda duda que el notario puede y debe sugerir y aconsejar, haciendo ver las consecuencias y los peligros que una determinada redacción o voluntad pueden llegar a producir. El notario debe procurar que en su día la *litis* no estalle. Es como si dijéramos que la **asistencia debe ser preventiva**. Juegan en tales casos una serie de problemas éticos, jurídicos, prácticos, psicológicos y sociológicos, que deben ser tenidos en cuenta.

El problema de asistencia ha adquirido en los últimos tiempos especiales características por la contratación en masa. “El notario se encuentra –escribió FIGA FAURA– ante el denominado cliente poderoso, poderoso económicamente, poderoso en conocimientos jurídicos y en asesorías de toda clase, poderoso en capacidad negociadora, exigente, reclamador de facilidades para él, deseoso de concluir rápidamente con cada asunto, de allanar cualquier singularidad molesta o entorpecedora, de tratar con contratos en serie y de entenderse con clientes hechos, y si no están hechos así, tratados en serie. Pero simultáneamente se encuentra con el cliente a secas, con el cliente jurídicamente, y muchas veces no sólo jurídicamente, indigente; con el cliente que quizá por primera vez pisa una notaría, que quizá por primera vez entra como sujeto activo en el mundo del Derecho privado”.

267

1.1.3. *Imparcialidad.*

Se trata de una actitud psicológica que no toma partido, por ninguna razón, en los conflictos de intereses dentro de cuyo ámbito ha de desenvolver su actuación profesional (GONZÁLEZ ENRÍQUEZ).

Precisamente esta actitud, sin mengua de la asistencia a la parte débil es la determinante de las funciones conciliadoras y arbitrales, tan importantes en la conclusión de un negocio, integrándolo y previniendo la posible guerra de la *litis*. Y conste que no es esta una función marginal, porque como antes hemos señalado la voluntad o voluntades que llegan a la notaría suelen ser incompletas, imprevisoras y discordantes, y es el momento de siendo imparciales “conciliar y arbitrar” con rigor técnico y científico de equidad.

El sentido de protección del contratante más débil (“sin mengua de imparcialidad”, como advierte el precepto reglamentario) demuestra a las claras que más allá de la relación inmediata notario-cliente exista una relación mediata notario-colectividad.

268

“No se trata en esta actuación de hacer prevalecer un interés sobre otro, en lucha con otro, ni en mediar en la lucha como pacificador o conciliador, sino en ver el punto de equilibrio de intereses y buscar la fórmula legal que los fije a ambos, en pie de igualdad y los garantice a ambos: uno al par del otro, en función preventiva y cautelas” (GONZÁLEZ PALOMINO).

Este entendimiento de la labor asesora del notario como jurisprudencia cautelar viene determinado por el momento de su inserción en el íter formativo público, como escribía el autor citado, “actúa en la zona de los hechos antes de que ocurran... puede y debe sugerir y aconsejar para evitar peligros o hacer ver consecuencias”.

No es nueva la caracterización de la función notarial como eminentemente antiprocesal; ante y anti-procesal, desde el aforismo de JOAQUÍN COSTA, cuyo texto completo vale la pena conocer: “Si a esto se añade que el fedatario sea juriconsulto al propio tiempo, y reciba de la Ley el encargo de ilustrar a las partes acerca de sus derechos y de traducir la expresión de sus voluntades en lenguaje claro, preciso, ordenado, previniendo deficiencias y ambigüedades que pudiera servir de causa o de pretexto de litigios de buena o mala

fe, y encima que sea hombre probo y celoso de su deber, que haya tomado su oficio en serio, como si fuera un sacerdote, y lo desempeña en persona, con la conciencia presente en todos los instantes, sin dejar que la fe pública, de la que es depositario, degenera en una ficción y el signo y firma en una estampilla puesta mecánicamente al pie de documentos redactados sobre fórmulas generales por auxiliares legos e irresponsables como pudieran máquinas de fotografiar, se comprenderá que el documento auténtico sea la prueba antilitigiosa por excelencia. El número de sentencias ha de estar en razón inversa del número de escrituras: teóricamente, **notaría abierta, juzgado cerrado**".

PASTOR PRIETO (catedrático de Economía y director del Instituto de Derecho y Economía de la Universidad Carlos III de Madrid) publicó en 1995 un curioso y completísimo banco de datos sobre la **intervención notarial y la litigiosidad civil**: "En conclusión, es cierta hoy (y desde 1960 a 1992, período analizado) la afirmación de don JOAQUÍN COSTA. La moderna teoría económica de los litigios no permite una afirmación global –tal vez tampoco don JOAQUÍN pretendió eso– referida a toda la actividad, sino sólo a parte de ella. La evidencia parece congruente con esos términos, al menos en grado suficiente para trasladar la carga de la prueba a quien sostenga lo contrario. Por una parte, los incrementos de algunas actuaciones notariales producen disminuciones de la litigiosidad. Por otra, los aumentos de aquellas actuaciones notariales que están asociadas a aumentos de litigiosidad lo están menos que proporcionalmente".

No es este lugar, ni espacio adecuados para sintetizar tan importante trabajo de estadísticas y consecuencias. Sí me parecen útiles algunas de sus reflexiones:

— "¿Qué efectos produce la intervención de los notarios en el tráfico jurídico? La intervención notarial **aumenta los beneficios** –más propiamente, las ventajas, los ingresos u otra expresión de utilidad– de la transacción y reduce sus costes. Para empezar, muchas de esas intervenciones permiten el re-

gistro del negocio jurídico en cuestión y con ello mejoran su eficacia; por ejemplo, el uso que pueda darse en la **fase probatoria de un litigio**. De esa o de otra forma la intervención notarial **aumenta la certidumbre** del resultado pretendido con el intercambio, haciendo mayor la probabilidad de que aquél finalmente llegue a producirse y con ello se materialicen las ventajas que comporta. Por otra parte la actuación notarial puede reducir los **costes de transacción**, al facilitar la identificación, la negociación, la celebración del intercambio y la exigibilidad de lo acordado. De esta forma el pago total (pago que comprende el precio más los costes de la transacción) es menor de lo que sería sin su intervención.”

270

— “Parte de las actuaciones notariales pueden tener un efecto reductor de la litigiosidad, al **evitar ex ante que surja un conflicto** potencialmente dirimible en un pleito. Eso sucederá, entre otros casos, en las intervenciones en los contratos de compraventa de inmuebles y en el tráfico de las sociedades mercantiles... Disponer de una escritura que otorga un título ejecutivo, de un instrumento que prueba un negocio jurídico discutido, o de un acta que acredita un hecho con relevancia en el proceso son elementos que pueden reducir la litigiosidad en la medida que reducen la incertidumbre sobre hechos, y la posible divergencia en la conjetura de las partes sobre el resultado de un posible contencioso.”

La plena actuación profesional del notario viene a veces reducida en la práctica, en virtud de una serie de figuras a las que alude RODRÍGUEZ ADRADOS: “unas inciden más directamente en la formación del documento (elevación a público de documento privado; redacción con arreglo a minuta) y el campo de otras está en la formación misma del contrato (contratos de adhesión; condiciones generales de los contratos); desde el punto de vista de la imparcialidad del notario todas estas figuras adquieren la máxima importancia cuando son utilizadas en masa por la gran empresa”.

La **elevación a escritura pública de documento privado** es claramente distinta de su reconocimiento legal ante el juez competente y de su protocolización mediante acta notarial; ni en uno ni en otro caso hay conversión formal; el documento privado reconocido o protocolizado sigue siendo documento privado; la elevación requiere escritura pública, precisamente porque *ex nunc* existe conversión.

La indudable duplicidad de documentos –el documento privado, la escritura pública– no supone necesariamente identidad de contenido, ya que lo frecuente será precisamente lo contrario, y es precisamente por ello que el segundo párrafo del artículo 147 reconoce en estos casos la aplicación del párrafo primero; y lo mismo debe predicarse respecto del párrafo tercero, por virtud del cual la imparcialidad obliga a la insistente información, en este caso de unas condiciones ya pactadas en documento privado que pretende elevarse a público.

271

En la mayoría de los casos se impone la actualización en la escritura del contenido del documento privado. Valgan como ejemplos: la interferencia de los fenómenos de representación legal o voluntaria; la incidencia de sucesiones *mortis causa*; las cantidades que fueron tal vez aplazadas y ya están pagadas; la cancelación de posibles garantías; la situación de cargas de la finca; la prestación de consentimientos no prestados, o de autorizaciones; y en general omisiones del documento privado (es muy frecuente la falta de descripción completa de la finca). Situación semejante tiene lugar cuando se pretende formalizar la escritura pública en base a un documento privado preexistente.

La admisión de los **otorgamientos conforme a minuta** es completamente lógica porque las partes tienen derecho a que los aspectos negociales sean de su invención (sin que ello constriña la posible negativa del notario, como si se tratara de otro supuesto), aunque el texto del actual artículo 147 no se refiera a esta posibilidad, como hacía el texto anterior. Lo que sí obliga actualmente (“consignará”, es impera-

tivo) la redacción conforme a minuta, “y si le constare” (por tanto, “sólo” si le constare) la parte de quien procede la minuta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación.

Para RODRÍGUEZ ADRADOS, “la elevación a público de documento privado, la formalización de la escritura en base de documento privado preexistente y su redacción conforme a minuta pueden suponer solamente reducción del normal “íter” documental, pero pueden ocultar, al mismo tiempo una reducción del “íter” negocial, con anómala eliminación de los tratos entre las partes: el contenido contractual es predispuesto por una sola de ellas con carácter de rigidez o inmutabilidad, de manera que no puede ser discutido, y la otra parte tiene que limitarse a aceptarle o a rechazarle.

En buena parte la redacción actual del citado artículo 147 coincide en su *ratio legis* con el moderno Derecho del Consumo, al que hemos de referirnos en el capítulo siguiente.

272

1.1.4. *Adecuación.*

En acertada frase de D’ORAZI, adecuar supone superar la consideración estática y alcanzar la esencia dinámica. Es como pasar del caso práctico al paradigma abstracto de la Ley.

También esta función tiene sentido imperativo en virtud del citado artículo 147, que dice “deberá... adecuar al ordenamiento jurídico... incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado”.

Esta adecuación puede ser preliminar (el notario indaga, interpreta la voluntad y explica la adecuación). Esta adecuación preliminar está expresamente recogida en los artículos 174 y 175 del Reglamento Notarial:

Artículo 174. “La relación de los títulos de adquisición del que transmita, modifique, grave o libere un inmueble o derecho real se

hará con arreglo a lo que resulte de los títulos presentados, y a falta de esta presentación, por lo que bajo su responsabilidad, afirman los interesados, consignándose siempre que sea posible, los datos del Registro, folio, tomo, libro y número de la finca y de la inscripción.”

“En los títulos o documentos presentados o exhibidos al notario con aquel objeto, y al margen de la descripción de la finca o fincas o derechos objeto del contrato, se pondrá nota expresiva de la transmisión o acto realizado, con la fecha y la firma del notario autorizante. Cuando fueren varios los bienes o derechos, se podrá una sola nota al pie del documento.”

Artículo 175. “1. El notario, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de bienes inmuebles o de constitución de un derecho real sobre ellos, deberá solicitar del Registro de la Propiedad que corresponda la información adecuada, mediante un escrito con su sello que podrá remitirse por cualquier procedimiento, incluso telefax. El otorgamiento de la escritura deberá realizarse dentro de los diez días naturales siguientes a la recepción por el notario de la información registral.

2. El notario no estará obligado a solicitar dicha información: a) cuando se trate de actos de liberalidad; b) cuando el transmitente del bien o el constituyente del Derecho sea una entidad de Derecho público, cualesquiera que fueran su ámbito y naturaleza; c) cuando el adquirente del bien o beneficiario del Derecho se declare satisfecho por la información resultante del título, de las afirmaciones del transmitente y por lo pactado entre ellos siempre que, además, haga constar la urgencia de la formalización del acto en la escritura que autorice y todo ello sin perjuicio de que el notario podrá denegar su actuación si no considera suficientemente justificada la urgencia alegada o si alberga dudas sobre la exactitud de la información que posee el adquirente.

3. La solicitud de información, que podrá referirse a una o varias fincas, contendrá además del nombre del notario, su domicilio y número de telefax, la descripción de la finca o fincas con sus datos registrales y situación conocida de cargas, o bien solamente reseña identificadora en la que se haga constar su naturaleza, término municipal de su situación, extensión y linderos, con expresión, según los casos, del sitio o lugar en que se hallare si es rústica, nombre de la localidad, calle, plaza o barrio, el número si lo tuviere, y el piso o local, si es urbana, y si fuesen conocidos, los datos registrales de ellas y los del titular registral o al menos los del transmitente.

4. La información podrá ser solicitada sin expresión del plazo o para un día determinado dentro de los quince naturales siguientes al de la petición.”

También puede ser coetánea (el notario redacta conforme a lo adecuado), y posterior (expedición de copia y remisión de telefax al Registro de la Propiedad, art. 249 RN; e incluso redacción de nueva escritura para reparar daños y perjuicios, art. 146).

Artículo 249. "1. Las copias deberán ser libradas por los notarios en el plazo más breve posible, dando preferencia a las más urgentes. En todo caso, la copia se expedirá dentro del plazo en que ha de ser presentada a liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y General sobre Sucesiones y Donaciones. Transcurrido éste, el interesado podrá acudir el delegado de la Junta o a esta misma para que señale un término prudencial que no podrá ser superior a diez días; pero de todos modos el notario quedará incurso en la responsabilidad civil correspondiente, aparte la disciplinaria. Deberá quedar a disposición del adquirente, dentro de los cinco días hábiles siguientes al otorgamiento, copia autorizada de cualquier escritura que contenga actos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad.

274

2. El notario, por su propia voluntad o necesariamente cuando así lo solicite el interesado, remitirá el mismo día del otorgamiento, por telefax o por cualquier otro medio, al Registro de la Propiedad competente, comunicación, suscrita y sellada, de haber autorizado escritura susceptible de ser inscrita, que dará lugar al correspondiente asiento de presentación, y en la que constarán testimonios en relación, al menos, los siguientes datos: a) la fecha de la escritura matriz y su número de protocolo; b) la identidad de los otorgantes y el concepto en el que intervienen; c) el derecho a que se refiera el título que se pretende inscribir; d) la reseña identificadora del inmueble haciendo constar su naturaleza y el término municipal de su situación, con expresión, según los casos, del sitio o lugar en que se hallare si es rústica, nombre de la localidad, calle, plaza o barrio, el número si lo tuviere, y el piso o local, si es urbana, y, salvo en los supuestos de inmatriculación, los datos registrales. El notario hará constar en la escritura matriz, o en la copia si ya estuviese expedida ésta, la confirmación de la recepción y la decisión de practicar o no el asiento de presentación, que el registrador deberá enviar el mismo día o en el siguiente hábil".

Artículo 146. "El notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Si pudieran repararse, en todo o en parte, autorizando una nueva escritura el notario lo hará a su costa, y no vendrá éste obligado a indemnizar sino los demás daños y per-

juicios ocasionados. A tales efectos, quien se crea perjudicado, podrá dirigirse por escrito a la Junta Directiva del Colegio Notarial, la cual, si considera evidentes los daños y perjuicios hará a las partes una propuesta sobre la cantidad de la indemnización por si estiman procedente aceptarla como solución del conflicto.”

Otro supuesto de adecuación posterior es el que deriva de la Ley 13/1996 de 30 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, en orden a la constancia documental de la referencia catastral.

Artículo 50. “Uno. La referencia catastral de los bienes inmuebles... deberá figurar en las escrituras o documentos donde consten los actos o negocios de trascendencia real, relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y los contratos de arrendamiento de los mismos, así como en los documentos en los que se pongan de manifiesto cualesquiera otras alteraciones de orden físico, económico o jurídico, de los citados inmuebles... Dos. A los efectos del apartado anterior, los requirentes u otorgantes del acto o negocio están obligados a acreditar al notario la referencia catastral de los inmuebles de que se trate, con anterioridad a la autorización del documento... Tres. La referencia catastral del inmueble se hará constar en los instrumentos públicos y en los expedientes y resoluciones administrativas por lo que resulte del documento que el obligado exhiba o aporte, que deberá ser uno de los siguientes: a) último recibo justificando el pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles siempre que en este documento figure de forma indubitada la referencia catastral; b) en defecto del anterior, certificado u otro documento expedido por el gerente del Catastro, o escritura pública o información registral, siempre que en dichos documentos resulte de forma indubitada la referencia catastral...”

275

Artículo 51. Documentos Notariales.

“Uno. Los notarios deberán solicitar a los otorgantes o requirentes de documentos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, que porten la documentación relativa a la referencia catastral a que se refiere el artículo anterior, en cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 50 de esta Ley.

Transcribirán en el documento que autoricen dicha referencia catastral, e incorporarán a la matriz, para su traslado en las copias, el documento catastral aportado.

Dos. Se entenderá que la referencia catastral se corresponde con la identidad de la finca en los siguientes casos: a) siempre que los datos de situación denominación y superficie, si constare esta última, coincidan con los del título y, en su caso, con los del Registro

de la Propiedad; b) cuando existan diferencias de superficie que no sean superiores al 10 por 100 y siempre que, además, no existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos. Si hubiere habido un cambio en el nomenclator y numeración de calles, estas circunstancias deberán acreditarse, salvo que al notario le constaren.

Tres. Cuando el notario considere que la referencia catastral que resulte de los documentos aportados por el interesado, no obstante haber identidad en los términos antes expresados, pueda no coincidir con la correspondiente al inmueble objeto del acto o negocio jurídico documentado, lo comunicará al Catastro solicitando certificación o documento informativo, que le será remitido en el plazo más breve posible, y siempre de los cinco días hábiles siguientes al de la recepción de la solicitud. No obstante, el notario, caso de urgencia alegada por los otorgantes, podrá autorizar el documento haciéndolo constar así, transcribiendo en él la referencia catastral, reseñando el justificante aportado y expresando su duda sobre la correspondencia de la referencia catastral con el inmueble. Autorizado el documento el notario se abstendrá de hacer constar la referencia remitida por el Catastro sin que medie consentimiento para ello de los otorgantes.

Cuatro. El incumplimiento de la obligación de aportar la referencia catastral no impedirá que los notarios autoricen el documento ni afectará a la eficacia del mismo, ni a la del acto o negocio que contenga, pero en este caso, y sin perjuicio de otras sanciones que procedan, los notarios deberán: a) advertir a los interesados de forma expresa y escrita en el propio documento, que incurren en incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 50 de esta Ley; comunicar al Catastro la identidad de las personas que hayan incumplido la obligación, haciéndolo constar de forma separada, en la relación a que se refiere el artículo 55 de esta Ley.

Cinco. En los casos de modificaciones de fincas será suficiente la aportación de la referencia catastral de las fincas de origen, junto con el plano o proyecto, si fuere necesario para la operación de que se trate, que refleje las modificaciones realizadas.

El notario remitirá copia simple de la escritura, junto con el plano o proyecto, si se lo presentare el interesado, al Catastro, para que éste expida la nueva referencia catastral. El Catastro notificará la nueva referencia catastral, además de al titular de la finca afectada, al notario autorizante del documento, para su constancia en la matriz por diligencia o nota al margen de la descripción de la finca.

En estos casos el notario, a instancia de los interesados, transcribirá la nota o diligencia de la matriz en la copia ya expedida que se le presente.”

Artículo 55. "Comunicaciones. Uno. Los notarios... remitirá a la Gerencia Territorial del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria de la provincia en que radique el inmueble, en la forma que reglamentariamente se determine, y dentro de los veinte primeros días de cada trimestre, información relativa a los documentos por ellos autorizados... en el trimestre anterior, comprendidos dentro del ámbito de esta Ley, de los que se deriven alteraciones catastrales de cualquier orden en los que se hará constar en forma suficiente si se ha cumplido o no la obligación establecida en el artículo 50...".

Lo que sí me interesa destacar es que esta función de adecuación no es función pública del notario, sino que es función privada de profesional del Derecho y, en consecuencia, la adecuación mal efectuada o el consejo erróneo podría dar lugar al ejercicio de acciones contra él (no contra el Estado), por daños y perjuicios (responsabilidad civil extracontractual, según Sentencia, Tribunal Supremo de 3 de julio de 1965).

Pero además de esta adecuación necesaria u obligatoria existe otra adecuación facultativa, a la que se refiere el artículo 216.2 del Reglamento: "La admisión de depósitos es voluntaria por parte del notario, quien podrá imponer condiciones al depositante". El contenido de estos depósitos es muy variado (objetos, valores, documentos y cantidades; metálico, valores, efectos y documentos; cantidades en metálicos, o valores, o documentos, o resguardos u otros objetos; cfr. arts. 216.1, 217.1 y 220.1). Y variadas también pueden ser sus finalidades (bien como prenda de sus contratos, bien para su custodia, ex art. 216.1).

Según RODRÍGUEZ ADRADOS, los supuestos de adecuación facultativa pueden ser coetáneos a la autorización del instrumento público (cuando el notario voluntariamente acepta el encargo especial de conseguir un determinado efecto, e incluso asumir una obligación de resultado); pero más frecuentes son los de índole preliminar (operaciones particionales, estatutos de sociedades, estudios jurídicos, gestiones diversas) o sucesiva (gestión del documento en las oficinas fiscales

y en los registros públicos, en la medida en que se traspasa la adecuación necesaria antes explicada).

Que tal adecuación es función privada o profesional, ha sido reconocido por la doctrina del Tribunal Supremo (25 de mayo de 1976) y de la Dirección General de los Registros y del Notariado (27 de febrero y 16 de abril de 1969, 10 de febrero de 1970...). La Orden de 14 de marzo de 1950 alude a la “que presta normalmente el notario como complemento y desarrollo de su función”. Y la Sentencia de 14 de mayo de 1970 alude a “una práctica (del Notariado) tan antigua como su misma Ley y tan trascendente como su alto destino; la mayor eficacia del documento notarial”. No cabe duda que, sin ella, los otorgantes quedarían en muchos casos desamparados y que los efectos buscados a través del instrumento quizá no se conseguirían.

1.1.5. *El asesoramiento autónomo.*

Junto a la labor de consejo, más o menos ligada a una actuación documental, no cabe duda que es posible un asesoramiento autónomo a toda actividad de documentación, porque cabe la previa labor asesora del notario, que no necesita para iniciarse la previsión de ulterior documentación, pues se extiende al estudio y consejo de diversas situaciones jurídicas. Asesoramiento autónomo oral o escrito que ha sido reconocido en diferentes resoluciones: 11 febrero 1974 (“estudios jurídicos”), 4 noviembre 1971 (“resolver las consultas que les hagan los particulares... y en consecuencia el notario, en su actividad profesional del Derecho, puede, al resolver las consultas, aconsejar como medio jurídico adecuado el documento privado en los casos en que, por diversas circunstancias, no se pueda formalizar el instrumento público”), 9 mayo 1978 (“su opinión jurídica sobre cierto documento privado sometido a su parecer sin formular requerimiento de la prestación de su función notarial”).

La búsqueda del equilibrio por el notario, universalmente señalada, es la que imprime carácter a su actuación y a su consejo, incluso fuera del ámbito estrictamente documental.

1.2. El notario como funcionario público: autenticidad.

Una vez cumplida su función profesional, y según la voluntad expresada por la/s parte/s, debe plantearse los requisitos legales de forma y fondo (**juicio de legalidad**) en la operación que va a autorizar y debe **no sólo excusarse de intervenir, sino negar la autorización notarial**, cuando no se cumplen las normas legales, cumpliendo así lo dispuesto en el artículo 152.2 del Reglamento Notarial:

“Ello no obstante, el notario no sólo deberá excusar su ministerio sino negar la autorización notarial cuando, a su juicio, todos o algunos de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan, cuando la representación del que comparezca en nombre de tercera persona, natural o social, no esté legítimamente acreditada o no le corresponda por las leyes, cuando los contratos de obras, servicios, adquisición y transmisión de bienes del Estado, la provincia o el municipio, las resoluciones o expedientes bases del contrato, no se hayan dictado o tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas, o cuando el acto o contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral y a las buenas costumbres, o se prescinda por los interesados de los requisitos para la plena validez de los mismos.”

279

Este juicio de legalidad se reitera en diversas normas (contratación de extranjeros, normas urbanísticas, etc.).

Si tal negativa no procede, es evidente que el notario está obligado a prestar su función pública:

Artículo 2 (Ley Orgánica): “El notario, que requerido para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial, negara sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en responsabilidad a que hubiere lugar con arreglo a las leyes”.

Artículo 3 (Reglamento): “La prestación del Ministerio Notarial tiene carácter obligatorio, siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida”.

Artículo 145.1 (Reglamento): “La autorización del instrumento público tiene carácter obligatorio para el notario con jurisdicción a quien se someten las partes o corresponda en virtud de los preceptos de la legislación notarial”.

Tales supuestos no quedan, sin embargo, a la libre interpretación del notario, ya que su negativa a intervenir o autorizar un instrumento público puede ser revocada por la DGRN, en virtud de recurso del interesado, previo informe del notario y de la Junta Directiva del Colegio Notarial. Si la resolución ordena la redacción y autorización del instrumento público, el notario podrá consignar al principio del mismo que lo efectúa como consecuencia de dicha resolución (art. 145.4. Reglamento Notarial).

280

Pero vayamos al caso corriente y normal, que es el mayoritario. El notario ha cumplido su función profesional asesora e informativa, y las partes están de acuerdo. Empieza la fase de narración y redacción, que es tanto como dar tratamiento jurídico y esqueleto legal al acto o contrato, siempre conforme a la Ley que rige su fondo, y con la voluntad de las partes, que en el mismo acaban prestando su consentimiento y aprobación de lo narrado y redactado.

Lo que podríamos llamar la eficacia máxima o autenticidad auténtica deriva de las palabras “clave”, utilizadas por el transcrito artículo 1.º del Reglamento.

Por una parte **exactitud** de los hechos que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos. Se trata, como dijo JULIO PASCUAL, de “hacer la verdad”. Es una exactitud incontrovertible fuera de la esfera judicial.

Y por otra parte **autenticidad y fuerza probatoria**, en la esfera del Derecho, de las declaraciones de voluntad de las partes, en el instrumento público redactado conforme a las leyes. Se trata en este caso de una autenticidad interna, ideológica, de fondo y contenido, que supone que el notario en su actividad penetra en el contenido documental (RODRÍGUEZ ADRADOS), en la forma positiva, como antes vimos a través

del consejo y la adecuación, y en forma negativa, mediante el control de legalidad.

Al notario corresponde **íntegra y plenamente** el ejercicio de la fe pública “en cuantas relaciones de Derecho privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial” (cfr. art. 2 RN). Y en el ejercicio de esa fe pública los notarios autorizan documentos públicos de acuerdo con la Legislación Notarial:

Artículo 1.216 (Código Civil): “Son documentos públicos los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley”.

Artículo 1.217 (Código Civil): “Los documentos en que inter venga notario público se registrarán por la legislación notarial”.

Artículo 143 (Reglamento Notarial): “A los efectos del artículo 1.217 del Código Civil, los documentos notariales se registrarán por los preceptos contenidos en el presente título”.

El comentario de estos artículos merece algunas reflexiones que tomo de RODRÍGUEZ ADRADOS:

— El criterio básico es el del autor: el documento ha de estar “autorizado” por el funcionario público; éste ha de ser el “autor” del documento; del documento mismo, porque si se limita a autorizar un documento adicional (acta de protocolización, legitimación de firmas), sólo éste tendrá la consideración de documento público, y no el documento adicionado, que seguirá siendo documento privado aunque vea incrementada su eficacia. Al decir “autorizados” se rechaza la concepción testimonial de la fe pública. Para que el documento sea público es, por el contrario, preciso que el funcionario autorizante penetre en el interior del documento, que su actuación sea inherente a él, simultánea a su otorgamiento; que lo “autorice”, que sea su “autor”.

— El autorizante ha de ser, según el texto legal, “un notario o empleado público”, con lo que empieza ya el C.c. a tomar en consideración especialmente los documentos notariales, base del tráfico jurídico, y al mismo tiempo separa al notario de los empleados públicos, porque el notario es fun-

cionario público, pero no funcionario de la Administración; lo mismo que los instrumentos públicos no son actos administrativos. Por la clase de funcionario autorizante, los documentos públicos se subdividen en notariales, judiciales y administrativos. Nótese que el artículo 1.216 establece la debida separación: notario “o” empleado público.

— Ese notario o empleado público, autor del documento ha de ser “competente”, y ello en varios sentidos: a) la competencia no es la relativa al fondo del asunto, sino la especial competencia para autorizar documentos públicos (en este sentido el artículo 596.3.º LEC considera tales “los documentos expedidos por los funcionarios públicos que estén autorizados para ello”); b) dentro de esa competencia funcional genérica para autorizar documentos públicos, el funcionario autorizante ha de tener la competencia funcional específica para la clase de documento de que se trate; c) y habrá que agregarse, en su caso, la competencia por razón del territorio.

282

— Por último, la autorización ha de hacerse con las solemnidades que en cada caso requiere la Ley. “Conforme a las leyes” que dice el artículo 1 de la Ley del Notariado: las leyes de fondo que rijan el acto, y las leyes reguladoras de la dación de fe pública.

Los notarios ejercen la fe pública notarial mediante la autorización de una categoría especial de documentos, que son los instrumentos públicos. A la Legislación Notarial se refiere el artículo 1.217. Esta legislación notarial en materia de requisitos de los documentos entre vivos es de “competencia exclusiva” del Estado, conforme al artículo 149.1.8 de la Constitución (“la ordenación... de los instrumentos públicos”). El Tribunal Constitucional (24 de abril de 1989) declaró que “la reserva del Estado de la ordenación de los instrumentos públicos tiene el aseguramiento de un tratamiento normativo unitario y común de los documentos públicos notarialmente autorizados y, por tanto, de las escrituras públicas, uniformando a tal fin el régimen de su naturaleza y contenido, de sus requisitos internos y formales, de su vali-

dez y eficacia y, en general, de todos aquellos aspectos que comprometan la unidad de su disciplina jurídica, de modo que una nota definitoria de las reglas ordenadoras de los instrumentos públicos y, por tanto, de las escrituras públicas, ha de ser la de servir, en relación de la necesidad, al establecimiento y preservación de la uniformidad de su régimen jurídico”.

El artículo 144 del Reglamento Notarial dispone:

Artículo 144. “El instrumento público comprende las escrituras públicas, las actas y en general, todo documento que autorice el notario, bien sea original, en copia o testimonio.

Contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases.

La órbita de las actas notariales afecta exclusivamente a hechos jurídicos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos, aparte otros casos en que la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada.

Los testimonios, legalizaciones y demás documentos notariales que no reciban la denominación de escrituras públicas o actas, tienen como delimitación, en orden al contenido, la que el Reglamento les asigna.”

283

Se deduce de esta disposición que los instrumentos públicos pueden ser protocolares y no protocolares. Los documentos protocolares son originales (escrituras o actas) o copias. Los documentos no protocolares son testimonios, legitimaciones de firmas o legalizaciones.

La escritura pública ha de tener como contenido el otorgamiento formal, al menos, de una declaración de voluntad, de manera que, en unidad de acto formal, “la lectura, consentimiento, firma y autorización del texto documental tenga lugar *in continenti*” (Resolución DGRN, de 18 de marzo de 1986).

Acta notarial es todo documento protocolar que no sea escritura pública, concepto este, negativo, preferible al más amplio del artículo 197 RN, para el que pueden ser objeto de acta todos los hechos “que por su naturaleza no scan materia de contrato”, y al excesivamente restringido del ar-

título 144 RN, que excluye de las actas todos los “actos o contratos”; tienen, en general, la naturaleza de documentos protocolares.

Del artículo 1.223 del C.c. se deducen los requisitos formales que, bajo sanción de nulidad, deben reunir las escrituras públicas: “la escritura defectuosa, por incompetencia del notario o por otra falta en la forma, tendrá el concepto de documento privado, si estuviese firmada por los otorgantes”. Que el 1.223 se refiere a las escrituras públicas es obvio (“escritura”, “notario”, “otorgantes”).

Cuanto llevamos explicado sobre la autenticidad, hasta este punto, requiere un detalle que hacemos seguidamente, con una previa referencia a la seguridad jurídica como presupuesto necesario del progreso económico, que tomamos de LÓPEZ BURNIOL.

284

Se alude al tópico histórico económico y social que en la Europa moderna hubo progreso porque hubo mercado, y que hubo mercado porque hubo seguridad jurídica, autogenerada por la propia sociedad para evitar, en la medida de lo posible, la existencia y eventual eficacia de negocios ilegales o fraudulentos, realizados en perjuicio de tercero, injustos o simplemente defectuosos. Este sistema se llevó a la práctica, colocando junto a las partes y entre las partes, a un tercero imparcial: que se encargará de la documentación del negocio; que fuera consejero legal de las partes; que velara al mismo tiempo por los intereses públicos, los de los terceros y hasta de los enfrentados de las partes; y que diera fe del documento.

Y de todo ello radica la alta eficacia y seguridad de su intervención, “este es el valor añadido de la autorización notarial”.

El notario se ha ido configurando como el elemento clave del sistema de seguridad preventiva, para que esté presente, “esté allí”, en el momento de la perfección del contrato, “dándole forma”, en beneficio de las partes, de los terceros y del interés público; es decir, poniendo los presu-

puestos necesarios para que el documento goce no sólo de “autenticidad formal”, sino que además, y sobre todo, haga fe de su contenido, y pueda alcanzar precisamente por esta “autenticidad de fondo”, la plena eficacia frente a terceros, mediante su inscripción cuando así proceda en un Registro público, que corrobore la seguridad jurídica.

1.2.1. Rogación y libertad de elección.

Hay que partir de dos disposiciones reglamentarias:

Artículo 3. “El Notariado, como órgano de jurisdicción voluntaria, no podrá actuar nunca sin previa rogación de sujeto interesado, excepto en casos especiales legalmente fijados.

Los particulares tienen el derecho de libre elección de notario, salvo en los actos o contratos en que intervenga el Estado, la provincia o el municipio o los establecimientos o entidades que de ellos dependan, conforme a lo preceptuado en el artículo 126 de este Reglamento”.

Artículo 142. “Los notarios, en aras de su deber de imparcialidad, cuidarán de que se respete el derecho de libre elección de notario.

En los actos y contratos que hayan de otorgarse por varias personas la elección de notario corresponderá, **en defecto de pacto**, a quien de ellas deba satisfacer los derechos arancelarios notariales o la mayor parte de los mismos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, **en las transmisiones onerosas** de bienes o derechos realizadas por quien se dedica a ello habitualmente o bajo condiciones generales de contratación, el derecho de elección de notario corresponderá al adquirente, quien, *sin embargo*, no podrá imponer notario que, por su competencia territorial, carezca de conexión razonable con alguno de los elementos personales o reales del negocio.

Los notarios se abstendrán de facilitar toda práctica que implique la imposición de notario por una de las partes con abuso de derecho, o de modo antisocial o contrario a las exigencias de la buena fe contractual.

Las escrituras sujetas al gravamen gradual de Actos Jurídicos Documentados, que se refieren directamente a bienes inmuebles, deberán otorgarse ante el notario correspondiente al territorio en donde se encuentre situado el inmueble y, en el caso de que fueren varios, el de mayor valor; las del préstamo hipotecario podrán otorgarse también, si el sujeto pasivo fuera persona física, ante el nota-

rio correspondiente al territorio de su domicilio fiscal. Las demás escrituras sujetas al referido gravamen se otorgarán ante el notario correspondiente al territorio del domicilio fiscal del sujeto pasivo.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, las referidas escrituras podrán otorgarse ante cualquier notario cuando ello no determine una cuota a ingresar distinta de la que correspondería satisfacer de haberse otorgado el documento ante alguno de los notarios a que se refiere el párrafo anterior.

Lo establecido en los dos párrafos anteriores no será de aplicación a las escrituras autorizadas por los cónsules de España en el extranjero.”

286

Por regla general la prestación de funciones del notario no se realiza por su propia iniciativa, sino a solicitud del interesado; es lo que se denomina previo requerimiento. Y los casos especiales a que se refiere el artículo 3 citado son: la autorización de acta en que haga constar las injurias, amenazas o coacciones con las que se le impida o dificulte el ejercicio de sus funciones, o las faltas de respeto y consideración debidas (art. 61 RN); y la autorización de acta para subsanar errores materiales, defectos de forma u omisiones padecidas en instrumentos *inter vivos* (art. 153 RN). Tampoco hay requerimiento, sino autorrequerimiento cuando el notario autoriza escrituras públicas con la antefirma “por mí y ante mí”, conforme al artículo 139 RN.

Por lo general el requerimiento se lleva a cabo compareciendo ante el notario. También puede hacerse mediante acta autorizada por otro notario a este efecto, quien remite al notario requerido copia autorizada. El artículo 205 del RN admite el requerimiento por carta, con carácter potestativo para el notario, siempre que la firma le sea conocida o haya sido legitimada por otro notario y que se trate de requerimientos a tercero o notificaciones de carácter urgente, por referirse a plazos próximos a terminar, revocación de poderes u otros de carácter perentorio.

En el caso de que varias personas soliciten simultáneamente la prestación de funciones será necesario establecer un orden de prioridad, que no tiene por qué ser necesaria-

mente el cronológico. Los criterios para establecer este orden son varios y deben coordinarse: a) insustituibilidad de la función notarial: debe atenderse preferentemente el acto en que la actuación notarial sea insustituible; b) urgencia acreditada; c) y la prioridad en el tiempo.

Ya nos hemos referido a la obligatoriedad de prestación de la función (con su gracejo jurídico característico decía GONZÁLEZ PALOMINO, que todo funcionario tienen la obligación de “funcionar”), y las posibles negativas y excusas.

El derecho de libre elección de notario, dice RODRÍGUEZ ADRADOS, tiene excepcional importancia para la persona si se tiene en cuenta la índole privada, familiar e íntima de los asuntos en que el notario interviene y es una garantía indispensable para el normal desenvolvimiento de las restantes libertades. Su reconocimiento legislativo ya está implícito en el artículo 2 de la Ley del Notariado, que alude al “notario requerido para dar fe”.

El artículo 142 afronta el tema de la imparcialidad desde la perspectiva de libre elección de notario, y en su párrafo tercero aborda el verdadero problema de los contratos entre desiguales, asignando al contratante débil, individuo entre la masa, el derecho de libre elección, y prescindiendo tanto del criterio del libre pacto como del de la obligación de pago de los aranceles. No obstante se limita el ámbito del precepto a los contratos onerosos de transmisión de bienes o derechos, dejando fuera a los contratos de financiación (préstamos y créditos), que condicionan *de facto* en la realidad económica actual la realización de los de objeto traslativo.

MEZQUITA DEL CACHO se ha ocupado extensamente de esta materia. Parte de la no explicitud legal del principio de imparcialidad, ya que no hay base suficiente en la Ley Orgánica, para fundarlo; si bien puede deducirse del carácter público con que se diseña la función notarial. Y añade que las carencias de la Ley se han intentado suplir en el Reglamento, que configura también la función de “consejo” con el carácter de objetivo e imparcial. La reforma reglamenta-

ria de 1984, como ya hemos visto, una vez vigente la Constitución, ha sido la que ha expresado el deber de imparcialidad con el alcance de presupuesto o principio general, a través de las referencias en los artículos 142 y 147, que configuran al notario –aparte del juez– como el único detentador de una función pública de naturaleza jurídica intrínseca al que la norma exige explícitamente esa condición de imparcialidad en su servicio (incluida la facultad de elección), lo que supone configurar al notario como dispensador de lo que RODRÍGUEZ ADRADOS llama “justicia preventiva”, y MEZQUITA “seguridad preventiva”. Y esto se acrecienta, evidentemente, si el notario no viene impuesto, sino “elegido” por la parte o partes.

288

En el próximo capítulo al estudiar el tema del **Derecho de consumo**, tendremos que volver sobre nuestros pasos para tratar de interrelacionar lo dispuesto en el artículo 142 RN con la Ley General de Consumidores, que tiene su fundamento constitucional en el artículo 51 de la Constitución. Si adelantamos la opinión de MEZQUITA: “a quien corresponde la elección del notario, obligado a reducir con su información y asistencia asesora la inferioridad de una parte contratante, es siempre al otorgante que padece esta situación”.

1.2.2. *Autoría del documento. Responsabilidad.*

Insistiendo en lo ya dicho a propósito del artículo 1.216 C.c. NÚÑEZ-LAGOS recuerda que la frase del Código “autorice” procede del autor *facere*, o *fize* antiguo, y más recientemente DíEZ-PICAZO entiende que documento público es aquel que el funcionario redacta, dentro del círculo de sus competencias y atribuciones.

En opinión de RODRÍGUEZ ADRADOS, el documento es la expresión escrita del pensamiento de un hombre, que es su autor. El autor de la escritura es el notario, que presenta su pensamiento en parte como propio y en parte como ajeno; hay, pues, que distinguir entre autor del instrumento, que es

siempre el notario, y autor o autores de las manifestaciones o declaraciones contenidas en el documento, que puede ser el notario, pero que también pueden ser los particulares.

Pero no todas las expresiones documentales del notario tienen la misma naturaleza, ni, por tanto, están dotadas de la misma eficacia ni gozan de la misma estabilidad.

El punto de máxima eficacia está constituido por las afirmaciones del notario relativas a hechos que el mismo percibe por sus propios sentidos (lo que NÚÑEZ-LAGOS calificaba como "autenticidad auténtica"). Esta especial eficacia radica en su absoluta incuestionabilidad en la esfera judicial, de manera que no son susceptibles de calificación por los registradores; y en el ámbito judicial también son incontrovertibles en los procesos de cognición limitada. Pero aun sin trascender al proceso penal, su falsedad civil puede ser declarada en juicio declarativo. La misma eficacia tienen las afirmaciones del notario sobre sus propias actuaciones en relación con el instrumento (lectura, requerimientos...) y ante todo la afirmación de su autoría, y también su fecha (art. 1.218), que no es un hecho, sino una medida, un juicio, y para el notario, un juicio de notoriedad.

289

No todas las manifestaciones del notario en el documento producen esos máximos efectos. El notario expresa también juicios sobre la realidad de hechos no sensibles o sobre su notoriedad; y en la esfera del derecho sobre la capacidad de los comparecientes, e implícitamente, también sobre la legalidad del acto sometido a su autorización, puesto que habría tenido que negar su intervención si estimara que el acto o contrato excedía de los límites que a la autonomía de la voluntad reconoce el artículo 1.255 C.c. Se trata de parcelas del documento respecto de las cuales no cabe hablar de verdad o falsedad, ni civil ni penal, sino de juicio acertado o equivocado o de validez o de nulidad. Esta clase de afirmaciones sólo producen una presunción *iuris tantum*, suficiente para satisfacer las garantías de la seguridad jurídica, y pueden ser desvirtuadas mediante prueba en contrario.

Dentro del contexto de las afirmaciones y de los juicios del notario se producen las declaraciones y manifestaciones de las partes. Su eficacia sustantiva dependerá de su variada naturaleza: declaraciones de voluntad, originarias o reproductivas; declaraciones confesorias; declaraciones de verdad; declaraciones testimoniales. El instrumento público hace que mediante la fe de conocimiento sea auténtica la autoría de todas estas manifestaciones y también la existencia de tales manifestaciones y de su texto. A lo que no puede extenderse la fe pública, y ni el notario ni el documento garantizan es la “veracidad intrínseca de lo declarado”, ni la “sinceridad de los comparecientes, ni, como supuesto más importante, la ausencia de simulación, absoluta o relativa. Un ejemplo sencillo aclara estas afirmaciones: una simple escritura de venta con precio que se confiesa recibido (el notario indica en el documento “que el vendedor confiesa haber recibido y precio y que da carta de pago”; esa manifestación es “eficaz”, “así se dijo”; pero puede no ser veraz, y tratarse de un negocio simulado de donación, en que no medió precio alguno. Hasta esa veracidad no llega el notario). Otra cosa es que la integridad del documento se mantenga frente a terceros de buena fe, sin que las partes puedan alegar insinceridad, simulación, existencia de contradocumentos (salvo aquellos que reúnan los requisitos del art. 1.219 C.c.). De no ser así la seguridad del tráfico desaparecería por completo.

Según JOSÉ MARÍA DE PRADA, el hecho de que el notario sea el redactor del instrumento, aparte de implicar una garantía por las especiales cualidades del notario, derivadas de su rigurosa formación y método de selección que hace, que, en general, los documentos autorizados por notario sean ajustados a derecho y, por tanto, tengan la garantía de producir todos los efectos jurídicos pertinentes, produce también una segunda consecuencia importante, y es el hecho de que el notario autor del documento es responsable del mismo (art. 146 RN). Autoría y responsabilidad son dos elemen-

tos fundamentales en cuanto a la garantía del documento público y tradicionalmente han estado ligados entre sí.

Además de lo indicado en el citado artículo 146, en materia testamentaria, los artículos 705 y 715 del C.c. declaran responsable al notario de los daños y perjuicios que sobrevengan por la declaración de nulidad por defecto de forma de un testamento abierto o cerrado, cuando la falta provenga de malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables. A nuestro entender se trata de una responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad penal puede derivar de la falsedad en documento público. Actualmente en España la doctrina y la jurisprudencia entienden que es la seguridad del tráfico jurídico lo que constituye la razón de la incriminación en estos delitos, que atentan contra el correcto funcionamiento de aquél. Otros posibles delitos serían el de infidelidad en la custodia de documentos o el de violación de secretos conocidos por razón de su oficio.

291

1.2.3. Control de legalidad. Función cautelar.

No faltan quienes aseguran que la calificación hecha por el notario de la legalidad del negocio es un presupuesto de la actuación notarial. La tesis de MOLLEDA es diferente: “el llamado juicio notarial de legalidad o control notarial de juricidad que ha de conducir al notario a autorizar o denegar, constituye ya la prestación del ministerio notarial y es, por tanto, verdadera función notarial y no presupuesto de tal función... lo que se deduce de los textos (reglamentarios) es la obligación del notario de calificar la situación pretendida (art. 3 RN) con el instrumento público para saber si es o no conforme a las leyes... tarea calificadora que ya es propia función del notario, y por tanto supone prestación del ministerio notarial, y que ha de conducir a una de dos alternativas: autorizar el instrumento, si hay conformidad con las leyes, o denegar la autorización, si no hay tal conformidad”.

Esta opinión es matizada por LORA-TAMAYO: “el notario ante una voluntad no ajustada a Derecho, antes de denegar la autorización del instrumento, deberá asesorar a las partes realizando aquella función primordial de poner en relación las declaraciones de voluntad con las prescripciones legales”.

RODRÍGUEZ ADRADOS ha estudiado, con el acierto que le caracteriza, el problema del control notarial de la legalidad del instrumento público, empezando por la amplitud.

Están comprendidos todos los grados y tipos de ineficacia; ante todo la nulidad radical o absoluta, pero también la anulabilidad y la rescindibilidad por causas coetáneas al negocio; y los actos fraudulentos, en fraude a de Ley y en fraude de los derechos de terceros; afecten a todo el negocio, o a una sola de sus cláusulas; si bien es necesario hacer algunas precisiones:

292 — Que algunas de estas ineficacias pueden no ser reconocibles por el notario, o haberle sido ocultadas por los otorgantes; si bien, en sentido contrario, la función privada del notario, al entrar en el fondo del negocio, le permite detectar que efectos que hubieran pasado desapercibidos a un documentador de otro tipo, como serían algunas incapacidades no patentes a primera vista; errores de hecho o de derecho; coacciones encubiertas; determinados fraudes de Ley; y también en ocasiones reservas mentales o simulaciones absolutas o relativas.

— Que la propia rapidez de la vida y de los negocios imponen a veces, una pronta reconocibilidad de los vicios que pueden invalidar el negocio, evitando eventuales excesos de escrúpulo que podrían producir el efecto contrario de paralización de la vida jurídica o lesión del mismo interés general.

— Y que el notario puede, en términos generales, autorizar negocios incompletos, o en vía de formación, así como negocios sujetos a determinadas condiciones.

LORA-TAMAYO ha pormenorizado la actuación notarial descendiendo a supuestos concretos:

— En los supuestos de nulidad absoluta o radical, ordenada por normas imperativas o prohibitivas en las que no se establece un efecto distinto para el caso de contravención (art. 6.3 C.c.), el notario debe denegar la autorización.

— Respecto de los contratos anulables, entiende que el notario no puede denegar la autorización, aunque sí deberá hacer constar expresamente en el documento el vicio de que adolece para quedar exento de responsabilidad y por exigencias del propio tráfico jurídico, del conocimiento de terceros y de los propios otorgantes (ya que el acto anulable produce plenos efectos jurídicos mientras no se ejercite con éxito la acción correspondiente). De esta forma la presunción de validez del negocio escriturado se mantiene tal y como consta en el documento con las solas excepciones que en el mismo constan.

— Con relación a los actos y contratos hechos en fraude de Ley, es evidente la aplicación del artículo 6.4 del C.c., pero no siempre será fácil al notario tal calificación porque no se conoce abiertamente la intencionalidad del sujeto. Hay que recomendar moderación, no sea que se cumpla la visión de RODRÍGUEZ ADRADOS: “el abuso de la teoría del fraude de la Ley, vendría a constituir un fraude de Ley”.

— El notario no puede ser cómplice de los actos y contratos celebrados en fraude de acreedores; no puede autorizar el documento si los otorgantes le manifiestan su intención defraudatoria y tampoco podrá asesorar y aconsejar a las partes los medios jurídicos más eficaces para consumir el fraude. Pero fuera de los casos de complicidad, hay que reconocer que escapa a la competencia del notario y de los medios de que dispone, el prejuzgar el fraude (la rescisión por fraude en nuestro Derecho es una acción subsidiaria que requiere para su ejercicio, además de los requisitos comunes a toda acción rescisoria, una serie de ellos específicos que sólo en un juicio declarativo podrán ser probados).

— En cuanto a los negocios simulados, fiduciarios e indirectos, el notario debe estudiar y arbitrar fórmulas que los

eviten, asesorando a las partes sobre la limitada eficacia de estos actos y contratos, con arreglo a los artículos 1.219 y 1.230 del C.c.

El notario tiene amplitud de medios para detectar las causas de ineficacia, gracias precisamente al contacto personal con los comparecientes. Y no está tan constreñido como la calificación registral impuesta por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria a “lo que resulte de las mismas (escrituras) y de los asientos del Registro”.

El medio técnico del que tiene que servirse el notario es el puramente negativo del “control-denegación” o “control-rechazo” (terminología de RODRÍGUEZ ADRADOS), que vimos indica el artículo 145 del Reglamento Notarial; el notario no tiene *imperium* como el juez; no tiene “potestad” como la Administración: la función pública está atribuida al notario sin la correspondiente matriz del poder público; él es un oficial público *quoad officium*, pero no también *quoad potestatem*; las partes, en el proceso instrumental no tienen “obligaciones, que el notario no puede imponer, sino “cargas”, si quieren evitar la denegación de funciones y llegar a la autorización del documento.

294

RODRÍGUEZ ADRADOS aún llega a más al afirmar que “esta denegación de funciones debe estar fundada en algún tipo de ineficacia del documento, y no en una disposición concreta de la norma. Es cada vez más frecuente, sin embargo, la existencia de disposiciones que en lugar de sancionar el acto con algún tipo de ineficacia se limitan a ordenar al notario, como funcionario, que no lo autorice; sin pensar en que estamos en un sistema de libertad de forma, establecido en el artículo 1.278 del Código civil, y que el acto rechazado por el instrumento público se acogerá al documento privado, libre ya de ese y de todos los demás controles notariales”.

La profesionalidad del notario es la que compensa de su mismo control; profesionalidad que no sólo permite cuantitativamente, ampliar su radio de acción, sino que cualitativa-

mente modifica la propia naturaleza del control notarial de legalidad. Porque aunque es evidentemente función notarial denegar su autorización ante la más mínima presencia de cualquier defecto, es mucho más función notarial el ofrecer a las partes los medios jurídicos lícitos de conseguir sus propósitos, si es que la ilicitud estaba en el medio que las partes se proponían utilizar; y si la licitud estaba en el fin, presentarles otros fines lícitos, que al menos en parte puedan sustituirle.

Así, con esta idea, resulta que la misión legal del notario no es sólo la de emitir criterio negativo, controlar, calificar y rechazar, sino además, y esto es clave, guiar a los particulares por el camino del Derecho consiguiendo que la Ley se aplique a la realidad social. Y si no lo consigue, eso sí, negarse a “funcionar”. Así la función notarial aun teniendo que ser crítica, es más activa, porque no se trata de calificar algo que ya existe (función de jueces y registradores), sino de algo (la voluntad de los particulares), que aún no existe en forma definitiva, y como vimos “hay que adecuar”. La misión del notario no es conformarse con decir, no; es aspirar a conseguir la máxima adecuación del negocio a las leyes.

Los ejemplos harían este punto interminable, pero es conveniente señalar algunos **casos** (Reglamento Notarial) en que se controla eficazmente la legalidad del negocio, sin perjuicio de insistir en el capítulo próximo en casos concretos.

- Comparecencia y capacidad de los otorgantes

Artículo 156: “La comparecencia de toda escritura indicará: ... 5.º La indicación de los documentos personales de los comparecientes, si la Ley lo exigiere o el notario lo estimare oportuno. 6.º Las mencionadas circunstancias (nombre, apellidos, edad, estado civil, profesión, oficio y domicilio) respecto a las personas individuales o las que identifiquen a las sociedades en cuya representación comparezca algún otorgante, si no constan de los documentos que se incorporen o testimonien, o si se ha operado en ellas alguna variación. 7.º La fe de conocimiento por el notario o medios sustitutivos utilizados, si no se estima conveniente consignarla al final. 8.º La afirmación, a juicio del notario, y no apoyada en el solo dicho de los

otorgantes, de que éstos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera. 9.º La calificación de dicho acto o contrato con el nombre conocido que en derecho tenga, salvo que no lo tuviere especial”.

Artículo 159. “Las circunstancias relativas al estado de cada compareciente se expresarán diciendo si es soltero, casado, viudo o divorciado, siendo suficiente para los eclesiásticos la expresión de esta circunstancia y la Orden a que pertenezcan o su respectiva dignidad. Si el otorgante fuere casado, viudo o divorciado, y el acto o contrato afectare a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, se harán constar el nombre y apellidos del cónyuge, diciendo también si está casado en primeras nupcias o en ulterior matrimonio, salvo que por Ley o por pacto no exista entre los cónyuges sociedad de gananciales.”

Artículo 160. “Las circunstancias de profesión y vecindad se expresarán por lo que conste al notario o resulte de las declaraciones de los otorgantes y de sus documentos de identidad.”

Artículo 161. “La nacionalidad o la regionalidad, cuando puedan influir en la determinación de la capacidad y otorguen fuera del territorio de su región, se hará constar necesariamente en la comparecencia”.

Artículo 164. “La intervención de los otorgantes se expresará diciendo si lo hacen por su propio nombre o en representación de otro, reseñándose en este caso el documento del cual surge la representación, salvo cuando emane de la Ley, en cuyo caso se expresará esta circunstancia, y no siendo preciso que la representación legal se justifique si consta por notoriedad al autorizante. La voluntaria habrá de justificarse siempre en el mismo acto del otorgamiento o, con la conformidad de los demás otorgantes, en un momento posterior, lo que se podrá hacer constar en la forma prevista en el párrafo 2.º del artículo 176 de este Reglamento. En este caso el notario hará la oportuna advertencia a las partes, que consignará expresamente en el instrumento. También se hará constar el carácter con que intervienen los otorgantes que sólo comparezcan al efecto de completar la capacidad o de dar su autorización o consentimiento para el contrato.”

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (2 de julio de 1992) dice que tratándose de presupuestos de legalidad, ni la urgencia ni el común acuerdo de las partes contratantes, eximen al notario de su obligación de negar o excusar su intervención; si por el contrario se trata de la ausencia de algún requisito de mera eficacia

del negocio (aquellos que presuponen un negocio conforme a la Ley) nada impide que, a instancia, con el consentimiento y concurso de quienes sean partes contratantes, se demoren en su justificación a un momento posterior. La ausencia de la oportuna legalización del poder extranjero y de la declaración judicial firme de heredera *ab intestato* de la vendedora, constituyen meros presupuestos de eficacia del negocio celebrado, dado que, en el primer caso, existe un poder de representación, aunque formalmente incompleto, y en el segundo un título de sucesión que tiene su origen constitutivo en la Ley, aunque esté pendiente de la oportuna declaración judicial.

En relación con los poderes otorgados en el extranjero hay que distinguir si ha sido ante agentes diplomáticos y consulares de España (a los que se aplica el Anexo Tercero del Reglamento Notarial); o si lo han sido ante notarios extranjeros (hay que distinguir entre legalización, traducción y eficacia).

297

Según LORA-TAMAYO deben ser rechazados todos los poderes privados, aunque estén firmados ante testigos comunes o testigos calificados. Son muy importantes los acuerdos tomados como conclusiones en el XX Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Cartagena de Indias en 1992:

“Primera. El Congreso reitera el principio de libre circulación del documento notarial latino, esto es, el formado con todos los requisitos exigidos por la UINL, ya propugnado por el Congreso de Guatemala.

Segunda. El Congreso propone la recepción como fehaciente y auténtica del documento notarial latino procedente del país extranjero, y que para obtener este resultado se establezcan las normas y los procedimientos uniformes adecuados.

Tercera. El Congreso estima que debe propiciarse la legislación que declare la idoneidad y competencia del notario para controlar si el documento extranjero es notarial latino y que encomiende al notario su adecuación si *procediere* a

las normas jurídicas de necesaria aplicación en el país de recepción.

Cuarta. El Congreso encomienda a la UINL que a través de las comisiones competentes según su organización se aproxime a aquellas organizaciones internacionales o supranacionales que la reconocen para promover su interés acerca de la libre circulación y la efectiva recepción del documento notarial latino entre los estados miembros de dichos organismos regidos por sistemas jurídicos que utilizan el documento notarial latino.

Respecto de organismos supranacionales con poderes legislativos o normativos vinculantes es muy deseable que se propicie una legislación al respecto aplicable a los estados miembros cuyo orden jurídico recoja un Notariado de tipo latino.

Quinta. El Congreso solicita de la UINL el estudio de procedimientos que posibiliten la recepción de documentos procedentes de países no integrados en ella y la celebración de tratados internacionales a facilitar la intercomunicación documental entre los diversos sistemas jurídicos, respetándose en todo caso el principio de seguridad realizado mediante el documento notarial latino”.

298

Artículo 165. “Cuando alguno de los otorgantes concorra al acto en nombre de una sociedad, establecimiento público, corporación u otra persona social, se expresará esta circunstancia, designando, además de las relativas a la personalidad del representante, el nombre de dicha entidad y su domicilio, e indicando el título del cual resulte la expresada representación...”

Artículo 166. “El notario insertará en el cuerpo de la escritura, en cuanto sea posible, o incorporará a ella, originales o por testimonio, los documentos fehacientes que acrediten la representación.

Bastará con que de dichos documentos se inserte lo pertinente, aseverando el notario que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja, ni en forma alguna modifique o condicione la parte transcrita.

Si el documento que hubiere de insertarse total o parcialmente, lo mismo en este caso que en otro de complemento de la matriz, figurase en protocolo legalmente a cargo del notario autorizante, bastará con que éste haga la oportuna referencia en aquélla para luego practicar la inserción en las copias.

El notario podrá también reseñar en la matriz los documentos de los que resulte la representación, haciendo constar que se acompañarán a las copias que se expidan.”

Artículo 167. “El notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tiene capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate.”

Artículo 168. Constituyen reglas especiales en orden a la comparecencia en las escrituras públicas las siguientes: ... 4.ª La capacidad legal de los extranjeros que otorguen documentos ante notario español, si éste no la conociere, se acreditará por certificación del cónsul general o, en su defecto, del representante diplomático de su país en España. Cuando se den los supuestos del número 8 del artículo 10 del Código Civil la capacidad de los extranjeros se calificará por el notario con arreglo a la Ley española. Si en el Estado de que el extranjero otorgante fuese ciudadano no se usare más que el nombre y el primer apellido, el notario se abstendrá de exigirle la declaración del segundo, aunque se trate de documentos inscribibles en el Registro de la Propiedad. Cuando en la redacción de alguna escritura o acta el notario tenga que calificar documentos otorgados en territorio extranjero, podrá exigir que se le acredite la capacidad legal de los otorgantes y la observancia de las formas y solemnidades establecidas en el país de que se trate mediante certificado del Cónsul español en dicho territorio.”

299

Artículo 169. “Las personas casadas podrán intervenir por sí solas en todos los actos y contratos que con arreglo a derecho puedan realizar sin el consentimiento de su consorte, ya sean dichos actos de administración o de dominio.

Cuando se precisare dicho consentimiento y no se acreditare, el notario podrá autorizar el documento siempre que, haciendo la oportuna advertencia a las partes, éstas insistan en ello y prestaren su conformidad, todo lo cual se consignará expresamente.

En ningún caso autorizará el notario el documento cuando el consentimiento del otro cónyuge se exija bajo sanción de nulidad.”

• Fe de conocimiento

Artículo 187. “La identidad de las personas podrá constar al notario directamente o acreditarse por cualquiera de los medios supletorios previstos en el artículo 23 de la Ley (“Los notarios darán fe en las escrituras públicas y en aquellas actas que por su índole especial lo requieran de que conocen a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en

las Leyes y Reglamentos. Serán medios supletorios de identificación, en defecto del conocimiento personal del notario: a) la afirmación de dos personas, con capacidad civil, que conozcan al otorgante y sean conocidas del notario, siendo responsables de la identificación; b) la identificación de una de las partes contratantes por la otra, siempre que de esta última dé fe de conocimiento el notario; c) la referencia a carnets o documentos de identidad con retrato y firma expedidos por autoridades públicas, cuyo objeto sea identificar a las personas, el notario en este caso responderá de la concordancia de los datos personales, fotografía y firma estampados en el documento de identidad exhibido con las del compareciente; d) el cotejo de firma con la indubitada de un instrumento público anterior en que se hubiere dado por el notario fe de conocimiento del firmante. El notario que diere fe de conocimiento de alguno de los otorgantes, inducido a error sobre la personalidad de éstos por la acción maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurrirá en responsabilidad criminal, la cual será exigida únicamente cuando proceda con dolo; pero será inmediatamente sometido a expediente de corrección disciplinaria con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados”).

Cuando la identificación se haga con referencia a carnets o documentos de identidad con fotografía, pero sin firma, en los que conste la huella digital, el notario exigirá que ésta se imponga en el instrumento.

La fe de conocimiento afecta a la identidad del otorgante, pero no garantiza sus circunstancias de edad, estado, profesión o vecindad, que consignará el notario por lo que resulte de la declaración del propio interesado o por referencia de sus documentos de identidad, sin perjuicio de que, en caso de duda, pueda exigir las certificaciones del Registro del estado civil y cuantos documentos estime necesarios o convenientes.”

• Titularidad de los derechos de las partes

Anteriormente hemos hecho referencia a los artículos 174 y 175 del RN a propósito de la adecuación obligatoria o necesaria, tema que completamos ahora con otros preceptos del RN.

Artículo 171. “En la descripción de los inmuebles, los notarios procurarán rectificar los datos que estuvieren equivocados o que hubieren sufrido variación por el transcurso del tiempo, aceptando las afirmaciones de los otorgantes o lo que resulte de los documentos facilitados por los mismos.

Al realizar la rectificación se consignarán con los datos nuevos los que aparezcan en el título para la debida identificación de la finca con los asientos del Registro; y en los documentos posteriores sólo será preciso consignar la descripción ya rectificada, rectificándola de nuevo si fuere preciso.”

Artículo 172. “Cuando en los actos o contratos sujetos a registro, los interesados no presenten los documentos de los que hayan de tomarse las circunstancias necesarias para su inscripción, el notario los requerirá para que verbalmente las manifiesten, y si así no lo hicieren, lo autorizará salvando su responsabilidad con la correspondiente advertencia, excepto el caso de que la inscripción y, por tanto, las circunstancias para obtenerla, sea forzosa, según la naturaleza del contrato, para que éste tenga validez, en el cual caso se negará a autorizarla.

La falsedad o inexactitud de las manifestaciones verbales de los interesados serán de la responsabilidad de los que las formularan, y nunca del notario autorizante.”

Artículo 173. “En todo caso el notario cuidará de que el documento inscribible en el Registro de la Propiedad inmueble, intelectual, industrial, mercantil, de aguas o de cualquier otro que exista ahora o en lo sucesivo, se consignent todas las circunstancias necesarias para su inscripción, según la respectiva disposición aplicable a cada caso, cuidando además que tal circunstancia no se exprese con inexactitud que dé lugar a error o perjuicio de tercero.”

• Estipulaciones

Artículo 176. “La parte contractual se redactará de acuerdo con la declaración de voluntad de los otorgantes o con los pactos o convenios entre las partes que intervengan en la escritura cuidando el notario de reflejar con la debida claridad y separadamente los que se refieran a cada uno de los derechos creados, transmitidos, modificados o extinguidos, como asimismo el alcance de las facultades, determinaciones y obligaciones de cada uno de los otorgantes o terceros a quienes pueda afectar el documento, las reservas y limitaciones, las condiciones, modalidades, plazos y pactos o compromisos anteriores...”

Artículo 148. “Los instrumentos públicos deberán redactarse necesariamente en idioma español, empleando en ellos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma” (los arts. 149 y 150 se refieren a la redacción de doble columna, para otros idiomas regionales o extranjeros).

No es posible descender a más detalle porque ello implicaría un viaje casi interminable por todo el contenido de la fe pública notarial, es decir, por la competencia de los notarios en todos los ámbitos del Derecho, que sí sintetizamos más adelante siquiera para dar una idea aproximada de la amplitud de campo a donde llega la seguridad jurídica, en temas, negocios y contratos tan dispares.

1.2.4. *Seguridad jurídica sustancial y formal.*

Nos referimos aquí al documento notarial como “factor de certeza y protección de los derechos subjetivos”. La seguridad jurídica es un valor de toda sociedad democrática. Es un factor coadyuvante en la mejora de la calidad de vida. La define sintéticamente JUAN BOLÁS, como “certeza en la aplicación de la Ley”.

302

Afirma RODRÍGUEZ ADRADOS, que la seguridad que proporciona el notario aparece, ante todo, como una seguridad documental: seguridad derivada de la eficacia del instrumento público. La escritura pública arranca de una narración por el notario de hechos que él mismo realiza o que tienen lugar en su presencia y percibe por sus propios sentidos: la autoría del documento y su fecha, la autoría y el texto de las declaraciones, el otorgamiento y la autorización del documento, etc. En este esqueleto de autenticidad “auténtica” se insertan las declaraciones de ciencia o de voluntad, los actos y los contratos, entrelazadas por una serie de calificaciones y de juicios del notario que producen una presunción *iuris tantum* de validez, de legalidad. El documento íntegro va a desplegar una eficacia sintética en el tráfico y en el proceso en las más diversas direcciones (eficacia probatoria, ejecutiva, registral, legitimadora, etc.), de modo que el interesado va a obtener, junto a la seguridad de unos resultados finales, el medio de conseguirlos con facilidad: el documento notarial va a proporcionarle seguridad y eficacia.

La importancia de la seguridad formal no puede dejar atrás que hay una seguridad anterior a la del documento sin la que la seguridad documental sería vana; esta seguridad sustancial supone: que el negocio sea válido, según la Ley; que el documento que lo contiene (prescindiendo de su valor) esté redactado con claridad y sistema, sin contradicciones, ambigüedades ni lagunas; y que el negocio sea apto para satisfacer las finalidades prácticas que las partes persiguen.

La seguridad sustancial es la seguridad que produce un negocio perfecto y que se realiza en un documento perfecto, según explica RODRÍGUEZ ADRADOS: un negocio perfecto, plenamente adecuado al Ordenamiento jurídico y a sus valores superiores de justicia, libertad e igualdad; y plenamente adecuado, también, a la voluntad y a los reales intereses de los otorgantes; perfección del negocio producida por la colaboración de ese especial profesional del Derecho y funcionario que es el notario, obligado a cumplir su función pública y a satisfacer el interés privado de sus clientes, pero con una atención igual, imparcial, a los intereses de una y otra parte y un respeto total a los derechos de los terceros.

La frase “el negocio perfecto en el documento perfecto” la dicta D’ORAZI FLAVONI para resumir la finalidad de interés colectivo del Notariado. Sus afirmaciones derivadas han sido corregidas por RODRÍGUEZ ADRADOS. “La perfección sustancial puede quedar frustrada por vicio del documento, y no ya sólo por vicio, elemento negativo, sino por la ausencia de cualquier cualidad positiva que le origine dificultades o demoras en registros u oficinas administrativas; o por la utilización de un documento menor, que no corresponda a la entidad y duración de los efectos jurídicos deseables; o por haber prescindido de toda documentación del negocio... en el mundo del derecho hay una gradación de ineficacia... y paralelamente, también (sobre cero) una gradación de eficacias... productoras de seguridades; y la perfección del negocio puede también quedar frustrada por no haberle formalizado mediante la adecuada documentación. La perfección

del documento es vana si el negocio está viciado en su eficacia... se queda corto; porque la perfección del documento no sería propiamente vana, sino que sería gravemente dañosa para el interés público y para la paz social, pues haría que en muchos casos prevaleciesen negocios ilegales, fraudulentos o injustos; o que para evitarlo hubiese que acudir al proceso, cuando una de las finalidades del Notariado es precisamente la de reducir la conflictividad judicial.”

Ese negocio perfecto ha de llevarse a cabo en “un documento perfecto”, un documento formalmente auténtico que es lo que le permite superar el Estado de plena validez, pero de mera validez, para conseguir una eficacia que en el ámbito extrajudicial puede calificarse de “plena de la que deriva la **seguridad jurídica total** (formal y sustancial), de los actos y negocios jurídicos” (RODRÍGUEZ ADRADOS).

304

La seguridad jurídica formal vamos a derivarla y concretarla en los particulares efectos que nuestro Derecho ha querido derivar del otorgamiento de un documento redactado por un jurista imparcial, encargado de adecuar la voluntad de las partes a las prescripciones del ordenamiento jurídico mediante una labor de asesoramiento.

1.2.5. *Efectos del instrumento público.*

Se trata aquí de mostrar la contribución del notario a la seguridad jurídica consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución, pero no desde la amplia perspectiva de la función, sino desde el punto de vista concreto del documento notarial; lo que supone trazar un panorama de los efectos del documento público, puesto que de esta eficacia dimana, sobre toda aquella seguridad (RODRÍGUEZ ADRADOS).

En efecto, el principio de la seguridad jurídica sancionado por dicho artículo se exterioriza fundamentalmente:

—por una parte, en la existencia de leyes claras y suficientes,

—por otra, en un sistema judicial ágil y eficaz.

Pero el sistema judicial verá facilitada enormemente su labor en la medida en que la sociedad a la que sirve cuenta también con un sistema cautelar, de seguridad jurídica preventiva, que proteja y ampare los derechos de los ciudadanos en su fase de desarrollo ordinario extrajudicial. Así el Notariado es la institución puesta al servicio de la seguridad jurídica, como institución preventiva de conflictos. Veamos algunos de los efectos más importantes.

1.2.5.1. *La presunción de legalidad.*

La misión del notario, percibiendo directamente los hechos y dirigiendo conforme a Derecho la iniciativa de las partes, produce un documento que, en principio, tiene una presunción general de legalidad, base de toda su eficacia. Para CÁMARA (que cita los arts. 145, 146, 156 y 170 del RN y 705 y 715 del C.c.) “sería realmente absurdo que todas las calificaciones y juicios que el notario ha de emitir y que su obligación de abstenerse de autorizar los actos que jurídicamente no sean correctos, no surtieran efecto alguno”. Es en ese sentido que la Resolución de la DGRN se refiere a “la presunción de legalidad de que goza el instrumento notarial”.

La raíz de la función pública del notario se sitúa en la dación de fe. Pero lejos de una posición exclusivamente fedante, una lectura reflexiva del artículo 1.º de la Ley del Notariado es tanto como si dijera que **el notario sólo está autorizado para dar fe conforme a las leyes**. Y no sólo conforme a las leyes de Derecho Notarial, que regulan la dación de fe, sino además conforme a las leyes de Derecho sustantivo, civil, mercantil, hipotecario, etc., que regulan el negocio contenido en el instrumento público. Y no está autorizado y por eso tiene derecho a negar su intervención cuando el acto es contrario a las leyes, a la moral, a las buenas costumbres, al orden público (arts. 145 RN y 1.255 C.c.).

1.2.5.2. *El instrumento público notarial: medio de prueba.*

Los hechos que no pueden probarse es como si no existiesen; falta de prueba e inexistencia no tienen nada que ver ontológicamente, pero prácticamente son equivalentes; y de la calidad que el documento notarial tenga como medio de prueba dependerá mucho su contribución a la seguridad jurídica.

A estos efectos, y siguiendo a RODRÍGUEZ ADRADOS, analizaremos cómo “el documento notarial es un medio de prueba real y preconstituido, que opera en juicio y fuera de él, es autosuficiente y tiene una privilegiada fuerza probatoria, como medio de prueba legal”.

— El documento notarial es un medio de prueba real y objetiva, porque es una cosa, y no una persona la que sirve de medio de prueba.

306 — Es un medio de prueba preconstituida porque se ha formado con anterioridad al proceso en que se utiliza, que se opone a la llamada prueba casual (vale reiterar aquí que la formación del instrumento público precisa la previa rogación; la intermediación del notario a los hechos y su imparcialidad).

— El instrumento público es un medio de prueba en juicio y fuera de él. La Orden Ministerial de 31 de agosto de 1963 establecía que “la fuerza del instrumento público estriba, cabalmente, en la privilegiada virtud de la fe notarial, cuyas declaraciones son incontrovertibles fuera de la esfera judicial y, por tanto, toda afirmación en contrario no solamente no puede, sino que no debe ser tomada en consideración por órgano administrativo alguno”. El artículo 143.3 quiere decir esto mismo: “la fe pública, debida a la actuación notarial según las disposiciones del presente título, no podrá ser negada ni desvirtuada en los efectos que legal o reglamentariamente deba producir sin incurrir en responsabilidad”. En definitiva, concluye RODRÍGUEZ ADRADOS, “su eficacia es muy superior en la esfera extrajudicial, en el tráfico jurídico, que en el proceso, y todas las razones de duración, de costo, de

riesgo, que disminuyen la conflictividad litigiosa llevan a los particulares a acogerse a la seguridad del documento”.

— El documento notarial es un medio de prueba autosuficiente en el sentido de que despliega sus efectos probatorios sin necesidad de previa verificación. La superior eficacia que ello supone respecto del documento privado es obvia. Esta autosuficiencia es completa en la esfera extrajudicial, pero aparece disminuida en el proceso, afectado por la dicotomía matriz-copia (art. 1.220 del C.c.: “las copias de los documentos públicos de que exista matriz o protocolo, impugnadas por aquellos a quienes perjudiquen, sólo tendrán fuerza probatoria cuando hayan sido debidamente cotejadas. Si resultare alguna variante entre la matriz y la copia se estará al contenido de la primera”).

— Los documentos públicos constituyen un medio de prueba legal precisamente por razones de seguridad jurídica; porque la valoración la hace la Ley; y esta seguridad es completa en la esfera extraprocesal, en que la prueba legal también opera, porque no hay en ella juez que pueda formar libremente su convicción; mientras que en la esfera procesal, a pesar del carácter legal del valor probatorio de los instrumentos públicos, pueden interferirse, otros medios de prueba, a través de la apreciación de la prueba en su conjunto.

La norma reguladora de la fuerza probante del instrumento público se contiene en el artículo 1.218 del C.c.:

Artículo 1.218. “Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros.”

Aunque el citado artículo se presente como una regla de carácter probatorio general para todos los documentos públicos, aunque quizá esté pensando sólo en los documentos notariales, escrituras públicas ya que hace referencia a “otorgamiento”, “contratantes y sus causahabientes”. Su aplicación

a las escrituras públicas es sencilla: en unos casos el documento hace prueba aún contra tercero; en otros, solamente entre partes. La clave está en interpretar la afirmación “del hecho que motiva su otorgamiento”.

No obstante el contenido del artículo 1.218, según la práctica admitida por el Tribunal Supremo, la eficacia del documento notarial como prueba legal viene afectada, al menos de hecho, por la aplicación en conjunto de la misma. Según JIMÉNEZ CONDE, “apreciar en conjunto la prueba quiere decir, en último término poner en relación unos medios de prueba con otros a fin de otorgar a cada uno, en consideración a los restantes, el valor o el grado de eficacia acreditativa que –legalmente o según el criterio discrecional del juzgador– le corresponda, lo que de este modo se logra con mayor exactitud y acierto que si la valoración se lleva a cabo respecto de cada medio de prueba por separado, desconectándolo totalmente de los demás”, pero bien entendido que “cuando converjan en una línea demostrativa opuesta medios probatorios de libre apreciación y al mismo tiempo medios de prueba legal, la prueba legal debe indiscutiblemente prevalecer”. Para GÓMEZ ORBANEJA, la apreciación conjunta “conduce, quiérase o no, a una descalorización de la prueba legal y con ello al debilitamiento de la seguridad”.

308

Para GUTIÉRREZ DE CAVIEDES y CORDÓN MORENO, la apreciación conjunta de la prueba no debe ser utilizada como un instrumento encaminado a hacer desaparecer de nuestro ordenamiento el carácter privilegiado de la prueba documental. Ante un documento público (art. 1.216 C.c.), la parte perjudicada puede adoptar las siguientes posturas: a) desconocerlo como tal documento público por carecer de autorización en forma del funcionario competente o por ser la autorización totalmente improcedente; b) impugnar la copia que reúne las debidas formalidades como falsa materialmente por no ser verdaderos todos o algunos de los elementos que la integran (esta es la querrela de falsedad formal que se resuelve en el incidente de cotejo regulado en la LEC); c) impug-

nar el documento original (en aquellos documentos públicos que carecen de matriz o protocolo) como falso materialmente; esta impugnación se resuelve en el incidente de cotejo de letras de la LEC); d) impugnar el contenido (falsedad ideológica); en nuestro derecho carece de regulación positiva, pero no cabe duda que esta falsedad, como toda cuestión de hecho, deberá ser alegada, probada y resuelta por el juez de la Sentencia.

El medio de control, ante el desconocimiento por los Tribunales de Instancia del especial valor probatorio de la escritura pública, está en el llamado recurso de casación por infracción de Ley o de doctrina legal, antes contenido en el número 7.º del artículo 1.692 de la LEC, hoy derogado, pero que consideramos tiene cabida en el nuevo número 4.º (redacción Ley 10/1992, de 30 de abril), cuando dice que la casación puede fundarse en la “infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”. El error de derecho en la apreciación de la prueba, cuando se trata de medios de par legal, no es otra cosa que la infracción de las normas que la regulan, y que son tan leyes como cualesquiera otras (así se reconoce en el informe del Consejo General de Poder Judicial a la citada redacción nueva y en el informe presentado por el Ministerio de Justicia al Proyecto de Ley).

309

1.2.5.3. Título de legitimación en el tráfico jurídico.

La integridad de la fe pública tiene especial fuerza en aquellos casos en que el documento notarial configura una legitimación formal para el tráfico. La declaración efectuada por escrito en el documento es la declaración entre partes y respecto de terceros, sin que sean posibles realidades subjetivas. El texto de las declaraciones resulta un texto auténtico, respecto del cual opera una de las notas características de la fe pública, la exactitud; el documento notarial contie-

ne las mismas declaraciones de las partes, tal y como se han producido, contiene la verdad, aunque es cierto puede ser no toda la verdad. La integridad presenta más problemas y hay que distinguir entre partes y terceros:

— Entre partes, la integridad de presente es rigurosa porque la unidad de acto impide que existan documentos contemporáneos que los desvirtúen (podrán ser pasados o futuros).

— La seguridad que proporciona el documento notarial no puede limitarse a las partes que lo otorgan, sino que debe extenderse a los terceros, convirtiéndose en elemento organizativo de la realidad jurídica (precisamente cuando la Ley exige el otorgamiento de la escritura pública está pensando en los terceros). Los terceros no quedan obligados por la escritura pública porque los efectos negociales se producen entre partes, pero sí que quedan afectados por ella (efectos reflejos, secundarios, que no son efectos del negocio, sino del documento).

310

— Los instrumentos públicos son además oponibles a terceros; perjudican a terceros. La seguridad de las partes que realizan sus contratos o negocios en escritura pública aumenta porque en cualquier momento pueden oponerlos a los terceros; y todavía es mayor esa seguridad porque no es admisible ninguna restricción del concepto de tercero (todos hasta los *penitus extranei* están afectos a esta oponibilidad). El C.c. se cuida de limitar la oponibilidad de los terceros de determinadas escrituras, las hechas para desvirtuar otra anterior entre los mismos interesados (art. 1.219: “sólo producirán efectos contra terceros cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero”).

— Los documentos públicos, además, pueden ser utilizados por los terceros, pueden basarse en ellos para el ejercicio de sus propios derechos, con lo cual se extiende también a los terceros y al tráfico jurídico la seguridad jurídica

que dimana del documento notarial (cuando el art. 1.218 dice “aun contra tercero”, presupone la actuación a su favor).

Según RENTERÍA y PAGOLA, una manifestación de este carácter de la escritura pública como título legitimador en el tráfico es su inscribibilidad en los registros públicos. Sin embargo, en la esfera registral la eficacia del documento público es a los solos efectos de practicar, suspender o denegar el asiento y sin declarar por tanto, ni su validez ni su nulidad que podrá ser discutida ante los tribunales (arts. 18 LH y 18 C.Co.: formas extrínsecas, capacidad de los otorgantes, validez de los actos dispositivos). La calificación del registrador no se extiende a toda la legalidad del documento (ej. capacidad natural, vicios de consentimiento, querellas de falsedad corporal o ideológica, impugnaciones por simulación, falta de integridad documental, etc.). La escritura no pierde su condición de título de legitimación cuando su contenido haya sido alterado por documento privado (art. 1.230 C.c.), ni perjudica a quien confía en su contenido (art. 1.219 C.c.). La escritura pública es el único y exclusivo título de legitimación para el tráfico respecto de los derechos y deberes derivados de un negocio jurídico contractual extrajudicial.

311

En consecuencia no son título de legitimación en el tráfico respecto de los actos y negocios jurídicos extrajudiciales: los documentos privados (art. 1.225 C.c. equipara el valor de los legalmente reconocidos, únicamente “entre los que los hubieren suscrito y sus causahabientes”; incluso la fecha, conforme al 1.227, no se contará respecto de terceros “sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que los firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio); ni las pólizas intervenidas por corredores de comercio u otros agentes mediadores (DÍEZ-PICAZO); ni las certificaciones, que son documentos públicos que hacen fe de lo inscrito o anotado en los libros o archivos legalmente a cargo de la persona que los expide.

1.2.5.4. *Traditio y entrega.*

Recuerda JOSÉ MARÍA DE PRADA GONZÁLEZ, que otro efecto de la escritura pública en orden a la eficacia del negocio jurídico y a la seguridad del mismo, es la tradición instrumental que recoge el artículo 1.462.2 del C.c. (“Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”).

312

No debe olvidarse que el C.c. español mantiene la teoría del título y el modo, estableciendo en el artículo 609 que la propiedad y los derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. La entrega consiste en la puesta en poder y posesión de la cosa vendida. El efecto reconocido en el artículo 1.462 es tanto más importante cuanto que sólo deriva de la escritura pública y en ningún momento del documento privado (no basta el otorgamiento del documento privado, aunque así se pacte, para que se entienda transmitida la propiedad, sino que se precisa, en este caso un acto concreto de puesta en poder y posesión).

1.2.5.5. *Efectos ejecutivos.*

Además de los efectos probatorios, la escritura pública produce efectos ejecutivos, conforme al artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “con tal que sea primera copia, o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar o de su causante” (cfr. art. 234 RN.).

La escritura pública es el único título que lleva aparejada ejecución *per se*, es decir, no requiere de ningún documento complementario ni de ninguna actuación previa de preparación (no acontece lo mismo con los demás títulos relacionados en el art. 1.429.2 LEC).

Con el fin de evitar una posible duplicidad de ejecuciones con fundamento en la misma escritura pública, el artículo 1.429.2.1.º LEC y la legislación notarial exigen determinados requisitos a las copias presentadas a estos efectos:

— Ha de tratarse de copias autorizadas, es decir, con el signo, firma, rúbrica y sello del notario, para acreditar su correspondencia con el protocolo (art. 241 RN). No son título ejecutivo las copias simples que no garantizan dicha correspondencia (art. 250 RN).

— Con carácter general, son títulos ejecutivos las primeras copias; a los solos efectos del artículo 1.429 LEC las copias de las escrituras se dividirán en primeras o segundas (art. 231.1. RN). Las primeras copias se expedirán siempre expresando el carácter de tales, y lo mismo se hará con las segundas o posteriores (art. 238.1. RN).

— Respecto de las segundas o posteriores copias, la Ley del Notariado estableció que únicamente se podrían expedir en virtud de mandato judicial y con citación de los interesados o del Ministerio fiscal cuando “se ignoren éstos o estén ausentes del pueblo en que esté la notaría”; o cuando la copia fuere solicitada por todos los interesados y ello con independencia del contenido de la escritura pública: sólo quedaban excluidas las segundas o ulteriores copias de escrituras de actos unilaterales (art. 18 LN). El Reglamento Notarial limita estas exigencias legales a los supuestos de escrituras que contengan obligaciones exigibles en juicio ejecutivo y asimismo ordena que se haga constar en la suscripción de la copia expedida sin el cumplimiento de tales requisitos que la misma carece de efectos ejecutivos (arts. 3 y 232.2. RN).

313

1.2.5.6. *Otros efectos.*

Nos referimos, por último, al privilegio del crédito documentado en escritura pública; y a la incorporación del documento notarial a un protocolo de titularidad estatal, secreto y custodiado por el notario.

— Los créditos que consten en escritura pública gozan de especial preferencia conforme al artículo 1.924 C.c., y al artículo 1.913.4 C.Co.

— El Reglamento Notarial (arts. 272 a 306) se refiere al régimen de conservación de los instrumentos públicos. JOAQUÍN DE PRADA GONZÁLEZ consideraba con acierto que constituyese esta una parte integrante de la función notarial y no

una parte accesoria o circunstancial, sino una parte esencial de la misma; es el valor jurídico del documento notarial el que exige, como consecuencia lógica, que el mismo se conserve en poder del notario para garantizar de esta forma que ese valor de que se le dota pueda desenvolverse, sin obstáculo ni impedimento alguno, toda la eficacia que está llamado a desempeñar.

La misma línea de razonamiento que lleva de la autenticidad formal (documento perfecto) a la autenticidad de fondo (negocio perfecto) —decía JOAQUÍN DE PRADA— exige que el instrumento público sea conservado con todas las garantías, para lograr así la autenticidad corporal que da al documento notarial el hecho de la existencia de una matriz en poder de funcionario público; autenticidad corporal que dota de una presunción de legalidad a las copias expedidas y mediante cotejo de una autenticidad corporal inatacable al documento notarial.

314

Autenticidad corporal (documento indubitado), autenticidad formal (documento perfecto) y autenticidad de fondo (negocio perfecto) —concluía— son el resultado de una triple actividad notarial (documentadora, adecuadora y conservadora) que se complementan entre sí y que juntas hacen posible el cumplimiento de los fines de certeza y seguridad que la función notarial persigue.

2. Semejanzas y diferencias con otros tipos de fe pública

Los notarios ejercen la fe pública notarial mediante la autorización de una categoría especial de documentos que son los instrumentos públicos, conforme al citado artículo 1.217 del C.c., que se regirán por la legislación notarial. Importa destacar que este artículo para nada se refiere a los requisitos formales de los documentos judiciales y administrativos, porque los considera ajenos a su competencia. La remisión a la legislación notarial se concreta a los requisitos

formales no a su eficacia sustantiva o procesal, que se rige por el Código Civil, Código de Comercio, Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones legales.

El tema y problema de este epígrafe corresponde a esta múltiple interrogante: ¿Hasta dónde llegan las semejanzas, y dónde comienzan las diferencias entre el documento notarial, el documento judicial, el documento administrativo, el documento registral y el documento intervenido por los corredores colegiados de comercio?

No faltan quienes traen a colación “otras especies” de fe pública. A modo casi anecdótico traigo a cita un estudio de GUTIÉRREZ DEL SOLAR, que lleva por título “La fe pública extranotarial”, donde no sé si con ánimo de diasporizar, además de tratar de la fe pública mercantil y la fe pública consular, dedica capítulos separados para tratar de la **fe pública parroquial, la fe pública militar y la fe pública marítima**, reducida, bien es cierto a algunas formas testamentarias. De seguir ese camino habría que ir pensando en aumentar los capítulos dedicados a la fe pública testifical (testamento ante testigos), la fe pública postal (entrega de certificados postales), fe pública arbitral (referida a las actas de los árbitros deportivos), fe pública de los agentes de la Autoridad (atestados y denuncias de la policía). Me parece excesivo descender a este detalle acientífico.

315

2.1. Fe pública judicial.

PRADO ARDITTO la define como aquel poder del Estado, cuyo fin es alcanzar la seguridad jurídica dentro del proceso y, en virtud del cual, se presume que todo cuanto autoriza con su firma el secretario en el mismo, es verdad salvo prueba en contrario.

El ejercicio de la fe pública dentro del proceso se realiza de tres maneras: a) la incorporación de los escritos y documentos que advienen al proceso (autos o Rollo si se trata de Tribunal colegiado), bajo la fe del secretario; b) la docu-

mentación de todos los actos procesales que se realizan en forma oral, que se incorporan por escrito a las actuaciones, bajo la fe del secretario; y c) la certificación o expedición por el secretario, bajo su fe pública, de copias o extractos de los documentos, escritos o actuaciones obrantes en los autos (tanto los que están en tramitación, como los que se encuentran archivados) o de los que se le exhiben, o en la expresión de la no existencia de aquéllos.

Precisamente es la Constitución (art. 117) la que dispone de un punto de partida firme: "... 3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. 4. Los juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior, y las que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho".

316

Podemos citar como supuestos de concurrencia con la fe pública notarial: la repudiación de herencia, la aceptación a beneficio de inventario, las fianzas *apud acta* y aquellas relativas a matrimonio, emancipación y adopción. Todos ellos son casos en que se habla de escritos, no de escrituras.

2.2. Fe pública administrativa.

Respecto de la contratación administrativa, hay que partir de la base del calificativo del artículo 1.216 del Código Civil, "son documentos públicos los autorizados, por un notario o empleado público competente...". Lo que confirma el artículo 696.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sólo considera documentos públicos "los documentos expedidos por los funcionarios públicos que estén autorizados para ello en lo que se refiera al ejercicio de sus funciones".

En materia de contratación local, el artículo 113 del Texto Refundido dice que "el contrato se formalizará en escritura pública o en documento administrativo, dando fe, en este

caso el secretario de la Corporación”. Criterio que se concreta aún mejor en el artículo 2.h). del Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración local Real Decreto 1.174/1987, de 18 de septiembre: “... funciones públicas... de fe pública comprende... autorizar con las garantías y responsabilidades inherentes, las actas de todas las licitaciones, contratos y documentos administrativos análogos en que intervenga la entidad”.

Por contra la Orden del Ministerio de Hacienda de 2 de mayo de 1986 por la que se aprueba el **modelo de documento administrativo**, en ningún momento lo califica de documento público quizá porque lo sobreentienda, limitándose a indicar la fecha, y luego en tres apartados diferentes, “Reunidos”, “Antecedentes administrativos” y “Cláusulas del contrato”. Ambas partes “se reconocen competencia y capacidad” (no es el funcionario quien la asegura). Y al final se indica “para la debida constancia de todo lo convenido, se firma este contrato en... ejemplares en el lugar y fecha mencionados. Por la Administración (firma y sello). El contratista (firma)”. Y yo me pregunto dónde está la “autorización administrativa” del Estado (y por analogía de los entes municipales o autonómicos).

317

No hay en esta función pública administrativa más certificante que autorizante la más mínima indagación, interpretación y adecuación de la voluntad de los particulares. La función certificante se refiere siempre a “los libros y documentos que en las distintas dependencias existan” (art. 204 del Reglamento de Organización de las Corporaciones Locales, de 28 de noviembre de 1986).

Pueden encontrarse otras diferencias importantes, que sin necesidad de entrar en detalle, enumeramos ahora: la imparcialidad (pasiva del funcionario que certifica; activa del notario que asesora a ambas partes); exigencia de copias notariales, frente a exigencia de certificaciones administrativas; expedición de copias notariales por propia autoridad y sin visado superior; certificaciones administrativas con visto bueno del superior jerárquico, etc.

2.3. Fe pública registral.

Los asientos del Registro de la Propiedad y del Registro Mercantil son verdaderos documentos públicos que se coleccionan en este último caso en torno a la persona física o jurídica (empresarios), y en aquél en torno a la finca. Su fe pública y la de su certificación es indudable. Si bien no hay que olvidar que desde la reforma hipotecaria de 1944 se ha venido a reservar la expresión de principio de fe pública para la eficacia del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

318 Dada la ausencia de interferencias y la perfecta delimitación profesional, no estimo necesario hacer ninguna salvedad, ya que es un íter lógico que otorgada la escritura pública, y expedida la copia, llegue al Registro de la Propiedad o Mercantil pertinente, para, tras su calificación, obtener “al completo” los fines pretendidos, ya se trate de inscripción constitutiva, ya se trate de inscripción voluntaria, siquiera sea para desvirtuar la máxima de que “lo que no está en el Registro no está en el mundo”.

2.4. La llamada fe pública mercantil.

El Código de Comercio establece el ámbito de la competencia fedataria de los agentes mediadores en el fundamental artículo 93.1:

“Los agentes colegiados tendrán el carácter de notarios en cuanto se refiera a la contratación de efectos públicos, valores industriales y mercantiles mercaderías y demás actos de comercio comprendidos en su oficio, en la plaza respectiva.”

La atribución, pues, de esa competencia se hace con una triple delimitación:

— **Objetiva:** actos de comercio, o como expresa, contratación de efectos públicos, valores industriales y mercantiles, mercaderías y demás actos de comercio.

— **Profesional:** comprendidos en su oficio, y

— **Territorial:** en la plaza respectiva.

La doctrina en iguales o parecidos términos omnicomprendivos o no, así viene entendiéndolo, aunque discrepando en cuanto a la fuerza atractiva y extensiva del precepto. Destaco algunas afirmaciones:

— GÓMEZ SEGADE: “el triple límite (subjetivo, objetivo y espacial) marcado en el artículo 93”.

— CANO RICO: “competencia del agente mediador” (territorial y en el tiempo), “carácter mercantil de la operación”, “propio de su oficio”.

— VICENT CHULIÁ: “En su virtud tienen el carácter de notario (no es que sean notarios), en un ámbito de actos que viene delimitado por un triple criterio: en cuanto se refiere a la contratación de efectos oblicuos, valores industriales y mercantiles, mercaderías y demás actos de comercio... que estén comprendidos en su oficio... en la plaza respectiva”.

— POLO: “De esta manera el carácter de notario que se le atribuye por el Código sufre una triple limitación: objetiva (actos de comercio), subjetiva o funcional (comprendidos en su oficio) y espacial o territorial (en la plaza respectiva)”.

— DOMINGO: Si bien en principio sigue la doctrina generalizada, reconoce en el artículo 93 la triple limitación objetiva, subjetiva o funcional y espacial, admite la posibilidad de una vis atractiva referente a toda la materia mercantil “cuyo único límite es la competencia exclusiva de otros fedatarios (art. 86 del Reglamento de corredores), determinada por la Ley”.

El últimamente referido artículo 86 del Reglamento de corredores emplea efectivamente la frase “y cualesquiera otras operaciones mercantiles que no estén reservadas a la intervención de otros fedatarios con carácter exclusivo”. Sin entrar en polémica considera que de admitir esta tesis expansiva sería tanto como considerar que el citado Reglamento deroga, conforme al artículo 2.2, del Código Civil y artículo 9.3 de la Constitución, tanto el artículo 93.1 del Código de Comercio, como el 67.1.8 del mismo cuerpo legal que

indica “cualesquiera otras operaciones análogas a las expresadas”.

Idéntica objeción reglamentaria no puede esgrimirse respecto de los notarios: 1.º porque el artículo 47 de la Ley Orgánica de manera expresa dice que “el Gobierno dictará las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para el cumplimiento de esta Ley” (delegación que no contiene el Código de Comercio respecto de los agentes mediadores); y 2.º porque el artículo 1.227 del Código Civil emplea en sentido muy general “la legislación notarial” para referirse a los documentos en que intervenga notario público.

320

La opinión de RODRÍGUEZ ADRADOS tiene claridad meridiana: “La fe pública mercantil no existe; es la misma fe pública extrajudicial, esto es, la fe pública notarial, en cuanto recae sobre actos y negocios mercantiles. Los corredores de comercio colegiados, por su parte, tienen fe pública respecto de los asientos de su libro-registro (art. 93.2 C.Co.) y de sus certificaciones (art. 596.2 LEC), así como respecto a sus diligencias de intervención de las pólizas; pero las pólizas que pueden intervenir en la contratación comprendida en su oficio de agentes mediadores (art. 93.1. C.Co.), siguen siendo pólizas, esto es, documentos privados, que por reflejo del documento público que es la intervención adquieren ciertos efectos probatorios y ejecutivos (art. 1.429 LEC), pero que no se convierten ellas mismas en documentos públicos (art. 596 LEC, a contrario), ni son títulos en la vida jurídica extrajudicial (art. 3 LH)”.

3. Contenido de la fe pública notarial: competencia de los notarios en todos los ámbitos del Derecho

El Reglamento Notarial define de modo amplio el instrumento público, que dice “comprende **las escrituras públicas, las actas** y, en general, **todo documento que autorice el notario**, bien sea original, en copia o testimonio” (art. 144).

3.1. *Ámbito civil.*

La enumeración de estas materias, si ha de ser detallada, como dice ÁVILA ÁLVAREZ, no puede ser simétrica, porque unas veces podrá comprenderse un género de negocios jurídicos (contratos civiles), pero otras habrá de referirse a alguna especie dentro del género o algún tipo calificado dentro de la especie (aceptación pura y simple de la herencia), ya que los restantes tipos admiten en alguna ocasión la concurrencia de otros funcionarios o "personas" (los casos antes aludidos de testamentos ante párroco, o militar o marítimo, etc.). Sin ánimo de ser exhaustivos, consideramos convenientes algunas explicaciones.

Con una aclaración previa: que el **tráfico inmobiliario** queda incluido en el ámbito civil y fuera, por tanto, del ámbito mercantil. La transmisión del dominio y la constitución, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre inmuebles no son actos de comercio, no se rigen por el Código de Comercio, sino por el Código Civil y la Ley Hipotecaria, cuerpos legales a los que modernamente se han sumado las Leyes de Reforma y Desarrollo Agrario, Ley del Suelo, Ley sobre el Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, etc. Todos los actos relativos al tráfico inmobiliario tienen la naturaleza de los actos civiles, y su sustantividad no viene afectada por el hecho de que, en el caso concreto, resulten accesorios de otros actos que quepa calificar como actos de comercio. Esa accesoriedad no implica mercantilidad.

321

3.1.1. *Escrituras.*

3.1.1.1. *Supuestos del artículo 1.280 del Código civil.*

— Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles (cfr. además, art. 1.628, censo

enfitéutico; art. 633, donación de inmuebles; art. 1865, prenda; art. 1.875, hipoteca; art. 1.667, sociedad con aportación de inmuebles).

— Los arrendamientos de estos mismos bienes por seis o más años, siempre que deban perjudicar a tercero (cfr. arts. 1.549 y 1.555.3.).

— Las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones (cfr. arts. 1.327, 1.331 y 1.332).

— La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal (cfr. arts. 1.008 y 1.011).

— El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero.

322 — La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.

3.1.1.2. *Supuestos testamentarios.*

Los testamentos y actos de última voluntad se regirán, en cuanto a su forma y requisitos o solemnidades, por los preceptos de la legislación civil, acoplándose a los mismos la notarial, como norma supletoria en todo cuanto no implique modificación de aquéllos (art. 143 RN; cfr. especialidades del testamento militar, marítimo o en país extranjero).

3.1.1.3. *Otros supuestos.*

Emancipación (art. 317 C.c.); reconocimiento de filiación extramatrimonial (art. 120 C.c.). Y un largo etcétera que comprende leyes complementarias del Código Civil y/o leyes especiales: propiedad horizontal, concentración parcelaria, arrendamientos rústicos y urbanos, Ley Hipotecaria, etc.

3.1.2. *Actas.*

Se ocupan de ellas los artículos 197 y siguientes del RN: “Los notarios, a instancia de parte, extenderán y autorizarán actas en que se consignen los hechos y circunstancias que presenciaron o les consten, y que por su naturaleza no sean materia de contrato...”.

No entramos en problemas de clasificación doctrinal, vamos a seguir el articulado del Reglamento Notarial primero y de otras leyes, después, a sabiendas de que esta vía puede ser contestada.

- Actas de presencia

Las actas notariales de presencia acreditan la realidad o verdad del hecho que motiva su autorización (art. 199). Serán también materia de las actas de presencia: la entrega de documentos, efectos, dinero u otras cosas y toda clase de requerimientos, así como los ofrecimientos de pago; el hecho o la existencia de una persona, previa su identificación por el notario; la exhibición al notario de documentos o de cosas con el fin de que, examinados, los describa en el acta tal y como resulten de su percepción (art. 200). Suelen incluirse en este apartado general: el acta por coacción al notario (art. 61 RN), y el Acta del artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (para acreditar la no obtención de determinados documentos), las actas de sorteo y de muestreo, y las actas de subasta voluntarias. Algunas subastas notariales están reguladas legalmente, tales como en materia de prenda (art. 1.872 C.c.), bienes muebles a plazos (art. 19.6 de la Ley de 17 de julio de 1965) y las de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento (arts. 86, 87, 88 y 94 de la Ley de 16 de diciembre de 1954).

Dentro del mismo epígrafe general de actas de presencia, el Reglamento notarial comprende: las actas de remisión de cartas o documentos por correo; las actas de notificación y requerimiento y las actas de exhibición de cosas y documentos.

A las actas de remisión de cartas o documentos por correo se refiere el artículo 201, disponiéndose “que sólo acreditará el contenido de la carta o documento, la fecha de su entrega en la oficina postal o al funcionario de correos y, en su caso, la expedición del correspondiente resguardo de imposición como certificado y la recepción por el notario del aviso de recibo”.

A las actas de notificación y requerimiento se refieren los artículos 202 al 206: las actas de notificación tienen por objeto dar a conocer a la persona notificada una información o una decisión del que solicita la intervención notarial, y las de requerimiento, además, intimar al requerido para que adopte una determinada actitud.

A las actas de exhibición de cosas o documentos se refiere el artículo 207, que la declara aplicable, entre otros supuestos: para dejar constancia en el protocolo de la existencia de cosas o documentos en poder de una persona o en un determinado lugar; para hacer constar la existencia de un documento no notarial cuyas firmas legitime el propio notario autorizante, que vaya a surtir efectos solamente fuera de España en país que prevea o exija dicha forma documental; para efectuar el reconocimiento de la propia firma puesta con anterioridad en un documento que a juicio del notario quedará suficientemente reseñado en el acta, o unido a ésta, original o por fotocopia; y para fijar el saldo líquido exigible en los préstamos o créditos en cuenta corriente concedidos por entidades de crédito, ahorro o financiación, siempre que tales operaciones y esta modalidad de fijación hayan sido pactadas en escritura pública.

- Actas de referencia o manifestaciones

Se observarán en ellas iguales requisitos que en las de presencia, pero el texto será redactado por el notario de la manera más apropiada a las declaraciones de los que en ellas intervengan, usando las mismas palabras, en cuanto fuere posible, una vez advertido del declarante por el notario

del valor jurídico de las mismas en los casos en que fuese necesario (art. 208).

Algunos ejemplos de estas actas: informaciones de testigos (sólo en materia civil, no penal); manifestaciones periciales; manifestaciones de voluntad unilateral (actas de llamada para reagrupación familiar; montepíos; administración de loterías, Decreto de 27 de junio de 1974; expendidurías de tabaco, Real Decreto de 4 de diciembre de 1985; compañías de seguros; titularidad de sepulturas; ingreso en clínica psiquiátrica; prueba de capacidad para contratar con la administración, artículo 9.8 de la Ley de Contratos del Estado de 2 de mayo de 1986, 28.8 de su Reglamento de 28 de noviembre de 1986; afirmación solemne para acreditar el estado civil, artículo 868 del Reglamento del Registro civil; declaraciones de bienes, profesión, cargos y actividades de senadores, artículo 26 del Reglamento del Senado de 26 de mayo de 1982; declaraciones de bienes y fuentes de ingresos de los diputados, artículo 18 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 24 de febrero de 1982; actas de entrega de capital, etc.

325

- Actas de notoriedad

Son aquellas que tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legítimas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica (art. 209). Entre ellas cabe citar:

Actas de notoriedad sobre concordancia del Registro de la Propiedad y la realidad jurídica extrarregistral artículos 198 a 205 LH, 288 a 298 RH, y 69 del Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes de 24 de diciembre de 1981): acta de notoriedad complementaria del título público de adquisición inmatriculador; acta de notoriedad para la reanudación del tracto registral sucesivo interrumpido; acta de notoriedad para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido respecto de inmuebles integrantes

de una explotación familiar agraria; acta de notoriedad para la registración de excesos de cabida de las fincas rústicas; acta de notoriedad para la inmatriculación de fincas en base a documento privado de adquisición.

Otras actas de notoriedad también relacionadas con la Ley y Reglamento hipotecarios: determinación de sustitutos (art. 82 RH); y extinción o ineficacia de la sustitución (art. 82.4 RH).

Y otras actas de dispar procedencia: las llamadas actas de guerra (concesión de derechos familiares de fallecidos como consecuencia u ocasión de la guerra civil); percepción de haberes o jubilaciones de militares al servicio de la República; determinación del estado de soltero, viudo o divorciado (Reglamento del Registro Civil); acreditar la identidad de una persona conocida bajo varios nombres; acreditar la nacionalidad o la vecindad civil de un sujeto o su apatridia o condición de refugiado político.

326

El Real Decreto 1368/1992 de 13 de noviembre añadió al Reglamento el artículo 209 bis para regular las actas de notoriedad a que se refiere el artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (declaración de herederos *ab intestato* de descendientes, ascendientes o cónyuges del finado).

• Actas de protocolización

Las actas de protocolización tendrán las características generales de las de presencia, pero el texto hará relación al hecho de haber sido examinado por el notario el documento que deba ser protocolado, a la declaración de la voluntad del requirente para la protocolización o cumplimiento de la providencia que la ordene, al de quedar unido el expediente al protocolo, expresando el número de folios que contenga y los reintegros que lleve unidos (art. 211).

Dentro de estos términos pueden comprenderse: las actas de protocolización de documentos públicos autorizados en el extranjero; las actas de protocolización de expedientes judiciales (testamento ológrafo y otros; operaciones particionales); las de protocolización de documentos públicos españoles; las

de protocolización de impresos, planos, fotograbados, fotografías, gráficos; las de documentos privados cuyo contenido sea materia de contrato (art. 215 en relación con 1.227 C.c.); y las de documentos privados cuyo contenido no sea materia de acto o contrato (art. 215.2).

- Actas de depósito

Los notarios pueden recibir en depósito los objetos, valores, documentos y cantidades que por particulares y corporaciones se les confíen, bien como prenda de sus contratos, bien para su custodia. La admisión de estos depósitos es voluntaria por parte del notario, quien podrá imponer condiciones al depositante (art. 216).

Algunos supuestos de aplicación concreta pueden ser: acta de depósito de testamento ológrafo; acta de depósito de sobre cerrado; acta de depósito bajo condición convenida con un tercero; acta para tomar parte en subasta voluntaria; depósito como garantía de contrato, etc.

Sería excesivo un estudio detenido de todas las actas que acabamos de mencionar, pero es importante indicar que a tales actas, en especial de notificación y requerimiento, se refieren y remiten numerosos textos legales. A las actas del Código de Comercio y su legislación complementaria nos referiremos luego, a propósito del ámbito mercantil de la función notarial (en este punto nos parece oportuno aclarar que las actas de traspaso que regula la Ley de Arrendamientos Urbanos, requiera quien requiera, comerciante o no, no son actos de comercio, y quedan exclusivamente bajo la órbita notarial).

- Código Civil

El Código Civil se refiere en su articulado a diferentes supuestos que pueden ser objeto de actas notariales, como medida de seguridad, en aquellos casos en que no se exige explícitamente la intervención notarial:

Requerimiento al obligado a dar o hacer alguna cosa

(art. 1.100); requerimiento para interrumpir la prescripción (art. 1.973); requerimiento y retracto convencional (art. 1.518); notificación de tanteo enfiteútico (art. 1.637); notificación de tanteo en los foros y otros derechos análogos, como plantación de viñas (art. 1.655); notificación de la opción de alimentos (art. 149); notificación en caso se siembra o plantación de buena fe (arts. 361, 453 y 454); notificación en accesión de muebles (art. 397); notificación en caso de obra de nueva especie (art. 383); requerimiento por rescisión de participación (art. 1.077); revocación de poder (art. 1.733); renuncia de poder (art. 1.737); aceptación de donación de inmuebles (art. 633); revocación de donación por superveniencia o supervivencia de hijos (art. 644); revocación de donaciones por incumplimiento de condiciones o por ingratitud (art. 647); revocación de donaciones por razón de matrimonio (art. 1.343); rescisión de contratos (art. 1.291); notificación del fiador que paga (art. 1.840); notificación de la subasta de prenda (art. 1.872); notificación en caso de anticresis (art. 1.883); requerimiento en la gestión de negocios ajenos (art. 1.888); requerimiento de pago de alimentos (arts. 142 y ss.); anuncio de consignación (art. 1.077); notificación de demanda por saneamiento (art. 1481); elección de obligación alternativa (arts. 1.132 y 1.133); siniestro en caso de usufructo (art. 484); notificación de posible lesión al nudopropietario (art. 511); notificación de expropiación al usufructuario (art. 519); revocación de contrato (art. 1.295); facultad resolutoria tácita (arts. 1.124 y 1.125); condición resolutoria (art. 1.504).

• Ley de Arrendamientos Urbanos

La disposición derogatoria única de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, deroga el Rexto Refundido de la LAU de 1964, los artículos 8 y 9 del llamado Decreto Boyer, de 30 de abril de 1985, y cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en ella. Pero no se trata de una derogación total y absoluto, puesto que se dice “sin perjuicio de lo previsto en las disposiciones transitorias de

la presente Ley". La aplicación de las Transitorias justifican la afirmación de que la LAU 1964 sigue vigente y lo estará durante muchos años, en función de determinados plazos. Por esta razón, en los siguientes ejemplos o supuestos de posibles actas notariales (aunque una y otra Ley no sean modelos de concreción jurídica y no empleen sólo el término "notificación o requerimiento notarial", sino otros más ambiguos: notificará, comunicará, pondrá en conocimiento, etc.), los anotamos en dos apartados: supuestos de la Ley del 64 y supuestos de la Ley del 94.

Supuestos de la Ley de 1964: notificaciones y requerimientos en caso de subarriendo (prohibición de subarriendo múltiple, art. 17; subarriendo de viviendas amuebladas, art. 46; subarriendos parciales, art. 18; resolución por percibo de rentas abusivas, previa denuncia del subarrendatario, arts. 114 y 129; resolución del arrendamiento por ulterior subarriendo o cesión, arts. 114 y 117); notificaciones y requerimientos relativos a cesiones y traspasos (subrogación familiar, arts. 23, 24 y 99; cesión por caducidad, arts. 25 y 26; subrogación subarrendaticia, art. 27; traspaso de local de negocio, art. 32 y Transitoria 3.^a.3); notificaciones relativas al tanteo y retracto (notificación a efectos de tanteo, art. 47 y Transitoria 3.^a.3); notificación a efectos de retracto, art. 48; notificaciones y requerimientos relativos a la duración del contrato (desistimiento del arrendatario, arts. 56 y 57; primera subrogación *mortis causa*, art. 58 y Transitoria 2.^a.4. segunda y última subrogación, art. 59 y Transitoria 2.^a.6.); notificaciones y requerimientos relativos a las excepciones de prórroga (denegación de prórroga por necesidad de vivienda, arts. 62 a 65; denegación de prórroga por necesidad de locales, art. 70; denegación de prórroga por construcción, arts. 62 y 78 a 94; denegación de prórroga por ocupación de varias viviendas, art. 62); notificación y requerimiento de elevación de renta, artículo 101 y Transitoria 2.^a.11; repercusión en renta de obras y contribuciones especiales, artículo 109 y Transitoria 2.^a.10.2 y Transitoria 3.^a.10 (notificación del arrendador, art. 108; no-

tificaciones del arrendador, Transitorias 2.^a.10 y 3.^a.10; notificación del arrendatario, art. 109 y 101); ejecución de obras y abono de las mismas, artículo 110; resolución por actividades inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres, artículo 114; derecho preferente del arrendatario de locales de negocio con contrato anterior al 9 de mayo de 1985, Transitoria 3.^a.11.

Los supuestos de la nueva Ley se diversifican, según se refieran al arrendamiento de viviendas, o a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda.

Arrendamientos de viviendas: plazo mínimo y prórroga, artículo 9; prórroga del contrato, artículo 10; desistimiento del contrato, artículo 11; desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario, artículo 12; separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario, artículo 15; subrogación *mortis causa*, artículo 16; actualización de renta, artículo 18; elevación de renta por mejoras, artículo 19; conservación de la vivienda, artículo 21; obras de mejora, artículo 22; arrendatarios con minusvalía, artículo 24; derecho de adquisición preferente, artículo 25; incumplimiento de obligaciones, artículo 27.

Arrendamientos para uso distinto del de vivienda: conservación, mejora y obras del arrendatario, artículo 30; derecho de adquisición preferente, artículo 31; cesión de contrato y subarriendo, artículo 32; muerte del arrendatario, artículo 33; indemnización al arrendatario, artículo 34; resolución de pleno derecho, artículo 35.

• Ley de Arrendamientos Rústicos

Las posibilidades de esta Ley en materia de actas notariales son las siguientes: formalización de inventario, artículo 21; actas relativas a la duración del contrato (preaviso de rescisión en contratos de plazo mínimo, art. 25; oposición a la prórroga en contratos de plazo mínimo, art. 26; recuperación de la finca en contratos de larga duración, art. 23); notificación del seguro concertado, artículo 36; notificación del derecho a reducción o exoneración de renta, artículo 45;

notificaciones relativas a gastos y mejoras (requerimiento de obras y reparaciones necesarias, art. 54; notificación de nueva renta por mejoras útiles y sociales, art. 59; notificación de realización de mejoras por el arrendatario, art. 60; requerimiento de obras de transformación, art. 61); notificaciones relativas a subarriendo, cesión y subrogación (notificación de cesión o subarriendo, art. 72; notificación de subrogación, art. 73); notificación de sucesión en el arrendamiento, artículo 80; notificaciones relativas a tanteo, retracto y adquisición preferente (notificación de enajenación, para tanteo, art. 87); notificación de ejercicio de tanteo, artículos 88 y 89; notificación de enajenación a efectos de retracto, artículo 91; notificación para extinguir aparcerías, artículo 109; notificaciones en aparcerías para acceso a la propiedad, artículo 116.

- Ley de Propiedad Horizontal

En la Ley de Propiedad Horizontal cabe los siguientes supuestos: notificación de obras en propio piso o urgentes, artículo 7; requerimiento para cese de actividades dañosas, artículos 7.3 y 19; notificación de acuerdos que deben ser unánimes, artículo 16; requerimiento de pago de gastos generales, artículo 20; requerimiento para consentir reparaciones, artículo 9.

331

- Ley y Reglamento Hipotecario

Ya nos hemos referido antes (actas en general) a las actas de notoriedad. Caben además las siguientes referencias: notificación de cesión de crédito hipotecario, artículos 149 y 150 LH, 242 a 244 RH, y 260 a 280 LEC; requerimiento del titular de un derecho real para que inscriba el titular anterior, artículo 312 RH; requerimiento para aceptación de hipoteca unilateral, artículos 141 LH y 237 RH; notificación de hipoteca de finca vendida con pacto de retro o a carta de gracia, artículo 107 LH; actas en juicio ejecutivo seguido conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 126 y 127 LH y 222 RH; actas en el procedimiento judicial suma-

rio, artículos 131 LH y 225 RH; actas en el procedimiento ejecutivo extrajudicial, artículos 234, 235 y 236 RH.

3.1.3. *Testimonios.*

Se trata de documentos notariales (art. 144 RN) que tienen por objeto un hecho que el notario presencia o le consta y que no se incorpora a protocolo (testimonios de documentos no matrices, de existir personas o cosas, de legitimidad de firmas...).

La legitimación de firmas es un testimonio que acredita el hecho de que una firma ha sido puesta a presencia del notario o el juicio de éste sobre su pertenencia a persona determinada.

Es importante destacar que el artículo 262 RN admite la legitimación de firmas en efectos mercantiles, pero **aplica el requisito de los documentos que contengan declaraciones de voluntad**, es decir: sólo si se firma en presencia del notario (legitimación directa); o si firmadas antes, se reconoce la firma en acta notarial posterior (legitimación confesada, ex art. 207).

3.2. *Ámbito mercantil.*

Los principales supuestos de competencia notarial exclusiva en el ámbito mercantil hacen referencia al ejercicio del comercio por persona casada, sociedades mercantiles, poderes, documentos inscribibles en el Registro Mercantil, actas (con especial consideración del protesto) y legitimaciones de firmas. La exclusividad en ellos de la función notarial tiene gran raigambre en nuestro derecho y todos juntos forman un conjunto impresionante, mucho más amplio que el que resulta de las exposiciones más conocidas (RODRÍGUEZ ADRA-DOS se refiere entre ellas a las de DUQUE, MARTÍNEZ AGUIRRE, CANO RICO y BARTOLOMÉ LABORDA).

3.2.1. *Ejercicio del comercio por persona casada.*

Los actos de consentimiento, oposición y revocación a que se refieren los artículos 7, 9 y 10 de C.Co., habrán de constar, a los efectos de tercero, en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil (cfr. art. 11, C.Co.).

3.2.2. *Actas.*

La autenticación de hechos ha sido siempre reservada a la actuación notarial, mediante la autorización de las correspondientes actas, aunque se tratara de hechos de especial eficacia en el ámbito mercantil o se refirieran a contratos o relaciones mercantiles (RODRÍGUEZ ADRADOS). Sin ánimo exhaustivo creo bastará para apoyar la veracidad del anterior aserto, cuanto sigue:

333

3.2.2.1. *Actas del Código de Comercio.*

— Artículo 313 (préstamos por tiempo indeterminado o sin plazo marcado de vencimiento): “no podrá exigirse al deudor el pago sino pasados treinta días del **requerimiento notarial** que se hubiese hecho”.

— Artículo 357.2 (registro de bultos por el porteador en el contrato mercantil de transporte terrestre): “no concurriendo el que de éstos hubiere de ser citado, se hará el registro **ante notario**, que extenderá un acta del resultado del reconocimiento, para los efectos a que hubiere lugar”.

— Artículo 63.2 (efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles): comenzarán dichos efectos en los contratos que no tengan señalado día para su cumplimiento, “desde el día en que el acreedor interpelare judicialmente al deudor, o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un juez, **notario** u otro oficial público autorizado para admitirla”.

— Artículo 181 (obligación de los bancos de cambiar a metálico los billetes en el acto de su presentación): “la falta de cumplimiento de esta obligación producirá acción ejecutiva a favor del portador, previo un requerimiento de pago por medio de **notario**”.

— Artículos 612, 624, 846, 847, 851 y concordantes (actas de protestas de averías o protestos de mar), según la interpretación dada por la Resolución de 9 de marzo de 1912 y Real Orden de 4 de noviembre del mismo año.

— Artículo 575 (tanteo y retracto en materia de condominio de buques), que en relación con el artículo 2.169 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hay que entender que exige el requerimiento por medio de **acta notarial**.

3.2.2.2. *Actas de protesto.*

334 Tradicionalmente el acta de protesto cambiario fue competencia exclusiva notarial. La Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque, en su artículo 51, si bien mantiene el **protesto notarial**, admite como procedimientos sustitutivos la **simple declaración en la propia letra**, fechada y firmada por **el librador o el domiciliatario o la cámara de compensación**. En absoluto habla la Ley especial de ningún otro procedimiento, ni judicial ni administrativo.

Veamos algunos supuestos de posible intervención notarial:

Actas para asegurar la validez constitutiva y autenticidad de las declaraciones cambiarias, legitimación de firma no estampada ante notario en letras, pagarés y cheques, artículos 68, 96 y 153; acta para asegurar la integridad de la declaración cambiaria y evitar las manipulaciones fraudulentas de la letra, artículos 12 y 93; actas para la conservación por el tenedor cambiario de su posición procesal en el cumplimiento de las cargas que son hechos constitutivos de su pretensión, artículo 63 (notificación de la intervención, art. 70; presentación de la letra al pago en los supuestos de cláusula sin gastos o sin protesto, art. 56; actas de protesto neces-

rio y voluntarios, para el ejercicio de regreso, arts. 50.2, 96, 29.2, 50, 96, 146, 51.2, 96 y 147; notificación de la cesión, art. 69; notificaciones entre obligados en via de regreso, art. 55; notificación y requerimiento al avalista); actas para asegurar la prueba de pago, liberación o rescate del efecto (acta para acreditar el pago en los casos que no sea entregado el efecto al librado, art. 45; acta para constatar la objeción al pago, arts. 45 y 46; acta para consignar el valor de la letra, arts. 48, 60, 61 y 96; acta para preconstituir prueba en caso de ejercicio de la acción ordinaria en letras inferiores a cincuenta mil pesetas).

Una sola excepción, según creo, confirma esta regla general. Me refiero a lo dispuesto en el artículo 48 de dicha Ley, que dice: a falta de presentación al pago de la letra de cambio en plazo fijado por el artículo 43, todo deudor tendrá la facultad de **consignar su importe**, en depósito a disposición del tenedor y por su cuenta y riesgo, **judicialmente**, o en **entidad de crédito, notario o agente mediador colegiado**.

335

Es evidente que tal disposición no supone ninguna ampliación de funciones desde el punto de vista fedatario. Se limita a una simple **consignación**, que para mayor facilidad podrá hacerse según indica de cuatro formas o maneras. Y lógicamente cada uno de los **depositarios** actuará en la forma que normalmente lo viene haciendo. Quiero decir que este artículo no está facultando al juez para que autorice una acta notarial de depósito, ni está facultando al director o receptor empleado de la entidad de crédito, a que sea "notario por un día", ni tampoco para que lo sea el agente mediador colegiado, que deberán actuar del mismo modo que lo hacen cuando reciben otra clase de depósitos. Quien tendrá que actuar notarialmente, es decir, mediante **acta notarial de depósito**, es el notario.

3.2.2.3. *Actas en la legislación complementaria del Código de Comercio.*

— **Ley General de Publicidad** de 11 de noviembre de 1988: requerimientos de cesación y rectificación de publicidad ilícita (art. 25, constancia fehaciente de fecha, recepción y contenido); artículo 26 (requerente en forma fehaciente; y art. 27, notificar fehacientemente).

— **Ley de Patentes** de 20 de marzo de 1986: requerimiento a titular de una patente previo al ejercicio de una acción para que el juez competente declare que una actuación determinada no constituye una violación de esa patente (art. 127, requerirá notarialmente). También cabe utilizar la vía notarial en diversas notificaciones (art. 18, trabajador a empresario sobre invenciones; art. 20, de profesor universitario o personal investigador de entes públicos; art. 72, a efectos de tanteo y retracto de comuneros; art. 152, protección de los modelos de utilidad).

— **Ley de Marcas** de 10 de noviembre de 1988: requerimientos por acto de violación de marca (art. 37, “advertidos fehacientemente”), violación de rótulos de establecimientos (art. 85) y competencia desleal (art. 89, por referencia al capítulo II, título IV, de la Ley).

3.2.2.4. *Actas en materia de sociedades.*

El acta notarial está omnipresente, de tal modo que un estudio pormenorizado excedería los límites de síntesis que nos hemos propuesto (mi libro *Formulario de actas notariales*, Granada, 1995, ed. Comares, *in extenso*). Me limitaré ahora a indicar artículos del Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996, o de las leyes especiales y Código de Comercio, con la palabra “textual” que especifica con carácter exclusivo y excluyente la función notarial.

— **Aplicables a toda clase de sociedades:** 101 RRM (acta notarial de la Junta), 102 RRM (contenido específico del

acta notarial), 103 RRM (cierre del acta notarial); 104 RRM (anotación preventiva de la solicitud de acta notarial); 105 RRM (otras actas notariales); 111 RRM (notificación fehaciente en caso de certificación expedida por persona no inscrita).

— **Aplicables a SA:** (Ley 22 diciembre 1989, texto refundido): 53 (Título de la acción..., firmas en presencia de notario), 114 (Acta notarial de la Junta), 136 (firmas de los títulos de las acciones... en presencia de notario), 137 (acta notarial de identidad de firmas), 147 (dimisión y cese de administradores... notificado fehacientemente... firmas legitimadas notarialmente), 308 (reembolso de obligaciones... siempre en presencia de notario público), 318 (Título inscribible, emisión de obligaciones, cancelación, etc.). Además de estos supuestos concretos encontramos otras posibilidades derivadas de la constancia que interesa sea fehaciente de ciertos plazos: 55 (Libro registro de acciones nominativas), 86 (copropiedad de acciones), 86 (notificación de participaciones recíprocas), 100 (requerimiento de convocatoria de Junta General), 132 (destitución y cese de administradores), 134 (acción social de responsabilidad), 147 (sustitución del objeto social), 166 (derecho de oposición), 212 (requerimiento de documentación e informes), 243 (oposición de acreedor a la fusión), 262 (convocatoria de Junta para acuerdo de disolución).

— **Aplicables a la SL:** (Ley de 23 de marzo de 1995): 27 (Libro registro de socios... notificación fehaciente), 29.2.c. (denegación de consentimiento a la transmisión... por conducto notarial), 55 (acta notarial de la Junta General). También deriva su utilidad para constancia de plazos: 29 (transmisión voluntaria), 35 (copropiedad), 46.2. (convocatoria de Junta), 103 (notificación acreedores), y en todos aquellos supuestos en que hay equiparación con la SA.

— **Aplicables a sociedades comanditarias por acciones:** artículos 214 y 215 RRM sobre nombramiento y cese de administradores y régimen supletorio que se remiten a SA, como también lo hacen los artículos 152 y 157 del C.Co.

— **Aplicables a sociedades colectivas y comanditarias simples:** de lo dispuesto en los artículos 130, 133, 139, 148 y 173 del C.Co. podría derivarse la utilidad de actas notariales en materia de: oposición a contraer nuevas obligaciones, examen del estado de la administración, contabilidad y balance, requerimiento de reintegro, etc.

— **Aplicables a las agrupaciones de interés económico:** 266 RRM (separación y exclusión de socios... notificación fehaciente).

— **Aplicables a partícipes de fondos de inversión:** 281 RRM (modificaciones especiales... escritura en la que deberá expresarse... que se ha realizado la notificación... y que ha transcurrido un mes desde tal notificación).

— **Aplicables a fondos de pensiones:** 291 RRM (circunstancias del nombramiento y cese de los miembros de la Comisión de Control y de la sustitución y renuncia de las entidades gestora y depositaria... notificación fehaciente... acreditar fehacientemente el haberse notificado...).

338

3.2.3. *Poderes.*

Es punto pacífico el reconocer la trascendencia que en Derecho mercantil han tenido y tienen los apoderamientos, expresos o notorios, los presuntos y hasta los tácitos, y que tratándose de poderes expresos, ha dominado, como es lógico, el principio de libertad de forma (RODRÍGUEZ ADRADOS). La protección de los terceros que contratan con el apoderado y hasta la protección del apoderado mismo, sólo se puede conseguir normalmente a través de la oponibilidad y de la utilización de la escritura pública.

Así la exige el artículo 1.280.5 C.c. en “el poder para administrar bienes” (categoría que comprende los llamados **poderes mercantiles**), y en “el que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a terceros”.

Esta eficacia instrumental suele completarse, con frecuen-

cia, mediante la eficacia registral, y es por ello, como luego tendremos ocasión de ver, casi hasta la saciedad, que la forma notarial es la exigida para alcanzar la constancia en el Registro Mercantil, y ello, tanto por lo que respecta a determinados poderes de los comerciantes individuales, como, aún en mayor medida, de los representantes de sociedades.

3.2.4. Legitimaciones.

Para RODRÍGUEZ ADRADOS, en el ámbito mercantil, “también la legitimación de firmas es de la exclusiva competencia notarial”. Afirmación que justifica interpretando los artículos 95.1 y 106.1 del C.Co.

Podría pensarse que la Ley de 16 de diciembre de 1954, modificando en lo que nos interesa el artículo 521.3 del C.Co., que pasa a ser literalmente el 521.4 en la redacción de la Ley 26/1967, de 22 de julio, y que se conserva también a la letra en el actual artículo 68.3.a. de la Ley Cambiaria y del Cheque, podría alterar las afirmaciones anteriores.

RODRÍGUEZ ADRADOS no lo cree así, por cuanto todos estos textos legales describen, con las mismas palabras el supuesto de hecho: “cuando el libramiento, la aceptación, el aval, o el endoso hayan sido intervenidos, con expresión de la fecha, por agente de cambio y Bolsa o corredor colegiado de Comercio”. Y ello significa, para este autor, que lo que se interviene en este caso no son las firmas, sino los actos de las personas, es decir, el libramiento, la aceptación, el aval o el endoso.

A mi modesto entender, la exacta diferencia entre la citada intervención y la legitimación notarial resultan de la misma regla tercera letra a) del artículo 68 del C.Co., que precisamente acaba con estas palabras “**o las respectivas firmas estén legitimadas en la propia letra por notario**”.

3.2.5. *Documentos inscribibles.*

Para no perdernos en el maremágnum que supone la constante referencia a la **escritura pública**, en este tema que tradicionalmente va unido a la exigencia y necesidad de una documentación segura y de ser posible perfecta, esquematizaré las referencias a partir y siguiendo el artículo 81 del RRM, que se refiere a los **sujetos y actos de inscripción obligatoria**: “Será obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de los siguientes sujetos”.

3.2.5.1. *El naviero empresario individual y los empresarios individuales.*

Artículo 87. “Contenido de la hoja... se inscribirán: los poderes generales, así como su modificación, renovación y sustitución. No será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos o de los concedidos para la realización de actos concretos... las capitulaciones matrimoniales, el consentimiento, la oposición y revocación a que se refieren los artículos 6 a 10 del Código de Comercio... la emisión de obligaciones... en general, los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos practicados o cuya inscripción prevean las leyes o el presente Reglamento”.

Artículo 93. “**Título inscribible.** 1. La inscripción primera del empresario individual así como la apertura y cierre de sucursales se practicarán en virtud de declaración dirigida al registrador, **cuya firma se extienda o ratifique ante él**, o se **halla notarialmente legitimada**. En el caso del naviero será precisa escritura pública. 2. La inscripción de las demás circunstancias... se practicará en virtud de **escritura pública**, documento judicial o certificación del Registro civil, según los casos. 3. La inscripción de la modificación de cualquiera de las circunstancias de la hoja del empresario individual, se practicará en virtud del documento de igual clase que el requerido para el acto modificado”.

3.2.5.2. *Las sociedades mercantiles.*

Artículo 95. **Título inscribible...** deberán constar, para su inscripción, en **escritura pública** los actos a que se refieren los números 1.º a 3.º, 5.º a 7.º, artículo anterior:

- 1.º La constitución de la sociedad.
- 2.º La modificación del contrato y de los estatutos sociales, así como los aumentos y las reducciones de capital.
- 3.º La prórroga del plazo de duración.
- 5.º Los poderes generales y las delegaciones de facultades, así como su modificación, revocación y sustitución. No será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos o de los concedidos para la realización de actos concretos.
- 6.º La apertura, cierre y los demás actos y circunstancias relativas a las sucursales...
- 7.º La transformación, fusión, escisión, rescisión parcial, disolución y liquidación de la sociedad.

Respecto de los actos relacionados en los párrafos 4.º y 9.º del apartado 1 y en el apartado 2 de dicho artículo (94), así como respecto de los actos relativos a la delegación de facultades, se estará a lo específicamente dispuesto en este Reglamento (art. 142, con las firmas legitimadas notarialmente, testimonio notarial de dicha acta, o copia autorizada del acta notarial del art. 101... también podrá inscribirse el nombramiento mediante escritura pública; art. 151, la inscripción del acuerdo de delegación de facultades del Consejo de Administración y de nombramiento de los consejeros delegados o de los miembros de la Comisión Ejecutiva, así como de los acuerdos posteriores que los modificaren, se practicarán en virtud de escritura pública. La aceptación de la delegación no consignada en la escritura, los acuerdos que revoquen la delegación de facultades concedida, así como la renuncia de los delegados, podrán inscribirse asimismo en virtud de los documentos a que se refieren los arts. 142 y 147.

Y en cuanto a la circunstancia señalada en el párrafo 8.º de dicho artículo (94) se estará a lo dispuesto en este Reglamento (arts. 318, escritura pública).

La inscripción de los actos modificativos del contenido de los asientos a que se refiere el párrafo 11 de dicho artículo (94), se practicará en virtud de documento de igual clase al requerido para la inscripción del acto que se modifica.

3.2.5.3. *Las sociedades de garantía recíproca.*

Artículo 252 RRM. Derecho supletorio... en la medida en que resulten compatibles por las reglas relativas a la inscripción de sociedades anónimas...

3.2.5.4. *Las cooperativas de crédito, las mutuas y cooperativas de seguros y las entidades de previsión social.*

Artículo 258 RRM. Norma supletoria... en la medida en que resulten compatibles... reglas relativas a sociedades anónimas.

3.2.5.5. *Las sociedades de inversión colectiva.*

Artículo 263 RRM. Derecho supletorio... de conformidad con su legislación específica y en la medida que resulten compatibles... reglas sociedades anónimas.

3.2.5.6. *Las cajas de ahorro.*

Artículo 274 RRM. Título inscribible. 1. La inscripción primera de las Cajas de Ahorro se practicará en virtud de escritura pública. 2. La inscripción del nombramiento de los consejeros de administración y de los miembros de la Comisión de Control se practicará en virtud de certificación del acuerdo de la Asamblea General y la de los miembros de la Comisión Ejecutiva en virtud de certificación del Consejo de Administración, debiendo en ambos casos hallarse las firmas **legitimadas notarialmente**... La inscripción del nombramiento de director general se practicará en virtud de **escritura pública**.

342

3.2.5.7. *Las agrupaciones de interés económico.*

Artículo 264 RRM. En la hoja abierta a cada agrupación de interés económico se inscribirán además las circunstancias previstas en el artículo 94... (La exigencia de escritura pública en la constitución de las mismas deriva de los arts. 266 y 267).

Artículo 266. La inscripción de la admisión de nuevos socios se practicará en virtud de **escritura pública**. La separación de un socio... se hará constar en **escritura pública**.

3.2.5.8. *Los fondos de inversión.*

Artículo 279 RRM. La inscripción primera... se practicará en virtud de **escritura pública** otorgada por las entidades gestora y depositaria... La inscripción de la sustitución de la gestora o del depositario se verificará en virtud de **escritura pública**.

3.2.5.9. *Los fondos de pensiones.*

Artículo 292 RRM. La inscripción de la constitución, de la modificación de las normas de funcionamiento, de la sustitución de la entidad gestora o depositaria, de la delegación de facultades de representación, de la disolución y liquidación del fondo, y del contrato que determine la movilización de un plan de pensiones, se practicará en virtud de **escritura pública**. Para los demás actos bastará certificación del acuerdo del órgano u órganos correspondientes, cuyas firmas estén **legitimadas notarialmente**.

3.2.6. *Ámbito atípico compartido y/o excepcionado.*

No hay que desconocer, aunque es difícil encontrar explicaciones válidas, que la legislación mercantil tiene algunos supuestos de competencia atípica que en ocasiones no acaban de encajar en supuestos fedatarios. Así por ejemplo:

— La Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893 admite que el **poder** para constituir hipoteca naval puede ser otorgado ante notario público o agente mediador del Comercio Colegiado (art. 4.2); que la **notificación** del préstamo hipotecario naval a la compañía o compañías aseguradoras... puede hacerse por medio de notario, agente de Bolsa y Cambio, corredor o intérprete de buque (art. 8.1); que el **reque-**
rimiento de pago al deudor puede hacerse, judicialmente, o por notario, agente de Bolsa o Cambio, corredor o intérprete de buque (art. 41.1).

— El artículo 197 del Código de Comercio (enajenación de resguardos de compañías de almacenes generales de depósitos dados en prenda)... en subasta pública, y con intervención de corredor colegiado, donde lo hubiere, y en su defecto de notario.

— El artículo 918 del Código de Comercio (realización de prendas)... con intervención de corredor o agente colegiado, si lo hubiere o, en otro caso, en almoneda pública ante notario.

— Y el artículo 207.4.º (acta de determinación de saldo líquido exigible en los préstamos o créditos en cuenta co-

rriente concedidos por entidades de crédito, ahorro o financiación), condiciona que tal acta pueda levantarla el notario, “siempre que tales operaciones y esta modalidad de fijación hayan sido pactadas en escritura pública”.

3.2.7. *Competencia ordinaria y exclusiva no tipificada.*

Para finalizar el análisis de la competencia notarial en el ámbito mercantil, quisiéramos sentar tres afirmaciones, que incluso obliguen a reflexiones de futuro:

— La competencia funcional de los notarios en materia mercantil es una **competencia ordinaria**, que no ha sido discutida ni desconocida por la Ley del Notariado y por el Derecho Mercantil. La competencia mercantil de los notarios no tiene excepción alguna por razón del objeto y no hay síntomas de que el legislador moderno se haya olvidado de esa competencia ordinaria que tienen los notarios en materia mercantil, tal como sucede en los textos más modernos de Sociedades Mercantiles (Ley de Anónimas, Ley de Limitadas, Reglamento del Registro Mercantil).

— No puede hablarse de una competencia notarial no tipificada, ya que lo impide su carácter de competencia ordinaria, sino de una **competencia exclusiva no tipificada**, puesto que la no tipificación no afecta a la competencia, sino a la exclusividad de tal competencia exclusiva típica en los supuestos ya examinados y en otros que puedan señalarse, y además una competencia exclusiva no tipificada en cualesquiera otros casos en que no se establezca por Ley otra competencia concurrente.

— Con estos antecedentes es utópico y contrario a la realidad de la sociología jurídica española y a las necesidades de los particulares, el pretender una diferenciación entre fedatarios civiles y fedatarios mercantiles.

3.3. *Ámbito administrativo.*

La fe pública notarial se ejerce unas veces con carácter exclusivo, y otras, las más, con carácter subsidiario:

— Con carácter exclusivo, la cesión de contratos de obras, gestión de servicios públicos y suministros, debe constar en escritura pública, conforme a los artículos 58 y 81 de LCE, 183, 234 y 280 del RCE. También será aplicable con carácter general y de exclusividad cuando se trate de los llamados “contratos privados de la Administración” (art. 8 RCE que desarrolla los arts. 4.3 de la LCE, y 112.2.3 del Texto Refundido de Régimen Local).

— En los llamados contratos administrativos (obras, gestión de servicios públicos y suministros), los artículos 40 y 70 de la LCE (redacción de la Ley de Presupuestos 50/1984 de 30 de diciembre) y 84 de la misma LCE, por remisión, se sigue el criterio de que “el documento que se formalice el contrato... será en todo caso administrativo, siendo así mismo válido para acceder a cualquier registro público. No obstante se formalizarán en escritura pública los contratos... cuando lo solicite el contratista, siendo a su costa los gastos derivados de su otorgamiento”. Esta normativa es aplicable a los contratos administrativos especiales.

345

3.4. *Ámbito electoral.*

El Anexo Cuarto del Reglamento Notarial, redactado por Real Decreto 1.954/1982 de 30 de julio, vino a establecer una normativa excepcional para la prestación de funciones en actos u operaciones relacionados con la materia electoral.

El artículo 13 los califica de notarios o fedatarios electorales, y el artículo 18, indica que pueden ser “los funcionarios siguientes: registradores de la propiedad, abogados del Estado, agentes de Cambio y Bolsa, corredores colegiados de comercio e inspectores financieros y tributarios”.

Pero no pueden serlo todos, sino tan sólo aquellos que

tengan la condición de **licenciados en Derecho** y siempre que no estén inscritos en ninguna de las candidaturas proclamadas. Quiere ello decir que los funcionarios profesionales que pertenezcan a los cuerpos citados que no sean licenciados en Derecho quedan excluidos de la posibilidad de ser fedatarios electorales.

Solución que parece la más apropiada, si se tiene en cuenta la trascendencia, e importancia de tales situaciones conflictivas y la necesidad de tener conocimientos jurídicos suficientes, no obstante la facilidad que se les concede, a dichos fedatarios electorales, en la regla sexta de la Instrucción dada por Resolución de 21 de septiembre de 1982, en la que se dice que “podrán solicitar de las Juntas Directivas del Colegio Notarial correspondiente, directamente o por mediación de los respectivos delegados o subdelegados de distrito, la aclaración de las dudas que se planteen en la aplicación de esta instrucción”, y más en especial la quinta, que dice que “al efecto de evitar dudas en la interpretación de esta instrucción y al mismo tiempo con el fin de unificar la práctica, los decanos de los colegios notariales, al entregar la credencial correspondiente a cada fedatario electoral, le harán entrega asimismo de un ejemplar o modelo de acta, con datos hipotéticos, un muestrario de hechos que afectan a la pureza del sufragio, a título de ejemplo, y varias fórmulas de intervención para el modelo de acta”.

346

4. Síntesis: justicia, libertad e igualdad

Según AROZAMENA SIERRA: “El principio de seguridad jurídica compromete al legislador a configurar el derecho objetivo según las exigencias de la certidumbre y la confianza legítima. Pero junto a la indicada función en el ámbito de la creación de derecho objetivo, el principio de seguridad jurídica opera en la interpretación y en la integración del derecho objetivo en el sentido de una interpretación y en

su caso, integración más favorable a la realización de la certidumbre, la confianza legítima y, en definitiva, a la seguridad jurídica en la que se integra la certidumbre y la confianza. Pero también en el ámbito de las relaciones jurídicas entre particulares. En el tráfico jurídico”.

La función notarial no se agota en esa colaboración formal y sustancial, a la seguridad jurídica, sino que también coopera a la consecución de los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el artículo 1.1 de la Constitución: la justicia, la libertad y la igualdad. La que sigue es la acertada opinión de RODRÍGUEZ ADRADOS.

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

Independientemente de estas consideraciones, que reconducen a la idea de seguridad, la justicia debe ser buscada por sí misma, como valor superior del Ordenamiento. El notario, un solo notario, tiene que cuidar “simultáneamente”, al mismo tiempo de los intereses de las partes, aunque ellas actúen desde posiciones irremediabilmente opuestas, para que se fundan en un equilibrio armónico y equitativo (notario como árbitro de equidad y técnico de Derecho).

Esta actividad del notario a favor de la seguridad y de la justicia negociales crea una específica **aplicación notarial del Derecho**, en la que también se incardina la **interpretación notarial del Derecho**. El notario es un operador de primera línea que produce certeza, confianza y tranquilidad: en cuanto a los hechos, porque contribuye a formar las declaraciones de voluntad, que todavía no ha tenido lugar, con

lo que influye, cautelarmente, a crear esa misma realidad de la que luego ha de dar fe; y también en cuanto al Derecho, porque a través de la voluntad de las partes puede corregir los preceptos de índole dispositiva y goza de gran amplitud para llenar las lagunas de la Ley.

— El ámbito de actuación del Notariado español es el de la libertad. Nuestro sistema reconoce a los particulares una libertad civil —el derecho de libre elección del notario—, de excepcional importancia para la persona si se tiene en cuenta la índole privada, familiar, e íntima que tienen muchos de los asuntos en que el notario interviene; lo que es una garantía para el desenvolvimiento de las demás libertades: libertad testamentaria, libertad contractual, libertad asociativa.

348 La intervención notarial en garantía de las libertades y de los derechos públicos y políticos y de los derechos humanos no es infrecuente, sino todo lo contrario. Nos remitimos a lo dicho hasta este punto, y en el próximo capítulo, cuando descendamos a casos concretos, se verá con mayor claridad, si cabe, la contribución notarial a éste y otros principios.

— La igualdad da origen a un concepto trascendental para la función notarial, como es la imparcialidad del notario. No es necesario insistir en que el notario ha luchado siempre contra toda discriminación en el Ordenamiento jurídico, tal como dispone hoy el artículo 14 de la Constitución Española (bastaría recordar el tema de las actas notariales y la lucha por los derechos civiles de la mujer casada). No se trata de una imparcialidad (por igualdad) simplemente formal, que ante una desigualdad profunda de las partes podría significar, en el fondo, una verdadera parcialidad; tiene y debe ser una imparcialidad sustantiva, tendente a corregir la inferioridad del llamado contratante débil, en la línea del artículo 9.2 de la Constitución.

5. La opinión pública española ante la función notarial

Entre los días 10 y 17 de octubre de 1995, **Demoscopia, S.A.**, realizó un trabajo de campo mediante entrevistas a domicilio con selección final de entrevistados por el sistema de rutas aleatorias: muestra de 1.200 personas, mayores de 18 años y ambos sexos, representativa de la población residente en la Península, Baleares y Canarias, con un nivel de confianza del 95,5 por 100 y un margen de error del $\pm 2,9$ por 100 para datos globales.

Este barómetro de opinión llega a la conclusión global de que el Notariado goza de una sólida imagen positiva, que en los ocho años en que venía realizándose no sólo no ha experimentado erosión alguna, sino que incluso ha registrado leves mejoras: existe un claro y elevado grado de satisfacción entre los usuarios de los servicios notariales, que se sintetiza en las siguientes notas básicas:

349

— **Fidelidad.** La mayoría de las veces el entrevistado es quien escoge al notario, y cuando eso ocurre normalmente suele acudir siempre al mismo.

— **Fiabilidad.** Son seis de cada diez los que piensan que los notarios atienden igual a todas las partes que intervienen en un contrato o asunto, sin favoritismos hacia su cliente. Todos se sienten en ese sentido clientes por igual.

— **Homogeneidad.** Es elevado el porcentaje de usuarios que estima que no existen diferencias en la forma en que funcionan las distintas notarías. Es decir, el Notariado es visualizado como una institución con un nivel homogéneamente elevado de calidad (74 por 100).

— **Atención pronta y distendida.** Son siete de cada diez los entrevistados que indican que han tenido que esperar poco o nada para ver en persona al notario cuando han necesitado hacerlo, y que tenían la sensación de que el notario les dedicaba todo el tiempo preciso, sin prisas.

— **Eficiencia** de la oficina notarial, que funciona de forma ágil y cuenta con personal competente.

La importancia social del notario sigue estando fuera de discusión: ocho de cada diez españoles siguen pensando que la función que los notarios desempeñan es importante para la sociedad, y son el 87 por 100 los que consideran que la función del notario es necesaria en una sociedad moderna y desarrollada donde la necesidad de **seguridad y fiabilidad** en las transacciones es creciente.

Porcentajes, por tanto, establemente masivos consideran que la intervención de un notario en un acuerdo o contrato entre dos o más partes sirve para garantizar:

— que lo que se firma refleja realmente lo que las partes piensan y quieren;

— que el asunto o contrato se hace en la forma en que lo dice la Ley;

— que no exista en él fraude o engaño;

— que tenga más seguridad;

— que sea claro y fácil de entender.

En una sola palabra: los notarios, entre la población, despiertan **confianza** (es decir, se puede confiar en ellos).

350

Bibliografía

(NOTA PREVIA. Este capítulo sería de difícil redacción si no se contara con la ingente obra de ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, cuyo valor de “notarialista” no voy a descubrir ahora. El hecho de que el Consejo General del Notariado vaya publicando sus escritos jurídicos facilita una cita única, a todos recomendada, que de otro modo haría muy larga la cita de cada escrito jurídico en el medio en que fue dictado o publicado.)

DELGADO DE MIGUEL, J. F.: “La función notarial” (*Revista Jurídica del Notariado*, II Extraordinario, 1993).

Estudios sobre Derecho documental (Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 1997).

- La fe pública*, Consejo General del Notariado, 1994 (Ciclo de Conferencias).
- La seguridad jurídica y el tráfico mercantil* (Civitas, Madrid, 1993).
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: *La seguridad jurídica del contrato* (Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1982).
- RENTERÍA AROCENA, A., y PAGOLA VILLAR, I.: *La seguridad jurídica contractual, medio de protección del consumidor*. (Consejo General del Notariado, Madrid, 1995).
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: *Escritos jurídicos*. Vols. II y III (Madrid, 1996).
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A.; ROJAS MONTES, L., y SOLÍS VILLA, I.: *Necesidad social de la imparcialidad del redactor del contrato* (Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1982).
- Seminario sobre Seguridad Jurídica (UIMP, 1989).
- SIMÓ SANTONJA, V. L.: *La fe pública notarial* (Ciclo de Conferencias sobre *La fe pública*, Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, 1992. Contiene otras conferencias sobre la fe pública registral, mercantil y judicial).

EL NOTARIO AGENTE DE GARANTÍA
Y EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES. SUPUESTOS ESPECIALES

1. Explicación y contenido del capítulo

352 En el capítulo anterior hemos visto las normas generales que nos definen (profesional, funcionario público), y las consecuencias de la definición en cuanto a la profesionalidad (información, asistencia, consejo, imparcialidad, adecuación) y en cuanto a la “funcionalidad” (fe pública, autenticidad, rogación y libertad de elección, autoría del documento, responsabilidad, control de legalidad). Hemos incidido también en los efectos del documento público (seguridad jurídica negocial y formal, probatorios, legitimadores, traditorios, ejecutivos).^z

Hemos indicado, para centrar la fe pública notarial, las semejanzas y diferencias con otros tipos de fe pública (judicial, administrativa, registral y la llamada fe pública mercantil). Y a propósito de la primera, la nuestra, hemos pormenorizado el contenido de la misma (la competencia de los notarios en todos los ámbitos del Derecho: civil, mercantil, administrativo, electoral, etc.).

Sería excesivo, pero así podría hacerse, proyectar la primera parte sobre la segunda, es decir, volver a examinar la competencia en todos los ámbitos a donde llega la competencia notarial, y en cada caso diseccionar tanto la actuación como profesional del Derecho, como la de funcionario público; cómo actúa el notario informando, aconsejando, adecuando, etc., en todos y cada uno de los supuestos de su competencia. Sería excesivo.

Este capítulo, necesariamente, queda reducido a un cajón de sastre, desigual e incompleto, con referencias muy dispa-

res, en todo caso tomadas e inspiradas en la propia Constitución española, que al reconocer algunos derechos ha abierto (o la ha reforzado si estaba abierta y era incipiente) la puerta incluso a que pueda hablarse de **derechos del siglo XXI** (tales como el Derecho Ambiental y el Derecho del Consumo), sin olvidar nuevos planteamientos de los “derechos clásicos”.

2. Derecho Ambiental

Es obligada alguna reflexión, previa a materias concretas, a las circunstancias actuales de la tutela del ambiente, y de las causas que han llevado esta problemática al primer plano de las preocupaciones colectivas e individuales, con la lógica trascendencia sobre cierta ética ambiental que ha animado y obligado a adoptar por vía política de una serie de disposiciones legislativas.

353

Sólo en épocas recientes puede decirse que la Humanidad ha asumido la problemática ambiental, aunque el auge y difusión de tales problemas haya generado confusiones discutibles y hasta incoherencias programáticas, de lo que debía ser la preocupación central: la posibilidad de disciplinar y regular conductas que tienen trascendencia para el medio y estrategias que atenúen la presión excesiva a que hoy están sometidos los principales sistemas naturales.

Es obvio que el consenso mundial sobre la necesidad de abordar por la vía del Derecho las medidas que garanticen el respeto de las constantes del medio tiene ejemplos clarificadores.

En 1990 el Consejo Europeo de Dublín de 29 de junio vino a reconocer, como responsabilidad particular, por lo que respecta al medio ambiente, que:

“Nos comprometemos a intensificar nuestros esfuerzos para proteger y mejorar el entorno natural de la propia Comunidad y del mundo de que forma parte. Tenemos la intención de que la acción

de la Comunidad y de sus Estados miembros se desarrolle sobre una base coordinada y sobre los principios de un desarrollo sostenible y una actuación preventiva y precautoria.”

La Carta de París de 21 de noviembre de 1990 incluyó en su catálogo de derechos fundamentales y en pie de igualdad con las libertades clásicas “el uso eficiente de los recursos naturales” y “la preservación del medio”. La Declaración de Limoges del mismo 1990 insistió sobre “la importancia de la adopción efectiva de instrumentos jurídicos apropiados en el plano internacional y nacional, con vistas a una protección eficaz del medio natural y del ambiente. El Derecho Ambiental no es un simple apéndice de políticas ambientales, es el medio privilegiado para toda política en favor del medio”.

2.1. Aproximación al Derecho Ambiental.

354

Nadie duda de la existencia de una interacción entre la sociedad y su entorno físico (ambiente). La economía y la ecología cambian y su transformación trasciende tanto a la organización política como a las prácticas legales. La legislación ambiental española, como en todos los países, es dispersa, variada, y hasta ciertos límites confusa de alusión (“legislación furibunda”). No existe una normativa única que recoja todas las reglas relativas al ambiente.

Y si nos referimos a la doctrina, a los estudiosos del tema, apenas se va intentando la organización y actualización de los textos legales, a pesar de la enorme inestabilidad de este cuerpo normativo, y sin concretar aún, en términos de operatividad, una delimitación estricta del concepto jurídico del medio ambiente, que permita, cuando menos, perfilar el campo de esta disciplina, y nos facilite a nosotros llenar de contenido práctico este apartado. Al menos ya en la Conferencia de Estocolmo, en 1972, se afirmó que “el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de

calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”.

Un intento válido de concreción lo encontramos en GIANINI, al catalogar tres posibles versiones del concepto del ambiente, que dará pie a dos órdenes distintos de estrategias jurídicas, la primera reconducible a la gestión del territorio que encaja dentro del ámbito de la normativa urbanística y la segunda a la gestión de los elementos del ambiente:

- el ambiente en cuanto conservación del paisaje incluyendo tanto las bellezas naturales como los centros históricos;
- el ambiente en cuanto normativa relacionado con la defensa del suelo, del aire y del agua;
- y el ambiente en cuanto objeto de disciplina urbanística.

MARTÍN MATEO, por el contrario, descarta que el ambiente sea el territorio global objeto de ordenación y gestión, considerando que el urbanismo y la ordenación del territorio dan pie a disciplinas jurídicas más extensas. Este autor parte de un concepto de ambiente como conjunto de elementos naturales objeto de una protección jurídica específica, de titularidad común y de características dinámicas (agua y aire, a los que conecta el suelo).

En general las acepciones más comúnmente aplicadas son cuatro: la primera restringe su ámbito al entorno natural: aire, agua, ruido y vegetación; la segunda incluye otros elementos físicos y biológicos, monumentos históricos, suelo, fauna; la tercera adiciona infraestructuras, tipo vivienda, transporte, equipo sanitario; y la cuarta integra incluso factores culturales, como bienestar, calidad de vida, educación, desarrollo, etc. Nuestro concepto, toma de cada una de las acepciones aquello en que se manifiesta una posible práctica notarial.

El carácter interdisciplinar del Derecho Ambiental es un tema esencial en su metodología jurídica, para definir con claridad los perfiles de su autonomía, hasta tal punto que FUENTES BODELÓN (“Planteamientos previos a toda formula-

ción de un derecho ambiental”) dice que estamos ante “un formidable reto al trabajo en equipo, al tratamiento interdisciplinar, al establecimiento de un idioma común y de unas áreas de convergencia en la que los diversos saberes se relacionan, se complementan y se compendian”.

El contenido de este Derecho por cuanto respecta a sus características, lo deduce DELGADO DE MIGUEL del Real Decreto de 23 de abril de 1977, como medidas encaminadas a:

— **Proteger** contra los factores perturbadores del suelo, las aguas, la atmósfera, la flora y la fauna y los demás recursos naturales, así como los asentamientos humanos, el patrimonio artístico-cultural y cuantos elementos contribuyen a asegurar la calidad del entorno humano.

— **Corregir** la degradación provocada por las actividades del hombre y de los fenómenos naturales, así como los efectos que de aquéllos se deriven.

356

— **Procurar** la mejora y asentamiento de los bienes ambientales promoviendo su adecuada ordenación y gestión.

Para DELGADO DE MIGUEL más que de una autonomía del Derecho Ambiental tendríamos que hablar del Derecho Ambiental como un Derecho especial caracterizado por los tres aspectos que singularizan su regulación:

— **Preventivo**, que se ocupa de buscar los instrumentos jurídicos idóneos, tales como las Evaluaciones de Impacto Ambiental, los tanteos y retractos rústicos que favorezcan la protección de los espacios protegidos, las limitaciones a la edificabilidad en zonas de especial protección por el interés de sus paisajes, con el fin de que se cumplan unos mecanismos previos de control administrativos tendentes a la salvaguarda del ambiente en condiciones adecuadas.

— **Ordenador**, que tiende a suministrar las líneas maestras a que deberá dirigirse cualquier disposición administrativa con objeto de que las distintas esferas de la actividad privada y pública se orienten de un modo adecuado a la protección ambiental, cualquiera que sea el ámbito propio de dicha actividad (agrario, industrial, turístico, etc.).

— Y **sancionador**, en cuanto no sólo fija el carácter punible de los diversos actos que lesionan el medio ambiente, sino que añade las correspondientes sanciones administrativas y suministra los instrumentos jurídicos idóneos, tanto civiles como penales, con objeto de que el derecho de los particulares a un ambiente sano sea protegido.

El Estado no puede limitarse a consagrar los derechos fundamentales inherentes a la dignidad de la persona y a adoptar las medidas adecuadas para que tales derechos queden garantizados y respetados, sino que debe ser consciente, a través de sus leyes, de que tales derechos, entre ellos el derecho a un medio ambiente adecuado, han pasado a ser considerados como derechos absolutos indispensables para el desarrollo de la persona humana (GONZÁLEZ PÉREZ).

Según RAMÓN FERNÁNDEZ, “las preocupaciones medioambientales han encontrado acomodo en la parte dogmática de las Constituciones mediante su plasmación en un nuevo derecho económico-social, el derecho al ambiente y a la calidad de vida, al que se suele dotar de una funcionalidad compleja a partir de su configuración como un derecho-deber... y su consagración como uno de los principios rectores de la política económica y social”. Ese principio no es otro que la necesidad de proteger y mejorar el medio ambiente mediante la racionalización del progreso económico.

La idea derecho-deber aparece recogida en el artículo 45 de la Constitución Española (“Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”). A través de él se consagran cuatro objetivos básicos y un valor fundamental, pendientes de un adecuado desarrollo por la legislación ordinaria:

— conseguir el equilibrio ecológico adecuado no sólo para el desarrollo de la persona individual, sino también de los demás colectivos sociales;

— adecuar la utilización racional de los recursos naturales al entorno en que se realice;

— controlar las actuaciones de los poderes públicos y de los particulares, sancionando los actos lesivos y promocionando los mecanismos de denuncia y defensa del medio ambiente a través de cauces procesales idóneos;

— atender prioritariamente a los recursos naturales en la medida en que el medio ambiente artificial creado por el hombre puede encontrar protección no sólo en otros preceptos de la Constitución, sino fundamentalmente a través de otros sectores, protección que además ha de otorgarse “sin distinción de titularidad” (pública y privada).

358 Al consagrar el artículo 45 citado, el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, en cierta medida está sugiriendo que la protección y tutela del uso racional de los recursos naturales, la correcta defensa del medio ambiente, se constituye en una función pública (PÉREZ MORENO, ESCRIBANO COLLADO, LÓPEZ GONZÁLEZ) encaminada no sólo a proteger o corregir, sino a orientar, limitando o en ocasiones prohibiendo el uso de determinados recursos naturales. El ejercicio de esa función exigirá el desarrollo de los instrumentos jurídicos apropiados para que el ciudadano pueda asumir, individual o colectivamente, la defensa del medio ambiente lesionado.

El Tribunal Constitucional se ha preocupado de dejar claro que la disciplina del ambiente puede suponer una limitación de las facultades dominicales, dejando abierta la posibilidad evolutiva de la redefinición del derecho de propiedad en el sentido participativo: “Los poderes públicos deben limitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, lo que no supone claro está una absoluta libertad... el límite se encontrará a efectos de la aplicación del artículo 33 CE en el contenido esencial, en no sobrepasar las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone, resulta reconocible **en cada momento histórico**, y en la posibilidad efectiva de realizar el Derecho” (Sentencia de 16 de noviembre de 1989).

2.2. La protección del medio ambiente y la práctica notarial.

La Conferencia de Helsinki en 1975 afirmaba: “el éxito de una política de medio ambiente supone que todas las categorías de población y todas las fuerzas sociales conscientes de sus responsabilidades contribuyan para proteger y mejorar el medio ambiente”. DELGADO DE MIGUEL cita a POURCIEL, en esta doble interrogante: ¿la práctica notarial asegura la transmisión de la información a los ciudadanos y les ayuda en el cumplimiento de sus deberes? En caso afirmativo, ¿en qué condiciones?

Hemos analizado en el capítulo anterior el valor y alcance del artículo 147 del Reglamento Notarial en cuanto a deber de información y nadie duda, también lo hemos dicho que el notario debe “estar siempre al día” y que su función social constituye “primaria y fundamentalmente la comprensión científica de la realidad social”.

Pero en tema del medio ambiente el estar al día es difícil porque se trata de una materia dudosa, variada, multidisciplinar y de gran interés porque es causa y origen de limitaciones a la propiedad, al tiempo que supone el necesario cumplimiento de formalidades determinadas o requisitos administrativos frecuentemente olvidados o desconocidos por las partes. Estamos, en palabras de ÁLVAREZ-SALA, ante “una categoría dogmáticamente difícil, con un andamiaje endeble y muchos espacios todavía sin compartimentar”.

De ahí, que el notario, jurista práctico, debe proceder en el tema que nos ocupa con una gran cautela en la búsqueda de los medios necesarios para la protección de estos derechos, de modo que no quiebre la unidad del ordenamiento asentada sobre unos esquemas conceptuales radicalmente distintos, si se contemplan desde la órbita del Derecho Civil.

La reglamentación nacional española carece de unidad, tanto por la diversidad de su procedencia (Parlamento, Comunidades Autónomas, Municipios), como por su carácter secto-

rial (en evolución progresiva oscilante entre una perspectiva claramente limitadora al ejercicio de facultades, derechos o actividades que pudieran dañar el medio ambiente y un plano de actuaciones *ab intra* de las diferentes normas ambientales, donde precisamente la práctica notarial goza de un lugar de observación privilegiado para percibirla con especial sensibilidad).

Más adelante nos referiremos a supuestos especiales del medio ambiente en su relación con la agricultura y el urbanismo, principalmente, y otros de menor entidad. Ahora, como ejemplo de dificultad nos vamos a referir al llamado **impacto ambiental**.

Quizá la mejor definición de las **evaluaciones del impacto ambiental** la encontremos en el artículo 1 del Decreto de 23 de enero de 1986 de la Comunidad Autónoma de Baleares. Son “aquellas que tienen por objeto la identificación, producción e interpretación, así como la preservación o corrección de las consecuencias o impactos ambientales que determinadas actuaciones pueden causar al bienestar del hombre y a su entorno”.

360

La legislación estatal se contiene en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación del Impacto Ambiental, y en el Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto Legislativo de Evaluación del Impacto Ambiental.

El Real Decreto Legislativo somete (art. 1) a evaluación del impacto ambiental, “los proyectos, públicos o privados, consistentes en la realización de obras, instalaciones o de cualquiera otra actividad comprendida en el anexo (refinerías de petróleo bruto, centrales térmicas y otras instalaciones de combustión, residuos radioactivos, plantas siderúrgicas integrales, instalaciones de extracción de amiantos, instalaciones químicas integradas, construcción de autopistas, autovías, líneas de ferrocarril de largo recorrido, aeropuertos; puertos comerciales; instalaciones de eliminación de residuos tóxicos; grandes

presas; primeras repoblaciones cuando entrañen riesgos de graves transformaciones ecológicas negativas; extracción a cielo abierto de hulla, lignito u otros minerales)".

La legislación autonómica es muy dispersa y sectorial: Cataluña (7 de abril de 1988), Galicia (13 de septiembre de 1990 y 4 de octubre de 1991), Andalucía (12 de julio de 1988), Asturias (30 de marzo de 1987), Cantabria (29 de abril de 1991), Comunidad Valenciana (3 de marzo de 1989 y 15 de octubre de 1990), Aragón (4 de marzo de 1994), Canarias (13 de julio de 1990), Extremadura (16 de abril de 1991), Baleares (23 de enero de 1986), Madrid (4 de abril de 1991, 13 de marzo de 1992 y 4 de mayo de 1995), y Castilla-León (16 de noviembre de 1989 y 1 de septiembre de 1992).

Descender al detalle de cada regulación, que tiene un sentido general, que nos puede afectar a los notarios desde un punto de vista informativo o de conocimiento de determinadas limitaciones, sería excesivo, aunque sí estimamos procedente enumerar las materias a que se refieren: repoblación forestal (Rioja); cambios de cultivo (Aragón); proyectos de ordenación rural (Baleares, Asturias, Madrid, Galicia, Rioja, Valencia, Extremadura); instalaciones agrícolas (Valencia); campaña antiplagas y uso de productos fitosanitarios (Baleares, Madrid, Andalucía); desertización (Andalucía); recursos naturales (Navarra, Andalucía, Castilla-La Mancha, Rioja); paisaje (Asturias, Navarra); espacios naturales (Galicia, Baleares, Asturias, Rioja, Andalucía, Valencia, Madrid).

2.3. Medio ambiente y agricultura.

2.3.1. *Interrelación entre el medio ambiente y la agricultura.*

Una Comunicación de la Comunidad Europea (Comisión de Medio Ambiente y Agricultura) de 1988 puso de relieve que la dependencia entre el medio ambiente y la agricultura, no es accidental sino sustancial (pesticidas, productos fi-

tosanitarios; fórmulas alternativas del uso del suelo, como la silvicultura o la agricultura biológica; degradación de los recursos naturales, aire, suelo, agua; incorporación del ritmo de producción agrícola a los demás sectores económicos, etc.).

Si aplicamos a la agricultura los tres grandes aspectos que antes hemos explicado, inciden en la agricultura del siguiente modo: en el aspecto preventivo se formulan los instrumentos jurídicos aptos para evitar y prever en su caso las necesidades medioambientales o los mecanismos técnicos precisos para planificar la ordenación agraria o el tipo de cultivo más conveniente por zonas determinadas desde el punto de vista ambiental y paisajístico; en el aspecto ordenador, clarifica las líneas maestras a que deberá dirigirse la política agraria (señalización de cauces de salida a los productos biológicos, fomento de nuevos sistemas de producción de inferior coste ambiental, elección de fórmulas alternativas de uso del suelo agrícola, no contaminantes); y en el aspecto sancionador se señalan los aspectos punibles en que puede incurrir el agricultor desde el punto de vista ambiental, y las posibilidades de denuncia cuando es víctima de los mismos.

362

Las normas primarias en esta materia, junto al Código Civil, son la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, la Ley de Arrendamientos Rusticos, la Ley de Explotaciones Familiares Agrarias, la Ley de Conservación y Mejora de los Suelos Agrícolas, el Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras, y la Ley de Agricultura de Montaña. También la legislación forestal, la Ley y Reglamento de Montes y la Ley de Fomento de la Pradería Forestal. A la legislación autonómica nos referiremos en su momento oportuno, para evitar repeticiones.

2.3.2. La función del notario en relación con el medio ambiente agrícola.

Nos vamos a limitar aquí a aquellas leyes, estatales o autonómicas, en que de modo expreso se reclame la interven-

ción notarial. No están todas, pero sirven de ejemplo para valorar cómo el legislador ha considerado necesaria la actuación notarial, en supuestos tan diversos.

2.3.2.1. *Legislación estatal.*

— **Ley de Reforma y Desarrollo Agrario** (Decreto 118/1973, de 12 de enero).

Representa sin duda un paso importante en el camino de la codificación del Derecho agrario, si bien conviene advertir que constituye en sí misma una obra perfecta, teniendo en cuenta, de una parte, el elevado número y la gran complejidad de las leyes que se incorporan a ella, y, de otra, la frecuente heterogeneidad de algunas de estas leyes, entre las que no existe otra relación que la incidencia más o menos directa en el tema de las estructuras agrarias.

363

Artículo 16. “Las Comisiones Locales de Concentración Parcelaria... formarán parte de ella, como vocales... el notario de la zona, o no habiendo determinación de zonas notariales, el del distrito a quien por turno corresponda...”.

Artículo 92. “La transformación económica y social a que hace referencia el artículo 5.º (grandes zonas, mediante la realización de las obras que requiera el mejor aprovechamiento de las tierras y las aguas, y la creación de nuevas explotaciones agrarias), tiene por objeto cambiar profundamente, por razones de interés nacional, las condiciones económicas y sociales de grandes zonas, cuando ello requiera la realización de obras y trabajos complejos que, por superar la capacidad privada, hacen necesario el apoyo técnico, financiero y jurídico del Estado... 5. Las obligaciones que el artículo 207 impone al Instituto, registradores de la propiedad y **notarios** en relación con la concentración parcelaria se observarán también en relación con la declaración de interés nacional de la transformación de una zona”.

Artículo 143. “1. Los planes comarcales de mejora se aprobarán por Decreto, previa información pública durante el plazo de treinta días... 3. Las obligaciones que el artículo 207 impone al Instituto, registradores de la propiedad y **notarios** en materia de concentración parcelaria se observarán también con relación a los Planes Comarcales de Mejora”.

Artículo 207. “1. El Instituto está obligado a comunicar cuanto antes... al **notario** del Distrito:

a) Los términos municipales afectados por los Decretos u Órdenes ministeriales en los que se determinen zonas de concentración.

b) La determinación del perímetro de cada zona y sus rectificaciones.

c) Las resoluciones o hechos que pongan término al procedimiento, sin que la concentración parcelaria se lleve a cabo... 4. Los **notarios** harán las oportunas advertencias en los documentos que se otorguen. 5. El carácter de finca excluida de la concentración se podrá expresar en el Registro al inscribir cualquier título en que así se consigne **bajo la responsabilidad del funcionario autorizante**, o en nota marginal practicada por constarle directamente al registrador, o en virtud de certificación del Instituto o **acta notarial**".

Artículo 223. "El Acta de Reorganización de la Propiedad será protocolizada por el **notario** que haya formado parte de la Comisión Local o por el que le haya sustituido, y las copias parciales que expida, que podrán ser impresas, servirán de título de dominio a los participantes en la concentración, correspondiendo al Instituto promover la inscripción en el Registro de la Propiedad. Para su protocolización con el acta, se remitirá al **notario** un plano de la zona concentrada autorizado por el Instituto..."

Artículo 236. "Los **notarios** autorizantes de documentos sujetos a inscripción obligatoria conforme a lo dispuesto en las normas anteriores remitirán, en todo caso, directamente, las copias auténticas de dichos documentos al registrador competente..."

364

— Ley de arrendamientos rústicos de 31 de diciembre de 1980.

Artículo 25. "1. Los arrendamientos tendrán una duración *mínima* de seis años. 2. Terminado el plazo contractual, el arrendatario tendrá derecho a una primera prórroga por seis años y a prórrogas sucesivas de tres años cada una, entendiéndose que utiliza este derecho si al terminar el plazo inicial o el de cada prórroga no **renuncia** a seguir en el arrendamiento... No obstante, el arrendatario podrá escindirlo al término de cada año agrícola dando al arrendador un **preaviso** de seis meses..."

Artículo 26. "2. El arrendador que se proponga oponerse a cualquiera de las prórrogas deberá **notificarlo fehacientemente** al arrendatario con antelación mínima de un año al comienzo de aquélla, expresando la causa de la oposición".

Artículo 45. "Para que el arrendatario pueda ejercitar el derecho de reducción o exoneración es necesario que **notifique fehacientemente** el siniestro al arrendador en el plazo de treinta días

desde que se produzca y que actúe con diligencia a fin de conseguir, en su caso, la efectividad de cualquier indemnización a que pudiera haber derecho”.

Artículo 60. “El arrendatario podrá realizar las mejoras útiles y sociales a que se refiere el artículo 57, siempre que no menoscaben el valor de la finca. Para llevarlas a cabo el arrendatario **comunicará por escrito** previamente al arrendador el plan circunstanciado de las mejoras proyectadas, que se entenderán consentidas por el último si no da respuesta en el término de un mes...”.

Artículo 72. “El cesionario o subarrendatario no podrá entrar en la posesión de la finca sin previa **notificación fehaciente** del arrendatario al arrendador de la cesión o subarriendo. La omisión de este requisito será causa de resolución del arrendamiento, salvo en el supuesto del apartado c) del artículo anterior (subarriendo de temporada de la vivienda o subarriendo de aprovechamientos secundarios)”.

Artículo 87. “El transmitente **notificará de forma fehaciente** al arrendatario su propósito de enajenar, indicando las condiciones de la enajenación, así como el precio, en su caso, y el nombre y circunstancias del adquirente” (a efectos de tanteo, retracto y adquisición preferente).

365

— Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes.

Se trata de una Ley que protege la explotación familiar agraria y facilita la incorporación de los agricultores jóvenes a las actividades agrarias, con los siguientes objetivos: constituir explotaciones agrarias viables... promoviendo su desarrollo y modernización para que consolide su viabilidad social y económica; estimular la incorporación progresiva a la dirección de los colaboradores que hayan de suceder profesionalmente en la titularidad de las mismas; y facilitar la inscripción registral de los bienes y derechos (art. 1).

Si traemos a colación esta Ley, en este punto, es por cuanto al proteger la integridad de la explotación, se dictan una serie de normas especiales que los notarios deberán tener muy en cuenta: titularidad matrimonial de la explotación y actos de disposición; posibilidades de pactos sucesorios; supuestos de sucesión testada e intestada; designación de sucesor-colaborador; designación mediante comisario.

Al regular el derecho de adquisición preferente, el artículo 40 dice que para ejercitar el tanteo “deberá comunicarse de manera **fehaciente** a los titulares de derechos de reembolso y al Ministerio de Agricultura los términos de la transmisión proyectada”.

2.3.2.2. *Legislación autonómica.*

— **Aragón:** Ley 14/1992, de 28 de diciembre, de Patrimonio agrario de la Comunidad Autónoma de Aragón y medidas específicas de reforma y desarrollo agrario.

Artículo 31 (Derechos de adquisición preferente). “Definición. 1. En toda enajenación onerosa de bienes que en su origen hayan pertenecido en propiedad al patrimonio agrario de la Comunidad Autónoma de Aragón, la Diputación General, a través del Departamento de Agricultura, Ganadería y Montes, gozará de un derecho de adquisición preferente en los términos que esta ley determina. 2. De igual derecho dispondrá cuando se trate de enajenaciones gratuitas *inter vivos* si las mismas no se efectúan a favor del cónyuge, hijos o descendientes o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad”.

366

Artículo 32. “Notificación y plazo. 1. El propietario que se proponga enajenar deberá **notificar fehacientemente** al Departamento de Agricultura, Ganadería y Montes su propósito y las circunstancias esenciales de la enajenación que pretende. 2. Desde la notificación, el Departamento de Agricultura, Ganadería y Montes dispondrá de un plazo de treinta días naturales para adquirir los bienes de enajenación por el precio de oferta”.

Artículo 33. “Derecho de retracto. En defecto de notificación fehaciente, si ésta es incompleta o defectuosa, o si se ha realizado en circunstancias diferentes a las notificadas, el Departamento de Agricultura, Ganadería y Montes dispondrá de sesenta días naturales para ejercitar el derecho de retracto contados desde el día que tenga conocimiento de la irregularidad cometida”.

Artículo 35. “**Cautelas notariales.** 1. En toda escritura de enajenación de bienes originariamente pertenecientes en propiedad al patrimonio agrario de la Comunidad, los otorgantes deberán acreditar al **notario** autorizante al que han efectuado la notificación a que se refiere el artículo 32 de esta ley. 2. En ausencia de tal acreditación o sin que haya transcurrido el plazo de que dispone el Departamento de Agricultura, Ganadería y Montes para el ejercicio del derecho de tanteo, el **notario denegará la autorización de la escritura**”.

Artículo 43 (Adquisición y limitaciones de propiedad). “Cautelas. 1. En todo **documento público** en el que se describan o relacionen bienes procedentes en su origen del patrimonio agrario de la Comunidad Autónoma de Aragón, el **notario** o funcionario autorizante deberá hacer expresa referencia al hecho de que tales bienes están sujetos a cuanto dispone la presente ley”.

Artículo 46 (Transmisión de tierras reservadas en zonas regables). “... 3. La transmisión autorizada (por el citado Departamento) será instrumentada en **documento público** al que se incorporará la autorización administrativa, que podrá tener validez temporal y se dará cuenta de la misma al Departamento... dentro del mes siguiente al de su otorgamiento mediante **notificación fehaciente**”.

Artículo 58 (Concentraciones de carácter privado). “Acta de reorganización de la propiedad. 1. Aprobado definitivamente el Proyecto, el Departamento... extenderá y autorizará el acta de reorganización de la propiedad que, acompañada de los títulos de concentración, se remitirá a la **notaría** correspondiente para su protocolización...”.

— Asturias: Ley 4/1989, de 21 de julio, de Ordenación Agraria y Desarrollo Rural.

367

Artículo 45 (De los bienes y derechos del Banco de Tierras). “1. En el marco de la presente ley, el Principado de Asturias, representado por la Comisión Regional del Banco de Tierras (patrimonio inmobiliario de la Comunidad Autónoma, integrado por fincas de interés agrario, que tiene por finalidad fomentar la modernización y el desarrollo agrario y social, así como garantizar el cultivo racional, directo y personal de la tierra), gozará, en los supuestos previstos en la legislación del Estado de los derechos de tanteo y retracto ante cualquier enajenación, a título oneroso o gratuito de fincas rústicas. 2. No habrá lugar al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto... en el caso en que la transmisión se realice a favor de un hijo o descendiente que sea profesional de la agricultura o a favor de un hermano o ascendiente que tenga tal característica o cuando se trate de enajenación a favor de terceros que sean profesionales de la agricultura...”.

Artículo 46. “1. ... el que tenga intención de enajenar una finca rústica a persona que no sea profesional de la agricultura... deberá **notificarlo fehacientemente** a la Comisión Regional del Banco de Tierras, expresando su voluntad de hacerlo y las condiciones de la enajenación. En la notificación se harán constar los datos del bien objeto de enajenación, los de identificación del adquirente, su profesión y destino que se quiere dar a la finca o explotación y precio. En el plazo de treinta días naturales desde el siguiente a su

entrada en el Registro, la Comisión... manifestará si tiene o no interés en ejercitar el derecho de tanteo. Si tiene intención de adquirir la finca o explotación, lo **notificará de forma fehaciente** al enajenante. 2. Faltando la notificación fehaciente, siendo defectuosa o incompleta o habiéndose producido la enajenación antes de la caducidad del derecho de tanteo o en condiciones distintas a las notificadas, la Comisión Regional podrá ejercer el derecho de retracto en el plazo de sesenta días... 4. Para la consecución de los fines previstos en el artículo 45, y en defensa de los derechos de adquisición preferente por la Administración, en los supuestos de enajenación de finca a que se refiere el apartado 1 de este artículo, el **notario** autorizante exigirá certificación de la Comisión Regional del Banco de Tierras acreditativa de que el enajenante ha efectuado la notificación fehaciente y de que la finca objeto del contrato no es de interés para la Administración...”.

— **Canarias:** Ley 5/1987, de 7 de abril, sobre la Ordenación Urbanística del suelo rústico.

368

Artículo 6. “1. Las parcelaciones, segregaciones o cualesquiera otros actos de división de finca o predios en suelo rústico requerirán la previa licencia municipal otorgado conforme al ordenamiento jurídico... 4. ... Los **notarios**... exigirán para autorizar... escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia, que deberán testimoniar en el documento”.

— **Castilla-León:** Ley 14/1990, de 28 de noviembre, de concentración parcelaria.

Artículo 7. “Las Comisiones Locales de concentración parcelaria... Formarán parte de ella, como vocales... el **notario** de la zona o, no habiendo determinación de zonas notariales, el del distrito a quien por turno corresponda...”.

Artículo 58. “El acta de Reorganización de la Propiedad será protocolizada por el **notario** que haya formado parte de la Comisión Local o por el que le haya sustituido y las copias parciales... (sigue como la legislación estatal)”.

Artículo 67. “Las tierras sobrantes, durante el plazo de tres años... podrán ser utilizadas para la subsanación de los errores que se adviertan, cuando sea procedente. Transcurridos dichos tres años, la Dirección General dispondrá de las tierras sobrantes para: ... b) realizar en ellas obras de restauración del medio natural...”.

— **Cataluña:** Decreto 169/1983, de 12 de abril, sobre Unidades Mínimas de Cultivo.

Artículo 6. “De acuerdo con lo que establece la legislación hipotecaria, en todas las inscripciones de fincas que se realicen se expresará si la finca es de secano o de regadío, su extensión superficial y su carácter o no de indivisible...”.

Artículo 7. “1. ... en las **escrituras** de segregación y división de fincas, en las de enajenación de partes indivisibles de terrenos y en las constituciones de sociedades o asociaciones... el **notario** exigirá al otorgante los datos señalados en el artículo 6 precedente. En los supuestos del apartado 3 del artículo 4.º (usos agrícolas previstos en suelo urbano y urbanizable), exigirá la licencia de parcelación...”.

— **Galicia:** Ley de 14 de agosto de 1985, de Concentración Parcelaria para Galicia.

Artículo 10. “Las Juntas Locales son órganos colegiados... estarán formadas por... un **notario** de la zona, o de no haber determinación de zonas, el de distrito al que por turno corresponda...”.

369

— **Navarra:** Decreto Foral Legislativo 133/1991, de 4 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido sobre Financiación Agraria.

Artículo 17. “... 3. El Gobierno de Navarra ostentará un derecho de retracto durante los diez años siguientes a la concesión de los beneficios destinados a inversiones en bienes inmuebles, en caso de enajenación de los mismos por los beneficiarios de las ayudas. Dicho derecho deberá, en su caso, ejercitarse en un plazo de tres meses a partir de la fecha en que se tenga conocimiento **fehaciente** de la enajenación”.

2.4. Medio ambiente y urbanismo.

2.4.1. *Interrelación entre el medio ambiente y el urbanismo.*

Urbanismo y medio ambiente no pueden considerarse como dos fenómenos independientes y aislados, ya que en sí mismo el Urbanismo, como afirma BASSOLS COMA configura “un determinado sistema ambiental o ecosistema que se in-

terrelaciona activa y dinámicamente con el resto de los ecosistemas (vida rural, espacios naturales, etc.)”.

El Consejo de Europa (Carta Europea de Ordenación del Territorio), ha insistido en la conservación de las zonas rurales, para salvaguardar su potencial agroalimentario, su equilibrio ecológico y su paisaje, proponiendo como medidas: asegurar la integración en el paisaje de las nuevas construcciones y de los trabajos de infraestructura y de ordenación rural, incluidos los cursos de agua; conservar los paisajes y los medios naturales mediante la creación de parques naturales, reservas naturales u otros tipos de zonas protegidas; remunerar la insustituible función que los agricultores de Montaña asumen para proteger los suelos y paisajes.

370

En España la necesidad de que la legislación urbanística tenga en cuenta el medio ambiente se encuentra recogida en alguna legislación autonómica, como la de Canarias (“los daños al entorno natural y el medio ambiente pueden revestir en ocasiones auténticos menoscabos para el grupo social) o Rioja (que aprueba las Normas Urbanísticas regionales”, e incorpora como anexos a las mismas uno que se titula “plan especial de protección del Medio Ambiente Natural”), o Asturias (“proteger y mejorar el medio ambiente de la región, de gran valor, y, sin embargo, tan maltratado en algunas zonas”; “habrá que potenciarse la preservación de los valores naturales que todavía subsisten en las zonas que históricamente se mantienen al margen de la ocupación humana”).

2.4.2. Función del notario en relación con el medio ambiente urbano.

Una dimensión muy gráfica de la influencia del urbanismo en el medio ambiente aparece en la misma expresión de “suelo no urbanizable”, es decir, el suelo exento del proceso urbanizador que trata de proteger suelos naturales, dentro de su ámbito, incidiendo en el proceso de transformación en suelo urbano, por razones agrarias, forestales, ecológicas, pai-

sajísticas, etc. Sin embargo, la legislación urbanística hace intervenir al notario, sobre todo, en sede de prohibiciones y restricciones, como seguidamente veremos.

2.4.2.1. *Legislación estatal.*

— **Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del suelo y ordenación urbana.**

Artículo 16 (Régimen del suelo no urbanizable y urbanizable no programado). “Prohibiciones y autorizaciones... 4. Para **autorizar** e inscribir en el Registro de la Propiedad **escrituras** de declaración de obra nueva se estará a lo dispuesto en el artículo 37.2” (derogado por Ley 6/1998 de 13 de abril).

Artículo 37. “Adquisición del derecho a la edificación. ... 2. Los **notarios**... exigirán para autorizar... escrituras de declaración de obra nueva *terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado.* Para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva en construcción, se acompañará certificación expedida por técnico competente, acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso el propietario deberá hacer constar la terminación mediante **Acta Notarial** que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada. Tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras”. (hoy art. 22 Ley 6/1998).

Artículo 45. “Información urbanística y enajenación de terrenos. 1. El que enajenare terrenos no susceptibles de edificación según el planeamiento o edificios e industrias fuera de ordenación, deberá hacer constar expresamente estas situaciones en el correspondiente **título de enajenación**” (derogado).

Artículo 222. “Pago del justiprecio. ... 3. Cuando existan pronunciamientos registrales contrarios a la realidad podrá pagarse el justiprecio a quienes los hayan rectificado o desvirtuado mediante cualquiera de los medios señalados en la legislación hipotecaria o con **Acta de notoriedad** tramitada conforme al artículo 209 del **Reglamento Notarial**”.

Artículo 258. “Indivisibilidad de parcelas... 2. Los **notarios**... harán constar en la descripción de las fincas su cualidad de indivisibles, en su caso”.

Artículo 259. "Régimen de las parcelaciones. ... 3. Los **notarios**... exigirán para autorizar... escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración municipal de su innecesariedad, que deberán testimoniar en el documento".

Artículo 288 (Derecho de superficie). "Procedimiento... 2. La constitución del derecho de superficie deberá ser en todo caso formalizada en **escritura pública**, y como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad".

2.4.2.2. *Legislación autonómica.*

Prácticamente todas las Comunidades Autónomas han tenido especial interés en asumir y desarrollar, en el más breve plazo posible las competencias conferidas por el Estado en materia urbanística, hasta tal punto, que desde 1978 hasta hoy se han promulgado más de 20 disposiciones con rango de ley, además de numerosos Decretos y resoluciones aumentando la dificultad para el notario, jurista práctico, tanto por la proliferación legislativa (si actúa en Comunidad Autónoma distinta), como por la incertidumbre de la vigencia como derecho supletorio de la legislación estatal. No pretendemos recoger todos los supuestos en que es interesante la intervención notarial, queremos que se tomen tan sólo a título de ejemplo, por si se diera el caso de que olvidásemos algunos.

372

— Asturias: Ley 3/1987, de 8 de abril, **Reguladora de la disciplina urbanística.**

Artículo 3. "1. La licencia (urbanística) será obligatoriamente **notificada de modo fehaciente** a la Consejería de Ordenación del Territorio, Vivienda y Medio Ambiente".

Ley 6/1990, de 20 de diciembre, de normas sobre edificación y usos en el medio rural.

Artículo 6. "... 2. Fuera de los núcleos rurales y de sus zonas de influencia gráficamente delimitadas en el planeamiento, se prohíben las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, con la sola excepción de las divisiones de cosa común adquirida a título lucrativo tanto *mortis causa* como *inter vivos*, siempre que en este último caso el transmitente esté vinculado con todos los condóminos adquirentes por relación de parentesco hasta el tercer grado".

Ley 2/1991, de 11 de marzo, de reserva de suelo y actuaciones urbanísticas prioritarias.

Artículo 2 (Derechos de tanteo y retracto sobre suelo y edificaciones). "... 4. Sin perjuicio de que la delimitación de las áreas sometidas al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto sea inmediatamente ejecutiva una vez publicado el acuerdo de aprobación en el "Boletín Oficial del Principado de Asturias y de la Provincia", **deberá notificarse** al Principado de Asturias, a efectos del posible ejercicio posterior del derecho de retracto, todas las transmisiones efectuadas hasta ese momento, desde la publicación en el citado Boletín de la información pública".

— **Canarias:** Ley 3/1985, de 29 de julio, de medidas urgentes en materia de urbanismo y protección de la naturaleza. Reconoce que "el aspecto más directamente ligado a las agresiones ambientales es el constituido por la actividad edificatoria de carácter ilegal y abusivo en áreas que contienen valiosos ecosistemas, sobre recursos escasos como el suelo agrícola, sobre playas, áreas paisajísticas de alto valor, o incluso sobre el patrimonio arquitectónico histórico".

373

Ley 7/1990, de 14 de mayo, de **Disciplina urbanística y territorial**.

Artículo 13. "1. El **notario** sólo autorizará una escritura de división, segregación o agrupación de terrenos cuando el otorgante aporte el documento acreditativo de la licencia de parcelación correspondiente. 2. La licencia se podrá justificar mediante certificación del acuerdo municipal de concesión o mediante copia del plano parcelario en la que, por diligencia del secretario del Ayuntamiento, se exprese que es reproducción fiel y exacta del aprobado y vigente...".

Artículo 14. "En el otorgamiento de escrituras de declaración de obra nueva, el **notario** autorizante exigirá documento acreditativo de la obtención de la licencia, que incorporará a la matriz y la testimoniará en las copias que expida. Si no se acredita la obtención de la licencia, el **notario** hará las advertencias pertinentes acerca de las responsabilidades de toda índole en que pueda incurrir el otorgante por carecer de dicha autorización administrativa, así como de la imposibilidad de practicar la inscripción en el Registro...".

— **Cataluña:** Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprueba el **Texto refundido** de los textos legales vigentes en Cataluña en **materia urbanística**.

Artículo 141. "1. No se podrá efectuar ninguna parcelación urbanística y consecuentemente no se podrá otorgar licencia de parcelación sin que previamente haya sido aprobado un Plan General o, si procede un Plan Especial que lo desarrolle, cuando afecte al suelo urbano, o sin la previa aprobación del Plan Parcial del sector correspondiente para el suelo urbanizable. En suelo no urbanizable no se podrán realizar parcelaciones urbanísticas. 2. Los **notarios...** exigirán para autorizar... escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia, que tendrán que testimoniar en el documento...".

Artículo 144. "1. El **notario** debe exigir al otorgante, en las escrituras de división y de segregación de fincas, la aportación de la licencia de parcelación correspondiente a la operación urbanística a que esta escritura haga referencia... 3. El **notario** debe testimoniar en la escritura la acreditación del otorgamiento de la licencia y, en todo caso, en un apartado correspondiente a la situación urbanística de la finca, hará las advertencias pertinentes sobre las responsabilidades de todo tipo en que pudieran incurrir los otorgantes por carecer de las licencias urbanísticas adecuadas para la actuación que pretendan sobre los terrenos correspondientes a las fincas objeto del instrumento público".

Artículo 285. "1. El Registro de la Propiedad en su función de instrumento de publicidad de las relaciones jurídico-inmobiliarias debe reforzar la eficacia de los actos administrativos en materia de urbanismo... 2. Todo ello se entiende sin perjuicio de las funciones que el ordenamiento jurídico reconoce a los **notarios** y registradores, y en ningún caso se limitará la facultad calificadora".

Decreto 308/ 1982, de 26 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el desarrollo y aplicación de la Ley 9/1981, de 18 de noviembre, sobre protección de la legalidad urbanística.

Artículo 55 (De la Exigencia de la licencia de parcelación). "1. El **notario** exigirá al otorgante, en las escrituras de segregación y división de fincas, en las de enajenación de partes indivisibles de terrenos y en las de constitución de sociedades o asociaciones, en las que se den las circunstancias previstas en los párrafos 2 y 3 del artículo 41 de este Reglamento, la licencia de parcelación que corresponda a la operación urbanística a la que el título corresponda. 2. La licencia puede justificarse mediante copia del plano parcelario, en la que se exprese, por diligencia del Secretario del Ayuntamiento, que es reproducción fiel y exacta del que figura en el expe-

diente de parcelación de que se trate, así como la fecha de concesión. 3. Si se aporta copia del plano, el **notario** la incorporará a la primera escritura que autorice referente a alguna de las parcelas contenidas en él y lo relacionará en las escrituras restantes. Si resulta del plano que el lote correspondiente a la nueva finca es indivisible, lo hará constar así. 4. Si se aporta una certificación del acuerdo municipal de concesión de licencia, esta certificación se incorporará a la matriz para testimoniar en las copias. De la misma forma se procederá si se aporta certificación municipal acreditativa de la innecesariedad de la licencia. 5. Si se aporta certificación municipal de la improcedencia de la parcelación que se cita en la escritura, se referenciará el contenido en el apartado correspondiente a la situación urbanística de la finca. También se hará constar, en su caso, en este apartado, la circunstancia de que no se aporta certificado de ninguna clase. 5. El **notario**, en el apartado correspondiente a la situación urbanística de la finca, hará los advertimientos necesarios sobre las responsabilidades de toda clase en que puedan incurrir los otorgantes, por falta de licencias urbanísticas adecuadas para la actuación que pretendan sobre los terrenos correspondientes a las fincas objeto del instrumento público”.

Artículo 58. “La protocolización por el **notario** del Plano a que hace referencia el apartado 2 del artículo 53 de este Reglamento... se entenderá que es suficiente para que considere que ha sido aportada la licencia respecto a fraccionamientos ulteriores que se le acomoden. Se entenderá que existe acomodación en las circunstancias descriptivas de las nuevas fincas respecto a la descripción gráfica que se haga en el plano, si las diferencias en la extensión superficial no sobrepasan el 3 por 100”.

375

— **Madrid:** Decreto 56/1992, de 30 de julio, por el que se fijan los plazos para la aprobación inicial y tramitación de los Proyectos de delimitación de suelo Urbano en los Municipios de la Comunidad de Madrid cuyo planeamiento general no estuviera adaptado a la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

Artículo 52. “Alteraciones de la estructura de la propiedad en suelo no urbanizable, mediante actos de parcelación, segregación o división... Los **notarios**... no procederán a autorizar... escritura de división de terrenos, sin que se acredite previamente el otorgamiento de la licencia de parcelación, tanto urbanística como rústica, que deberán testimoniar en el documento”.

— **Murcia:** Ley 12/1986, de 20 de diciembre, sobre protección de la legalidad urbanística.

Artículo 5.º “... 2. Según la clasificación urbanística del suelo, el **notario**, en toda escritura de división y segregación de terrenos, exigirá al otorgante la aportación de la licencia de parcelación correspondiente a la operación urbanística a que la escritura haga referencia o certificación de no ser necesaria...”.

Artículo 6.º “Si el otorgante aporta certificación del acuerdo municipal de otorgamiento de licencia o la certificación de su innecesariedad, el **notario** la incorporará a la primera escritura que autorice referente a algunas parcelas contenidas en el mismo, relacionándolo en las sucesivas escrituras. Si resulta del plano que el lote correspondiente es indivisible, así lo hará constar. 4. En todo caso, si las escrituras contemplan divisiones o segregaciones de fincas situadas en el suelo urbanizable no programado o no urbanizable, o se realicen en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, el **notario**, al autorizarlas, hará las advertencias expresas correspondientes”.

Artículo 8.º “La protocolización por parte del **notario** del testimonio a que se refiere el artículo 6.2 de esta ley... se entenderá suficiente para considerar que ha sido aportada la licencia respecto de fraccionamientos ulteriores que se acomoden al mismo. En todo caso, se entenderá que existe acomodación a las circunstancias descriptivas gráficas en el plano, aunque existan diferencias en la extensión superficial que no excedan del 15 por 100”.

376

— **Comunidad Valenciana:** Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la **actividad urbanística**.

“1. La actividad urbanística. 1. La actividad urbanística regulada en la presente Ley es una función pública que tiene por objeto la ordenación, la transformación y el control de la utilización del suelo, incluidos su subsuelo y vuelo. Su desarrollo habilita el ejercicio de cuantas facultades sean precisas para la eficaz realización del interés colectivo en los siguientes aspectos: ... G) la protección del patrimonio arquitectónico y del ambiente y del paisaje, urbano o rústico, conforme a la percepción y vivencias colectivas de los mismos...”

“48. Simplificación del procedimiento a instancia de un particular. 1. Los particulares que formulen una alternativa técnica del Programa y pretendan su ejecución, podrán obviar las actuaciones reguladas en el artículo 45, dando cumplimiento a lo siguiente: ... B) Protocolizarán la alternativa y los proyectos que la acompañen

mediante acta autorizada por **notario** con competencia territorial en el Municipio afectado...”

“69. Procedimiento y efectos de la reparcelación forzosa... el acuerdo aprobatorio se notificará a los interesados y, una vez firme, en vía administrativa, se inscribirá en el Registro de la Propiedad, previo otorgamiento de **documento público** que exprese su contenido.”

“70. Reglas para la adjudicación de parcelas. Los proyectos de reparcelación forzosa deben ajustarse a estos criterios... Durante la exposición al público de la reparcelación, a fin de evitar el proindiviso, los interesados podrán efectuarse requerimientos recíprocos para sustituir las cuotas de condominio previstas en el proyecto con indemnizaciones en metálico. El requerimiento deberá cursarse en **escritura pública**, y ofrecer simultánea y alternativamente, el pago o el cobro de la indemnización en metálico, dando un plazo de diez días al requerido para elegir si prefiere pagar o cobrar a un mismo precio unitario...”

“76. Transferencias de aprovechamiento... 2. La transferencia de aprovechamiento debe ser aprobada por el Ayuntamiento, según propuesta suscrita por los interesados y formalizada en **escritura pública**, con los planos adjuntos expresivos de la localización y dimensiones de las fincas implicadas.”

“82. Licencias de parcelación. 1. Toda parcelación o división de terrenos, quedará sujeta a licencia municipal, salvo que el Ayuntamiento certifique o declare su innecesariedad. Es innecesaria la licencia cuando: A) La división o segregación sea consecuencia de una parcelación o de una cesión, ya sea forzosa o voluntaria, gratuita u onerosa, a la Administración, para que destine el terreno resultante de la división al uso o servicio público a que se encuentre afecto. B) El correspondiente acto de disposición no aumente el número de fincas originariamente existente y cumpla las normas sobre su indivisibilidad establecidas por razones urbanísticas; C) La división o segregación haya sido autorizada expresamente por el municipio con motivo del otorgamiento de otra licencia urbanística. 2. De conformidad con lo dispuesto en la legislación estatal, los **notarios**... exigirán para autorizar... escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de licencia o la declaración administrativa de su innecesariedad, que deberán testimoniar en el documento. Asimismo, los **notarios**... harán constar en la descripción de las fincas su cualidad de indivisibles, cuando así les conste. 3. Cabrá acreditar la innecesariedad de licencia de parcelación o de división de terrenos mediante uno de estos medios: A) Testimoniando el certificado municipal correspondiente; o B) Acreditando que se solicitó la licencia o dicho certificado, con la antelación necesaria respecto al momento de otorgar la división, sin haber obtenido resolución ad-

ministrativa expresa dentro de los plazos legales y efectuando declaración jurada de esto último; o C) Acreditando rigurosamente el cumplimiento de las condiciones expresadas en el número 1 anterior”.

2.5. El medio ambiente relacionado con otros aspectos.

Que la mayor interrelación medioambiental se produzca con el urbanismo y la agricultura, no admite discusión, pero ello no quiere decir que sean las únicas interrelaciones. Haremos alusión a algunas de ellas, que en realidad podrían quedar subsumidas en las dos anteriores, pero que conviene separar.

2.5.1. Medio ambiente y espacios protegidos.

378 — La Ley estatal de 28 de marzo de 1989 entiende (art. 10.3) que la declaración de espacio protegido lleva unida la de utilidad pública a efectos expropiatorios de los bienes y derechos afectados y la facultad de la Administración para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en cualquier supuesto de transmisión onerosa *inter vivos* de terrenos situados en el interior del mismo.

La misión del notario se reconoce en tanto se obliga al transmitente a **notificar fehacientemente** a la Administración las condiciones esenciales de la transmisión, y, en su caso copia de la **escritura pública**, en que haya sido instrumentada, para el ejercicio en plazo de los derechos de tanteo (tres meses) y retracto (un año). Siendo necesaria tal notificación para que proceda la inscripción en el Registro de la Propiedad.

— En **Andalucía**, la Ley de 18 de julio de 1989 que aprueba el inventario de los Espacios Naturales establece también el derecho de tanteo y retracto (art. 24), como también lo hacen algunas leyes de carácter especial: 9 de enero de 1984 (Declaración de la Laguna de Fuente Piedra como reserva integral; la notificación previa debe acreditarse al no-

tario); 19 de octubre de 1984 (Declaración de las Marismas de Odiel como paraje natural y de la Isla de Enmedio y la Marisma del Burro como reservas integrales); 5 de febrero de 1986 (Declaración de Parque Natural de las Sierras de Cazorla, Segura y La Villa); 30 de noviembre de 1987 (Declaración de Parque Natural de la Sierra de María); 23 de diciembre de 1987 (Declaración de Parque Natural del Cabo de Gata-Níjar). También están sujetos a derechos de tanteo y retracto los terrenos ubicados en el interior de las llamadas doce lagunas: Medina, Salada, Dulce de Zorrilla, Hondilla, Jeli, Montellano, Taraje, Comisario, San Antonio, Salada de El Puerto de Santa María, Juncosa y Chica. Tales derechos corresponden por regla general a la Administración de la Comunidad Autónoma, y al alguno de ellos a la llamada Agencia del Medio Ambiente.

— En **Aragón**, la Ley de 21 de marzo de 1990 (Declaración de los Glaciares Pirenaicos como Monumentos Naturales) establece los derechos de tanteo y retracto de bienes afectados a favor de la Diputación General de Aragón.

— En **Asturias**, la Ley de 5 de abril de 1991 (Protección de los Espacios Naturales), alude a la notificación fehaciente para ejercitar los derechos de tanteo y retracto.

— En **Baleares**, el Decreto de 28 de enero de 1988 (Creación del Parque Natural S'Albufera de Mallorca") hace obligatoria una comunicación previa a la Conselleria de Agricultura y Pesca, acompañando en su caso (para el retracto) copia de la escritura pública.

— En **Castilla-León**, el Decreto de 12 de septiembre de 1985 (Creación del Parque Natural del Lago de Sanabria), también establece los derechos de tanteo y retracto, de forma similar a la ley catalana.

— En **Cataluña**, la Ley Reguladora de los Espacios Naturales de 13 de junio de 1985, establece los derechos de tanteo (notificación previa) y retracto a favor de la Generalitat de Cataluña. Análogos derechos se reconocen en el Decreto de 1 de julio de 1983 (Parque Natural del Cadi-Mexiero) y

en la Ley de 30 de marzo de 1988 (Recalificación del Parque Nacional de Aigües Tortes y Lago de Sant Maurici).

— En **Madrid**, se reconocen ambos derechos (imponiendo a los notarios “que actúen dentro del ámbito de la Comunidad de Madrid” que autoricen escrituras sin acreditación previa de la pertinente notificación), respecto del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares (Ley de 23 de enero de 1985), y del Parque Natural de la Cumbre, Circo y Laguna de Peñalara.

— En la **Comunidad Valenciana**, se refiere a tal notificación y derechos la Ley de 24 de junio de 1988. Y además con carácter especial la Ley de 9 de mayo de 1986 (Tutela del Palmeral de Elx) y el Decreto de 16 de marzo de 1987 (Declaración del Parque Natural de El Montgó).

380

— En el **País Vasco**, estos derechos aparecen regulados en el Decreto de 29 de diciembre de 1989 (Declaración del Parque Natural de Urkiola), exigiendo notificación previa al Departamento de Agricultura de la Diputación Foral), o realizada la transmisión, que se remita copia de la escritura pública.

2.5.2. Medio ambiente y legislación forestal.

— La Ley de 10 de marzo de 1941 (art. 17), del **patrimonio forestal del Estado**, exige la notificación cuando se trate de predios forestales superiores a las 250 hectáreas.

— En **Navarra**, la Ley foral de 31 de diciembre de 1990, sobre Protección y Desarrollo del Patrimonio Forestal, reconoce a las Administraciones Públicas los derechos de tanteo y retracto sobre los enclaves de sus montes.

2.5.3. Medio ambiente y patrimonio histórico-artístico.

— A nivel estatal, la Ley de 25 de junio de 1985 establece como norma general (art. 23) que no podrán otorgarse licencias para la realización de obras que conforme a la

ley requieran cualquier autorización administrativa hasta que ésta haya sido concedida. En consecuencia, “las obras realizadas sin cumplir lo establecido en el apartado anterior serán ilegales y los Ayuntamientos, o en su caso la Administración competente en materia de Protección del Patrimonio Histórico español podrán ordenar su recubrición o demolición con cargo al responsable de la infracción en los términos previstos en la legislación urbanística. Junto a la prohibición de licencia se prevé la suspensión de la ya otorgada, si se trata de licencia de parcelación, edificaciones o demolición en las zonas afectadas, si sobre el bien inmueble sobre el que se concedió, recayera expediente de declaración de bien de interés cultural.

— A similares licencias especiales aluden algunos textos autonómicos: Andalucía (Ley de 3 de julio de 1991 sobre el Patrimonio Histórico Andaluz); Canarias (Ley de 13 de mayo de 1987); Castilla-La Mancha (Ley de 30 de mayo de 1990); Murcia (Ley de 20 de diciembre de 1986); País Vasco (Ley del Patrimonio Histórico Artístico de 3 de julio de 1990).

381

3. Derecho del consumo

Aunque no es justo olvidar los esfuerzos de la Asociación de Consumidores de la República Federal Alemana, del informe Monloy, o de Sizzo Mansholt, comisario de Agricultura de la Comunidad Europea, lo cierto es que la frase “consumidores somos todos”, fue como un grito de guerra, lanzado por el presidente John F. Kennedy, el 15 de marzo de 1962: “Los consumidores, todos nosotros por definición, representan el grupo económico más importante y se hallan interesados en casi todas las decisiones económicas, públicas y privadas. Sus gastos representan las dos terceras partes de los gastos económicos totales. Sin embargo, constituye el único grupo que no está organizado realmente y cuya opinión casi nunca es tomada en cuenta”.

A partir de ese momento comenzó una carrera desenfrenada y desahogada que había de conducirnos a la actual proliferación legislativa (en España, además reiterativa, por mor de las Autonomías) y doctrinal (que lleva a algunos autores incluso a plantearse la tripartición del Derecho privado patrimonial en Derecho mercantil (de las empresas), Derecho civil y Derecho de los consumidores.

Poner orden en el mosaico o rompecabezas normativo es tarea difícil para el jurista práctico, dado que las posibilidades de actuación que se ofrecen al consumidor proceden, en ocasiones, de textos legales diferentes, de dudosa compatibilidad. Adelantamos que nuestra idea es hacer un estudio de síntesis, pero referido tan sólo a aquellos aspectos en que la intervención notarial sea importante en defensa del derecho constitucional reconocido a los consumidores.

3.1. Textos legales españoles.

3.1.1. *Textos anteriores a la Constitución de 1978.*

Prescindimos de precedentes históricos forales y municipales como el curioso que cita CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA referido a las Reales Ordenanzas de la Ciudad de Plasencia sobre el pescado, peso de la harina, ferias francas, desahucios arrendaticios, etc. Textos similares encontraríamos en los Fueros de Aragón, de Teruel, de Valencia y tantos otros.

Escribía EDUARDO POLO, en 1981, que “con la salvedad de las garantías tradicionales que los Códigos Civil y de Comercio rodean la celebración del contrato, en el Derecho español sólo a partir de los años sesenta... empieza a pensarse en sede legislativa en la necesidad de tutelar esa vieja y nueva sufrida clase de los consumidores. Ello ha determinado que las modernas orientaciones sobre la protección del consumidor sólo hayan cuajado en aquellas leyes y disposiciones recientes en materia de Derecho de la competencia y de la publicidad, que estemos aún dando los primeros pasos

con relación a la información, organización y representación de los consumidores, y que en materia de contratación —salvo alguna pequeña innovación aislada— nos encontremos todavía con el mismo ordenamiento jurídico que en la etapa codificadora”.

Es cierto que tanto el Código Civil como el de Comercio contienen una regulación en la que podía y puede ampararse el contratante débil (límites genéricos a la libertad contractual, las normas sobre la interpretación de los contratos, las garantías por vicios ocultos, la regulación de los supuestos de ineficacia originaria y sobrevenida, tales como nulidad, anulabilidad, rescisión, revocación y resolución, la posibilidad de revisión judicial de las cláusulas penales, la responsabilidad contractual y extracontractual, las normas sobre pérdida o deterioro de la cosa vendida, la posibilidad de suspender el pago del precio, etc., sin olvidar la Ley Azcárate de represión de la Usura de 23 de julio de 1908), es opinión unánime de la doctrina que tales cuerpos legislativos no fueron concebidos en un momento histórico de predominante contratación masificada por lo que resultan insuficientes para corregir los abusos a que la misma puede dar lugar (“el sistema jurídico del siglo XX estaba fraguado atendiendo a un modelo de sociedad propio del siglo XIX, fiel a los principios inspiradores del Liberalismo, que, obviamente no sirven para responder a las necesidades actuales”, REYES LÓPEZ). Indicamos a continuación algunas disposiciones que de forma directa, y antes del texto constitucional, trataban de proteger a los consumidores:

— La Ley de Prácticas restrictivas de la Competencia de 20 de julio de 1963, se inspiraba en el Tratado de Roma de 1957, y fue completada por el Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia (4 de marzo de 1965) y por el Reglamento del Servicio de Defensa de la Competencia (5 de febrero de 1970 y 23 de diciembre de 1972). En su exposición de motivos se aludía como razón de la misma a “la protección al interés de los consumidores”, pero según ALBERTO

BERCOVITZ su experiencia no fue muy positiva (porque el Tribunal careció de auténticas facultades sancionadoras; porque no existía una investigación de oficio de las restricciones a la competencia más perjudiciales para los consumidores y para la economía nacional, sin duda por falta de una organización administrativa adecuada; y porque bastaba una resolución de un gobernador civil o una Orden ministerial para considerar “excluida” una cláusula que en otro caso estaría prohibida).

— El Estatuto de la Publicidad de 11 de junio de 1964 tenía buenas intenciones y aludía al público que “tiene derecho a que toda actividad publicitaria se identifique fácilmente como tal actividad” y se refería a la publicidad “como servicio dirigido a los consumidores”. Pero tal finalidad tuitiva no tenía reflejo en el resto del articulado, ya que manifestaba un carácter corporativista tanto en los órganos como en los procedimientos establecidos.

384

— La Ley de 17 de julio de 1965 sobre Venta de Bienes Muebles a Plazos, fue desarrollada por la Orden del Ministerio de Justicia de 8 de julio de 1966, al organizar el Registro de contratos. Acogió el carácter imperativo de sus preceptos en el artículo 18 (“se tendrán por no puestos los pactos, cláusulas y condiciones de los contratos regulados en la presente ley que fueran contrarios a sus preceptos o se dirijan a eludir su cumplimiento. Los contratos deben constar por escrito en tantos ejemplares como partes intervinientes, en modelos aprobados por la Dirección General de los Registros y del Notariado. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ ha criticado la ley por considerar que muchas de las ventajas concedidas al comprador son ficticias por ineficaces, ya que no sólo regula operaciones de consumo, sino de adquisición de bienes de equipo, y que los artículos 5 y 6 son instrumentales y no garantizan por sí mismos que el contenido del contrato no sea abusivo, sino el conocimiento por el comprador de dicho contenido.

— El Decreto de 17 de noviembre de 1966 sobre Disciplina de Mercado, nació como desarrollo del Decreto-Ley de

21 de julio de 1959 sobre ordenación económica. En su preámbulo se configuraba como deber del Estado, además de alentar el libre juego de la competencia, “defender tanto los intereses del propio comerciante como los de los consumidores contra toda desviación que se produzca en la actividad económica”. El Decreto fue derogado en 1974 mediante otro Decreto que el TS declaró nulo en 1981, por lo que volvió a entrar en vigor hasta que el 22 de junio de 1983 fue sustituido por otro Real Decreto sobre Infracciones y Sanciones en materia del Consumidor y de la Producción Agroalimentaria.

—La Ley de 27 de julio de 1968 tenía como finalidad arbitrar un sistema de prevención de posibles abusos en los casos en que los compradores de viviendas entregaban al vendedor parte del precio con anterioridad al inicio o finalización de su construcción (contratos de seguro o avales bancarios). En la Ponencia que SAPENA TOMÁS, CERDÁ BAÑULS y GARRIDO DE PALMA presentaron en el XIII Congreso Internacional del Notariado Latino (Barcelona, 1975) hicieron un juicio crítico de la institución, por insuficiente.

385

3.1.2. *La Constitución española de 1978.*

El artículo 51 constitucionaliza el principio de protección de los consumidores, aunque hemos transcrito su contenido, insistimos ahora en él:

Artículo 51. “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y **los legítimos intereses económicos de los mismos.**

2. Los poderes públicos promoverán la **información y la educación de los consumidores** y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en **los términos que la Ley establezca.**

3. En el marco de lo dispuesto en los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.

Los dos primeros apartados se inspiran en el contenido de la Resolución del Consejo de la CEE de 14 de abril de 1975 que aprobó el Primer Programa comunitario sobre protección de consumidores (con la sola diferencia de no referirse a la indemnización de daños y perjuicios como derecho básico de éstos).

En opinión de BROSETA PONT, la filosofía política o concepción ideológica que late en este artículo es la siguiente:

— Se incardina en un sistema de economía social de mercado, caracterizada, entre otras notas, por la defensa del principio de libertad de competencia, por la protección de la libertad económica frente a los ataques y abusos de los propios empresarios (mediante leyes llamadas “antitrust” o de represión de prácticas restrictivas de la competencia) y porque trata de evitar la “anarquía económica provocada por el capitalismo tradicional o radical”.

386 — Debe buscarse un objetivo cardinal: encontrar el punto de equilibrio entre la tutela de la libertad de empresa y la tutela del consumidor (arts. 38 y 51 CE).

— Los consumidores y usuarios y con ellos las asociaciones constituidas para la defensa de sus intereses deben convertirse en una especie de “poder compensador” del que tienen las grandes empresas en la sociedad industrial. Debe aparecer un nuevo control social de los posibles excesos de la actividad empresarial.

El artículo 51 consagra un principio general de protección, vinculante para los poderes públicos, que se desglosa en otra serie de principios, de los que a nosotros, notarios nos interesan: la defensa de los legítimos intereses económicos y la información. Estamos ante una concreción del principio de igualdad (art. 1.1 y 14 CE). La situación de subordinación e indefensión de los consumidores y usuarios habilita y justifica la necesaria intervención de los poderes públicos, y en situación de justicia preventiva, la de los notarios (*vid.* además arts. 53 y 54 CE).

3.1.3. *Posteriores a la Constitución española.*

Se trata en este punto de una simple enumeración, incompleta, de aquellas leyes que han venido a desarrollar los preceptos constitucionales en tema de consumidores, y que de algún modo afectar al quehacer notarial (prescindiendo, por tanto, de aquellas que rozan el tema, pero “no nos rozan”), y que serán estudiadas con detalle en los epígrafes siguientes.

— En aras de lo dispuesto en el artículo 53.3 CE, el 19 de junio de 1984, se aprobó la Ley para la **Defensa de los Consumidores y Usuarios**, que fundamentalmente enumera derechos y establece garantías.

— El Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, se refiere a la protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas.

— La Orden de 5 de mayo de 1994 regula la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

— También aludiremos a dos **anteproyectos** de ley, que en su día tendrán enorme trascendencia respecto de los consumidores y respecto de la vigilancia que se encomienda a los notarios. Me refiero al Anteproyecto sobre condiciones generales de la contratación, y al Anteproyecto sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.

3.1.4. *Textos de las Comunidades Autónomas.*

Son muy numerosos, pero aquí sólo nos referimos a aquellas Comunidades Autónomas que hayan regulado de algún modo el Estatuto de los Consumidores (queda fuera de este apartado la proliferación legislativa autonómica referida a comercio ambulante, actividad comercial, disciplina de mercado, ordenación del comercio, sedentario o no, publicidad engañosa, bienes productos y servicios de primera necesidad,

superficies comerciales, ventas fuera de establecimiento comercial, etc.).

— **Andalucía:** Ley 5/1985, de 8 de julio, de Estatuto de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.

— **Cataluña:** Ley 3/1993, de 5 de marzo del Estatuto del Consumidor.

— **Galicia:** Ley 12/1984, de 28 de diciembre, del Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario.

— **País Vasco:** Ley 10/1981, de 18 de noviembre, de Estatuto del Consumidor para el País Vasco, modificada parcialmente por la Ley 5/1985, de 13 de junio, y por Decreto Legislativo 2/1986, de 9 de septiembre.

— **Comunidad Valenciana:** Ley 2/1987, de 9 de abril, de Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana.

388

3.2. Análisis de la Ley General de Consumidores y Usuarios (LCU) y de los Estatutos de Consumidores y Usuarios de las Comunidades Autónomas.

No nos corresponde hacer aquí un análisis completo de la Ley y de los Estatutos, sino tan sólo por cuanto respecta a la incidencia que tengan en la actuación notarial. Advertencia ésta de gran importancia, por cuanto consideramos ajenos al estudio presente muchos aspectos, que siendo trascendentales no nos afectan directamente (ej., estudio del derecho de representación, consulta y participación; responsabilidad por los daños y perjuicios causados a los consumidores, etc.).

Es importante, por el contrario, conocer previamente el ámbito territorial de aplicación, que puede esquematizarse así:

— La LCU será de aplicación territorial directa en todas aquellas Comunidades Autónomas que no tengan competencias en materia de consumo o que teniéndolas no hayan elaborado normas de consumo.

— La LCU será de aplicación territorial supletoria en todas aquellas Comunidades Autónomas que haya dictado normas

de consumo y en su normativa existan lagunas de Ley (arts. 1 y 2 C.c.) o remitan expresamente a la Ley general estatal.

3.2.1. Defensa del consumidor como principio general del Derecho.

Así se reconoce en el artículo 1.º de la LCU:

“En desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución, esta Ley tiene por objeto la defensa de los consumidores y usuarios, lo que de acuerdo con el artículo 52.3 de la misma tiene el carácter de principio general informador del ordenamiento jurídico. En todo caso la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 y 128 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el artículo 139.”

En parecido sentido se expresa el artículo 1.º de **Andalucía:**

“Constituye el objeto de esta Ley la defensa de los consumidores y usuarios en la Comunidad Autónoma de Andalucía en cumplimiento del mandato establecido en el artículo 51, 1 y 2, de la Constitución Española, y del ejercicio de la competencia exclusiva que el artículo 181.6.º del Estatuto de Autonomía de Andalucía confiere a la Junta de Andalucía.”

3.2.2. Concepto de consumidor.

La LCU se ocupa del concepto en los apartados 2 y 3 del artículo 1.º:

“2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los produzcan, facilitan, suministran o expiden.

3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.”

La LCU opta por una noción concreta de consumidor o usuario, noción que, aunque matizada, también adoptan los Estatutos del consumidor andaluz, catalán, gallego y valenciano:

— **Andalucía:** Art. 3. “1. A los efectos de esta Ley, son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten como destinatarios finales, productos, bienes o servicios, actividades o funciones independientemente del carácter individual o social, público o privado, de quienes los produzcan, suministren o los emanen.

2. No tendrán la consideración de consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, utilicen bienes o servicios con el fin de integrarlos en la organización o ejercicio de una actividad empresarial, profesional o de prestación de servicios, incluidos los públicos.

3. A los efectos de esta Ley son destinatarios finales: a) las personas físicas que adquieran, utilicen o disfruten bienes, productos o servicios cuya exclusiva finalidad sea el uso o disfrute personal, familiar o doméstico; b) las personas jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten bienes, productos o servicios destinados de forma desinteresada, gratuita o sin ánimo de lucro a sus trabajadores, socios o miembros o para ellas mismas; c) las entidades asociativas sin personalidad jurídica que adquieran, utilicen o disfruten bienes, productos o servicios sin ánimo de lucro”.

— **Cataluña:** Artículo 1.º “2. A los efectos de la presente Ley, se consideran consumidores a las personas físicas o jurídicas de cualquier nacionalidad o residencia que, como destinatarios finales, adquieren, utilizan o disfrutan, dentro del territorio de Cataluña, bienes o servicios para su consumo o uso particular, familiar o colectivo, siempre que el proveedor tenga carácter de empresario o profesional o sea la misma Administración pública”.

— **Galicia:** Artículo 2.º “Se entiende por consumidores y usuarios, a los efectos de esta Ley, todas las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten de bienes, muebles, inmuebles o semovientes, medios, productos o servicios y actividades, cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, individual o colectiva, de quien lo produce o interviene, directa o indirectamente, en su comercialización, siempre que su destino final sea para su uso personal, familiar o colectivo.

— **Comunidad Valenciana:** Artículo 3.º “1. A los efectos de lo dispuesto en esta Ley, es consumidor o usuario toda persona física o jurídica que adquiere, utiliza, o disfruta, como destinatario final, bienes, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la natu-

raleza jurídica de quienes los produzcan, vendan, presten o distribuyan.

2. No tendrán la consideración de consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que no se constituyan en destinatarios finales, sino que adquieran, almacenen, utilicen o disfruten bienes o servicios con el fin de integrarlos en la organización o ejercicio de una actividad empresarial, profesional o de prestación de servicios, incluidos los públicos”.

Frente a estos criterios de noción concreta, adopta la noción abstracta del consumidor el Estatuto del País Vasco:

Artículo 2.º “A estos efectos se entiende por consumidor y usuario a toda persona física o jurídica que adquiera, utilice o disfrute de bienes, medios o servicios, para su uso personal, familiar o colectivo y a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como tal consumidor”.

Como consecuencia de lo dicho, el concepto de consumidor puede tener dos vertientes (coincidentes o no), con diferente protección según la intervención de los distintos consumidores en el proceso de consumo:

— Será consumidor jurídico el que realice el acto o negocio jurídico de adquisición del bien, producto o servicio. Podrá ejercitar los derechos, garantías y acciones derivados de la adquisición relativos a las condiciones generales de los contratos, defectos o vicios derivados del contrato, etc.

— Será consumidor material aquel que realice la utilización, uso o disfrute o consumo del bien, producto o servicio. Podrá ejercitar los derechos, garantías y acciones derivados de la utilización, uso o disfrute, como sanidad, seguridad y responsabilidad por daños.

Para calificar al consumidor es indiferente quién haya adquirido el bien o servicio. Y en principio es indiferente que el transmitente sea un empresario profesional. Sin embargo, la LCU está tratando de proteger las relaciones entre un consumidor y un empresario de forma que se produzca una situación de desequilibrio. Por lo que cuando la relación su-

puestamente de consumo se establece entre un particular y otro particular, debe quedar fuera del ámbito de aplicación de la Ley por las siguientes razones:

— No existe la desigualdad a la que se refiere el artículo 51 CE.

— La protección se plantea dentro del mercado y en relación entre dos particulares, estamos fuera del mercado.

— Es cierto que los artículos 26 y 27 de la LCU no distinguen para determinar la responsabilidad si la relación se ha producido entre dos particulares, pero se están refiriendo a los fabricantes, productores, importadores, lo que supone sean profesionales.

— La LCU hace referencia a los fabricantes, productores, importadores o suministradores (arts. 11, 16, 26 y 27), empresas o entidades (arts. 10, 16 y 21).

392

El concepto de “consumidor final” ha sido severamente criticado por CARLOS SOLÍS, que llega a hablar de “la astucia de la definición restrictiva, trampa tendida por los grupos de poder dominante que ejercen sus influencias en la sombra”, al tiempo que recoge palabras de RODRIGO BERCOVITZ, “típico producto de un legislador bien intencionado y muy mal asesorado”. La definición restrictiva puede ser de alivio para el gran empresario que es probable se vea demandado por otro pequeño empresario o por un profesional, pero difícilmente por un consumidor. “No queremos desprestigiar la ley; todo lo contrario; sólo pretendemos razonar que la Ley necesita interpretación correctora extensiva”.

3.2.3. *Derechos básicos de los consumidores.*

El artículo 2 de la LCU dispone:

- “1. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:
 - a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.
 - b) **La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales.**

c) La indemnización o reparación por los daños y perjuicios sufridos.

d) **La información correcta sobre los diferentes productos o servicios** y la educación y divulgación, para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.

e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.

f) **La protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión.**

2. Los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

3. La renuncia previa de los derechos que esta ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios es nula.

Asimismo, son nulos los actos realizados en fraude de esta Ley, de conformidad con el artículo 6 del Código Civil.”

393

En esta redacción se desarrolla lo dispuesto en el artículo 51 CE. Y tiene como antecedente el Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores (Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975), que posteriormente volvieron a plasmarse en el Segundo Programa (Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981).

La doctrina (**Estruch Estruch**) destaca que tiene un carácter programático, aunque su virtualidad lo supera. Se desarrolla a lo largo del articulado de la Ley, que se estructura precisamente en base a este artículo. El capítulo II se dedica a la protección de la salud y seguridad; el III, a la protección de los intereses económicos y sociales; el IV, a la regulación del derecho a la información; el V, al derecho a la educación y formación en materia de consumo; el VI, a la del derecho de representación, consulta y participación; el VII, a la de las situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión; el VIII, a las garantías y responsabilidades (indemnización de daños y perjuicios causados); el IX, a las infrac-

ciones y sanciones en materia de consumo; y el X, a la distribución de competencias entre las distintas Administraciones.

De esta larga enumeración, al objeto que nos ocupa merecen destacarse:

— **El Derecho a la protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores**, es decir, de los derivados de su participación en el mercado, donde concurren con otros operadores económicos (empresarios, profesionales) con sus propios intereses que, en la práctica habitual, pueden prevalecer sobre los consumidores por el mayor poder económico que ostentan en el mercado estos operadores.

La protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores significa el intento de corrección de la desigualdad estructural que padecen los consumidores en el mercado, la revisión de aquellos desajustes que colocan al consumidor en una posición mucho más débil que la de los otros operadores económicos. En definitiva, se trata de garantizar al consumidor una situación de al menos, relativa igualdad con los otros intervinientes en el mercado, evitando los abusos que, de no establecerse estas medidas de corrección se producirían (arts. 7 a 12).

394

El otro derecho básico que roza directamente la función notarial es el contenido en la letra f), **la protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión**, que, aunque es criticado por la doctrina al entender que esa es la finalidad de toda de la ley, lo cierto es que está ahí y cuanto menos nos facilita una interpretación auténtica de lo que el legislador pretende lograr con la Ley. En este sentido, el artículo 23 señala que los poderes públicos adoptarán y promoverán las medidas adecuadas para suplir o equilibrar las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que pueda encontrarse, individual o colectivamente, el consumidor o usuario. Y dejo constancia de que este último derecho no figura en el artículo 51 CE, ni en los textos comunitarios.

El notario en defensa del principio de legalidad deberá estar atento a los supuestos que lleguen a encuadrarse en la nulidad (nulidad absoluta, no anulabilidad) dentro del apartado 3 del artículo 2 que comentamos (“renuncia previa” a los derechos básicos; actos realizados en fraude de ley).

Los textos de las comunidades autónomas, en ocasiones más reducidos y concretos, siguen casi la misma pauta que la ley estatal, aunque en algún caso la mejoran (actuaciones de protección prioritaria).

— **Andalucía:** Artículo 4.º “Son derechos de los consumidores y usuarios, en el ámbito de aplicación de esta Ley:

1.º La efectiva protección frente a las actuaciones que por acción u omisión ocasionen riesgos o daños que puedan afectar a la salud o a la seguridad de los consumidores y usuarios.

2.º **La protección, reconocimiento y realización de sus legítimos intereses económicos y sociales.**

3.º La indemnización y reparación efectiva de daños y perjuicios producidos en los bienes, derechos o intereses que esta ley tutela, de conformidad con la legislación vigente.

4.º La constitución de organizaciones y asociaciones de consumidores y usuarios a través de las cuales ejercerán:

a) La participación en las actividades de las instituciones públicas andaluzas que directamente les afecten.

b) La audiencia en consulta, para la elaboración de las disposiciones de carácter general que puedan interesarles o afectarles, y en los términos legalmente establecidos.

c) La representación de los derechos e intereses reconocidos y protegidos en esta ley.

5.º **La información veraz, suficiente, comprensible, objetiva y racional sobre las operaciones y sobre los bienes,** productos y servicios susceptibles de uso y consumo, objeto de éstos, de acuerdo con la normativa vigente.

6.º La educación y formación en relación con todas las materias que puedan afectarles como consumidores y usuarios.

7.º **La especial protección en aquellas situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que puedan encontrarse individual o colectivamente.**

— **Cataluña:** Artículo 2.º “Derechos protegidos. Los derechos e intereses de los consumidores protegidos por la presente Ley son los siguientes:

a) La protección de la salud y la seguridad.

b) **La protección de los intereses económicos.**

- c) La información y la educación en materia de consumo.
- d) La representación, la consulta y la participación.
- e) **La protección jurídica y la reparación de daños.**
- f) **La defensa del medio ambiente y la calidad de vida.**

— **Galicia:** Artículo 3.º “Son derechos de los consumidores y usuarios:

a) El derecho a la **protección de la salud y seguridad y del medio ambiente adecuado.**

b) **El derecho a la protección de sus intereses económicos y sociales.**

c) El derecho a la información y a la educación en materia de uso y consumo.

d) El derecho a crear sus propias organizaciones en orden a la representación y defensa de sus intereses, y a que éstas sean consultadas en materias que les afecten.

e) **El derecho a la protección jurídica, administrativa y técnica y a la reparación de daños y perjuicios”.**

— **País Vasco:** Artículo 3.º “Son derechos del consumidor y usuario:

a) El derecho a la protección de la salud y su seguridad.

b) **El derecho a la protección de sus intereses económicos.**

c) El derecho a la información y educación.

d) El derecho a crear sus propias organizaciones y a que éstas sean oídas en los temas que les afecten, de acuerdo con las normas que se establezcan al respecto.

e) **El derecho a la protección jurídica y a la reparación de daños”.**

— **Comunidad Valenciana:** Artículo 4.º “A los efectos de esta ley se reconocen como derechos básicos de los consumidores y usuarios, los siguientes:

a) La protección contra los riesgos que puedan afectar a su salud y seguridad.

b) **El derecho a la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales.**

c) La información correcta y suficiente sobre los productos y servicios y la educación y formación en los derechos y conocimientos necesarios para el correcto uso y consumo de unos y otros.

d) La audiencia en consulta, la participación en la elaboración de las disposiciones generales que les afecten directamente y la representación de sus intereses, todo ello a través de las Asociaciones de Consumidores y de sus Agrupaciones o Federaciones.

e) **La protección jurídica, administrativa y técnica por parte de los poderes públicos, que permitan elegir libremente y corregir las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión.**

f) El derecho a la reparación e indemnización de los daños y perjuicios sufridos”.

3.2.4. *Condiciones generales de la contratación.*

El sistema de los derechos codificados articula el contrato sobre el principio fundamental de la libertad, de conformidad con los presupuestos ideológicos y socioeconómicos del sistema de economía liberal, en armonía con el postulado de igualdad económica y jurídica de los contratantes, que, por ello, se sitúan en un mismo plano concurriendo en uso de su plena libertad (SAVATIER, DíEZ-PICAZO, LACRUZ, OSSORIO MORALES...), lo que cristaliza en unas reglas decisivas y rectoras del instituto contractual, positivizadas en los artículos 1.091, 1.254, 1.255, 1.256 y 1.257 del Código Civil, por lo que según HERNÁNDEZ GIL el contrato aparece gobernado por los principios de auto-decisión o libertad para la celebración del contrato (arts. 1.254, 1.263, 1.265 y 1.278 del Código Civil), auto-regulación o libertad para la determinación del contenido (art. 1.255 del Código Civil) y auto-regulación o fuerza vinculante del contrato asumida libremente (arts. 1.091, 1.256 y 1.257 del Código Civil) (PUERTES MARTÍ).

397

Pero estas máximas se alteran como consecuencia del fenómeno de la gran empresa, la ampliación del número de clientes y usuarios y en definitiva del denominado tráfico en masa (HECK), de tal modo que se diluye la auto-decisión o libertad para celebrar el contrato, provocando una profunda quiebra en las teóricas condiciones de igualdad y libertad entre las partes contratantes, así como los mecanismos clásicos de formación del contrato, imponiéndose por el contrario el fenómeno de los llamados contratos de adhesión, condiciones generales de los contratos o de las condiciones generales de la contratación, que domina la esfera de los servicios públicos y de los contratos civiles y mercantiles.

El jurista ante este cúmulo de circunstancias se encuentra ante un dilema que consiste en armonizar y neutralizar la tensión derivada de fuerzas opuestas, ya que los factores económicos imponen (y hasta hacen indispensable) las condiciones generales de la contratación, pero al mismo tiempo

facilitan la posibilidad del abuso (exoneraciones de responsabilidad, plazos de reclamación breves, desistimiento unilateral del empresario) por parte del económicamente fuerte que las establece en detrimento de la parte más débil (consumidor), que las sufre. Se piensa en posibles controles, bien sean administrativos, bien judiciales (sobre la base de los principios tradicionales de buena fe, interpretación contra *stipulatorem*, reciprocidad, justo equilibrio de las prestaciones). Estas dificultades no pasaron desapercibidas para la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de abril de 1985: "Los consumidores deben gozar de protección contra abusos contractuales, como el uso de contratos uniformes que favorezcan a una de las partes, la no inclusión de derechos fundamentales en los contratos y la imposición de condiciones excesivamente estrictas para la concesión de créditos por parte de los vendedores".

398

La LCU define las cláusulas generales en el artículo 10.2, como "el conjunto de las **redactadas previa y unilateralmente** por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren y **cuya aplicación no pueda evitar el consumidor o usuario**, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate".

Lo esencial pues, dos elementos: la prerredacción previa y unilateral; y que el adherente no pueda evitar su aplicación si quiere obtener el bien o servicio. Sugiere VICENT CHULIÀ, en cuanto al segundo, una interpretación adecuada que evite el estrechamiento de su ámbito, reduciéndolo sólo a las condiciones generales que usan las empresas con posición de dominio en el mercado, y no cuando el consumidor pueda acudir a la competencia.

Hay que reconocer que la LCU es la única norma con rango de ley de nuestro ordenamiento que contiene una definición de las condiciones generales de la contratación; antes el artículo 3 de la Ley de 8 de octubre de 1980 sobre el Contrato de Seguro, tan sólo había exigido determinados requisitos en su redacción, vigilancia y aplicación.

Antes de la definición, en el apartado 1 del citado artículo 10 la LCU establece los requisitos que deberán cumplir “las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios”, y que son los siguientes:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato y a los que en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Entrega, salvo renuncia del interesado, de recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o, en su caso, de presupuesto, debidamente explicado.

c) Buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones.

El requisito de la letra a) pretende dar cumplimiento al principio de libertad contractual, de libre formación del contrato. La garantía de este requisito, cuando hay intervención notarial, aparece con carácter general en el artículo 148 del Reglamento Notarial, aludido en su momento, y que hasta es más riguroso: estilo claro, puro, preciso, sin frase ni término alguno oscuro, ni ambiguo, y observando de acuerdo con las leyes, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma. Además, según el artículo 176 del RN. al redactar los pactos, tendrá cuidado el notario, de reflejarlos con la debida claridad y separación.

La lectura, el consentimiento específicamente notarial en el acto del otorgamiento, la recepción del consentimiento por el notario y la autorización final han de recaer sobre todo el texto contractual, y esto impone especiales y rigurosas exigencias en materia de otorgamientos *per relationem*. En tales otorgamientos el documento remitente y el remitido deben ser objeto de la actuación asesora e informadora, de lectura, de consentimiento, firma por los otorgantes y, en fin, de autorización. De este modo el texto contractual sólo en apariencia quedará repartido en dualidad de documentos, al ha-

ber asumido el otorgante con su consentimiento todo el documento remitido. Pero el simple consentimiento o manifestación de conocimiento en el documento remitente, aunque conste en escritura pública, no convierte a la fuente externa en parte integrante de la escritura remitente, y recaería sobre la parte predisponente la prueba de la aceptación y conocimiento por la otra parte.

Si las condiciones generales son simplemente objeto de firma por la parte adherente y se incorpora un ejemplar a la escritura, tendremos una parte negocial en escritura pública y otra en documento privado, pues respecto de esta parte, simplemente firmada e incorporada, no se han cumplido todos los requisitos del otorgamiento notarial y se produce una conversión formal por aplicación del artículo 1.223 del Código civil. De aquí el cuidado con que debe procederse en esta clase de otorgamientos.

400

La legislación notarial asegura con mayor intensidad el conocimiento y aceptación por el adherente de las condiciones generales predispuestas, pues toma en cuenta no sólo el momento de la conclusión del contrato, como hace la LCU, sino, en general, el de su formalización, que puede coincidir o no con el de la perfección, pues son muchos los supuestos posibles si se relacionan estos dos momentos: el del nacimiento del contrato y de la intervención notarial.

La “concreción, claridad y sencillez” imponen la transparencia en la que insiste el artículo 5 de la Directiva 93/13 del Consejo de la CEE y supone unas exigencias de concreción (impedir cláusulas de carácter vago o poco preciso que permitan una interpretación discrecional), de legibilidad y comprensibilidad (que puedan ser entendidas por el adherente medio y que no estén recogidas sin orden o clasificación o que permitan muchos sentidos). Su finalidad es que los consumidores y usuarios puedan comprenderlas por sí mismos y fácilmente, lo que resulta plausible pues se trata de preservar el principio de libertad sobre la base de una consciente adhesión a las condiciones generales, que exige y se favorece con tales requisitos.

La letra b) regula un requisito “insólito” (CARLOS SOLÍS), por cuanto no era preciso decirlo ya que se trata de una exigencia evidente de la buena fe (art. 1.258 C.c.), y además porque los modos indicados son varios y susceptibles de hermenéuticas diferentes (recibo, justificante o factura; copia, es decir, reproducción del documento en que se ha plasmado el contrato; presupuesto debidamente explicado. En realidad más que un requisito propio de las condiciones generales, se trata de establecer instrumentos que servirán como medio de prueba de la operación celebrada o simplemente proyectada).

El apartado c) se refiere a dos requisitos “materiales”: la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones. Tales exigencias no son una verdadera innovación puesto que la buena fe (arts. 7, 1.107, 1.258, 1.705, etc., del C.c.; art. 57 del C.Co.) y el equilibrio de las prestaciones (arts. 1.256, 1.449, 1.289 del C.c.; cláusula *rebus sic stantibus*, resolución de las obligaciones por excesiva onerosidad sobrevenida y desaparición de la base del negocio por ruptura del equilibrio de las prestaciones, etc.) son principios de nuestro orden público económico (DÍEZ-PICAZO).

La buena fe debe entenderse en sentido objetivo, es decir, como criterio de valoración o adecuación objetiva para juzgar si una conducta alcanza el nivel exigible de conformidad con las reglas objetivas de la honradez y lealtad en el comercio y en el tráfico jurídico. El equilibrio de las prestaciones es una traducción singular de la conmutatividad del tráfico, que impone que en el cambio de bienes y servicios se guarde el mayor equilibrio posible, y que en sede de consumidores y usuarios supone que no se produzca, por virtud de la posición superior del predisponente, una posición jurídica descompensada según las exigencias de la equidad. Además en realidad la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones pueden constituir una sola exigencia pues se hallan íntimamente unidas y resultan difícilmente separables en la práctica, si el justo equilibrio de las prestaciones implica la

existencia de buena fe, y ésta mal puede existir si no hay un equilibrio contractual justo.

El referido apartado c), va más lejos todavía. No se limita a exigir el requisito que hemos comentado, sino que ejemplifica diciendo que “entre otras cosas excluye”, y sigue una larga enumeración de **doce categorías**, que la doctrina critica (cláusulas específicas y concretas; redundancias; expresiones inadecuadas; falta de uniformidad, calificación o identificación; incluso dificultad de clasificación en genéricas y nominadas; carácter abierto del listado). Lo cierto es que las doce categorías **están absolutamente prohibidas** sin que exista posibilidad de admisión o autorización por un juez. Veamos la larga lista:

402

1.º La omisión, en casos de pago diferido en contratos de compra-venta de la cantidad aplazada, tipo de interés anual sobre saldos pendientes de amortización y las cláusulas que, de cualquier forma, faculden al vendedor a incrementar el precio aplazado del bien durante la vigencia del contrato.

2.º Las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, excepto, en su caso, las reconocidas al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio o por muestrario.

3.º Las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios.

4.º Condiciones abusivas de crédito.

5.º Los incrementos de precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad y separación.

6.º Las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario y las relativas a utilidad o finalidad esencial del producto o servicio.

7.º La repercusión sobre el consumidor o usuario de fallos, defectos o errores administrativos, bancarios o de domiciliación de pagos, que no le sean directamente imputables, así como el coste de los servicios que en su día y por un tiempo determinado se ofrecieron gratuitamente.

8.º La inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.

9.º La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.

10. La imposición de renunciaciones a los derechos del consumidor y usuarios reconocido en esta Ley.

11. En la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación, que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

12. La obligada adquisición de bienes o mercancías complementarias o accesorios no solicitados.

La intervención notarial, como hemos visto, asegura la efectiva contractualidad de las condiciones generales y del contrato de adhesión; si bien el notario, por su propia situación, desprovista de todo tipo de poder coactivo o jurisdiccional, no puede imponer a las partes sus propias convicciones sobre lo justo y lo equitativo; puede tratar de influir en la parte predisponente para que modere el contenido de algunas cláusulas, proponiendo otras claras y sólidas, pero también equitativas. Pero en último caso si el predisponente rechaza nuestras sugerencias, sólo podremos cooperar en esta tarea de profilaxis jurídica mediante el juicio de legalidad. Esta es la razón por la que en el **Simposio Notarial 83** se pidiera una ley que tipificase las cláusulas más frecuentes de carácter abusivo, sin parecer suficiente la tipificación administrativa o judicial. Luego veremos cómo este anhelo lleva

visos de conseguirse (Anteproyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación).

No acaba aquí el contenido del artículo 10 LCU que nos ocupa. Contiene otros tres puntos que son importantes:

— **Sanción.** El apartado 4 diferencia dos hipótesis íntimamente relacionadas:

• Según el párrafo primero, “serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos”. Hay que entender la nulidad en cuanto a las cláusulas abusivas; mientras que se entenderán como no puestas las que resulten ininteligibles u oscuras, aquellas cuya eficacia no se pueda salvar mediante una interpretación, provista de sentido, favorable al adherente.

• Según el párrafo segundo, “no obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo”. En tal caso deberá entenderse el contrato nulo o inválido sin perjuicio de otras consecuencias como la indemnización de daños y perjuicios al adherente, por *culpa in contrahendo*.

404

— **Interpretación.** El párrafo segundo del apartado 2, establece que “las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado, prevaleciendo las cláusulas particulares sobre las condiciones generales, siempre que aquéllas sean más beneficiosas que éstas”. Se trata de una interpretación *contra stipulatorem* o *contra proferentem*. Esta regla debe aplicarse en casos de control concreto o control judicial necesario. Y hay que considerar de aplicación supletoria los artículos 1.281 a 1.289 del C.c.

— **Arbitraje.** El párrafo segundo del requisito 12, apartado c), sobre la buena fe y justoequilibrio de las contraprestaciones, establece que “los convenios arbitrales establecidos en la contratación a que se refiere este artículo serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos. La negativa del

consumidor o usuario a someterse a un convenio arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de esta Ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal”.

Hagamos una última referencia al tema de las Condiciones Generales de la Contratación en las Comunidades Autónomas:

— **Andalucía:** Artículo 11. “Para la justa protección y adecuada satisfacción de los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, los órganos competentes de la Junta de Andalucía adoptarán las medidas precisas para: ...

2. Tutelar a los consumidores y usuarios en el ejercicio de su libertad de acceso al mercado, así como en la libre aceptación de las ofertas y promesas al público de bienes o servicios en condiciones de igualdad de trato, especialmente en caso de monopolio o de posición de dominio en el mercado.

3. Garantizar el justo equilibrio de las prestaciones en las relaciones económicas de los consumidores y usuarios con la Administración Pública andaluza o con Entidades o Empresas, públicas o privadas, gestoras de servicios públicos dependientes de la Comunidad Autónoma de Andalucía...

— **Cataluña:** Artículo 6.º “Protección contra los abusos contractuales. El Gobierno velará por la aplicación de la legislación vigente con la finalidad de que los consumidores estén protegidos contra la práctica abusiva de la contratación, especialmente en relación a:

- a) Los contratos-tipo establecidos de forma unilateral.
- b) Las prácticas que conllevan la exclusión en los contratos de los derechos irrenunciables.
- c) La demanda de pago de mercancías o los servicios no solicitados.
- d) Las condiciones abusivas en las operaciones de crédito y otros servicios de carácter financiero.
- e) Los métodos de venta que limiten la libertad de elección.
- f) Las cláusulas contractuales que resulten lesivas o abusivas para el consumidor.
- g) Las prácticas comerciales que conlleven gastos no autorizados previa y expresamente por el consumidor”.

— **Galicia:** Artículo 18. “Conforme a la normativa general vigente en la materia, los consumidores y usuarios serán protegidos frente a las eventuales cláusulas abusivas contenidas en los contratos tipo o de adhesión establecidos de una forma unilateral por quien ofrece en el mercado bienes o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones Públicas y Entidades y Empresas de ellas depen-

dientes" (el párrafo segundo de este artículo fue declarado nulo por sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1991).

— **País Vasco:** Artículo 11. "Los compradores de bienes o los usuarios de servicios estarán protegidos contra las prácticas abusivas de venta, y en particular respecto de:

- a) Los contratos tipo establecidos de modo unilateral.
- b) Las que se refieran a la exclusión en los contratos de derechos irrenunciables.
- c) Las condiciones abusivas de crédito.
- d) La demanda de pago de mercancías no solicitadas.
- e) Los métodos de venta que limiten la libertad de elección.
- f) Las cláusulas contractuales que resulten lesivas o simplemente abusivas para el consumidor.

Con este fin, el Gobierno Vasco orientará su actividad a la efectiva aplicación de la normativa vigente y a la consecución de aquella que evite y sancione prácticas como las referidas".

— **Comunidad Valenciana:** Artículo 9.º "La Generalidad velará por la adecuada protección de los intereses de los consumidores y usuarios, desarrollando una política social y económica en cuya ejecución se elaborarán las normas y se realizarán las actuaciones necesarias para la protección de los consumidores, y en especial para: ... 2. Propiciar con la colaboración de las Cámaras de Comercio, las Asociaciones de Consumidores y las de Empresarios, la generalizada utilización en el tráfico de condiciones generales de contratación ajustadas a la legalidad vigente, suprimiendo toda cláusula que atente a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones"...

Artículo 28. "Corresponde a la Consejería de Sanidad y Consumo, en aplicación de la presente Ley: ... c) Propiciar en la concertación entre las Asociaciones e Instituciones representativas de los empresarios y profesionales y las Asociaciones de Consumidores y Usuarios en orden a establecer contratos-tipo para determinados sectores de la contratación".

3.2.5. Modificaciones a introducir en la LCU según el Anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (hoy Ley 7/1998 de 13 de abril).

Nos ocuparemos en su lugar oportuno del **Anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación**. Ahora en tema de LCU nos interesa destacar las modificaciones que para ella, si llega a buen puerto, va a significar que el Anteproyecto se convierta en Ley, dado que en su Disposi-

ción Adicional Primera se prevé precisamente la “Modificación de la Ley 26/1984 de 19 de Julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”. Tales modificaciones son las siguientes:

Uno.— La letra b) del apartado 1 del artículo 2 queda redactada de la forma siguiente:

“La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos a que hace referencia el artículo 10 bis de la presente ley”.

Dos.— El artículo 10 queda redactado en los siguientes términos:

“Artículo 10.1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones Públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Entrega, salvo renuncia expresa del interesado, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, presupuesto debidamente explicado.

c) Buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas en los términos y con el alcance que prescribe el siguiente artículo 10 bis.

2. Si las cláusulas tienen el carácter de generales, conforme a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, quedarán también sometidas a las prescripciones de ésta.

3. Los convenios arbitrales establecidos en la contratación a que se refiere este artículo serán eficaces si, además de

reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos. La negativa del consumidor o usuario a someterse a un sistema arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de esta Ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal.

4. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos en régimen de monopolio, estarán sometidas a la aprobación y control de las Administraciones Públicas competentes, con independencia de la consulta prevista en el artículo 22 de esta Ley. Todo ello sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales de esta Ley.

Los poderes públicos velarán por la exactitud en el peso y medida de los bienes y productos, la transparencia de los precios y las condiciones de los servicios post-venta de los bienes duraderos.

408

5. **Los notarios** advertirán a los consumidores del posible carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos o negocios jurídicos que autoricen, así como de su posible ineficacia o nulidad.

Los registradores de la Propiedad y mercantiles calificarán, bajo su responsabilidad, el carácter abusivo de las cláusulas que afecten a la eficacia real de los derechos inscribibles, denegando su inscripción, sin perjuicio de los recursos judicial o gubernativo que pudieran imponerse.

Los notarios y los registradores de la Propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, **informarán a los consumidores** en los asuntos propios de su especialidad y competencia”.

Tres.—Se añade un nuevo artículo 10 bis con la siguiente redacción:

“Artículo 10 bis. 1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante e injustificado de los derechos y obli-

gaciones de las partes que se derivan del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de la presente Ley.

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

Tal apreciación no se referirá a la materia objeto del contrato ni a su adecuación con el precio pactado, siempre que las cláusulas que lo definan se redacten de manera clara y comprensible.

2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo.

El contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. El juez que declare la nulidad de dichas cláusulas podrá proveer su sustitución por otras válidas y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declararse la ineficacia del contrato.

Cualquiera que sea la Ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables siempre que el contrato mantenga estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea”...

Cuatro.— Se añade una disposición adicional primera, con la siguiente redacción:

“Disposición adicional primera. Cláusulas abusivas.

A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas las cláusulas o estipulaciones siguientes:

1.^a Las cláusulas que reserven al empresario o profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida, así como las que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo.

2.^a La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario o profesional.

410 En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por el de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultasen insatisfactorias.

3.^a La exclusión o limitación de responsabilidad del empresario o profesional por dolo o culpa grave en su cumplimiento, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquéllos, o la liberación de responsabilidad por cesión del contrato o deuda a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste, así como las limitaciones de responsabilidad contrarias a la utilidad o finalidad del bien o servicio.

4.^a La privación al consumidor de las facultades de compensación de créditos, así como de la retención o consignación.

5.^a La reserva a favor del empresario o profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato.

6.^a La vinculación incondicionada del consumidor al contrato o la imposición de prórrogas tácitas prolongadas, así como la exigencia de preavisos desproporcionados o la imposición al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta.

7.^a La limitación o exclusión de forma inadecuada de la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional o empresario.

8.^a La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido, o de indemnización desproporcionada por incumplimiento, resolución o desistimiento.

9.^a La supeditación a una condición cuya realización dependa de la voluntad del empresario o profesional para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso firme.

10. La imposición de obligaciones al consumidor para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario o profesional no hubiere cumplido los compromisos estipulados.

11. La retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar la indemnización por renuncia del empresario o profesional.

12. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos insuficientes o ficticios.

13. La transmisión al consumidor de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión, que no le sean directamente imputables.

14. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario o profesional.

15. La autorización al empresario o profesional para rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la posibilidad de que aquél se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien rescinda el contrato.

16. La imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.

17. La imposición de renunciias a la entrega de documento acreditativo de la operación.

18. La consignación de fechas de entrega meramente indicativas o condicionadas a la voluntad del empresario o profesional.

412 19. La exclusión o limitación de la obligación del empresario o profesional de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes.

20. Los incrementos por precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.

21. La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.

22. La inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

23. La sumisión a arbitrajes distintos de los previstos legalmente.

24. La previsión de pactos de sumisión expresa a juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar de cumplimiento de la obligación o aquel en que se encuentre el bien si fuese inmueble, así como los

de renuncia o transacción respecto al derecho exclusivo del consumidor a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato.

25. La estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio, o la facultad del empresario o profesional para aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas o sin reconocer al consumidor el derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado.

26. La concesión al empresario o profesional del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.

27. La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el empresario o profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

413

28. La imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor reconocidos en la presente Ley.

29. Aquellas otras cláusulas o condiciones contrarias a la buena fe, a las normas aplicables al contrato o que modifiquen en perjuicio del consumidor, los derechos u obligaciones inherentes a su naturaleza”.

Cinco.—Se añade una disposición adicional segunda con la siguiente redacción:

“Disposición adicional segunda. Cláusula de aplicación preferente.

Lo dispuesto en la presente Ley será de aplicación en defecto de normativa sectorial específica que, en cualquier caso, respetará el nivel de protección del consumidor previsto en la misma.”

No es ahora el momento de comentar esta posible modificación de la LCU, quizá sí de destacar su incidencia en el quehacer notarial:

— Que se reconoce el deber que tiene el notario de **informar** a los consumidores (“informarán”, es imperativo deber).

— Que también se reconoce al notario el deber de **advertir** (“advertirán”) del posible carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato, así como de su posible eficacia o nulidad, a diferencia de la misión encomendada a los registradores de la Propiedad y mercantiles que “calificarán” y podrán denegar su inscripción, sin perjuicio de los recursos pertinentes.

— Que se reconoce como abusivo el pacto de renuncia o transacción respecto al derecho exclusivo del consumidor a la elección de notario competente según la Ley para autorizar el documento público en que haya de formalizarse el contrato (supuesto que planteará, sin duda, graves problemas, a tenor de las actuales “costumbres”, que como todo en la vida jurídica tienen sus razones a favor y sus razones en contra. Mi opinión personal es que existe hoy más flexibilización que la que muchos piensan y algunos ambicionan, no sé si por defenderse ellos mismos o por defender a los consumidores para quienes en su inmensa mayoría todos los notarios son iguales, es decir, “buenos”, y van a brindar una información y asistencia idénticas).

414

3.3. Compraventa y arrendamiento de viviendas.

La LCU, como hemos visto y reconoce el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, consagra como un derecho básico de los consumidores y usuarios “la información correcta sobre los diferentes productos y servicios” y la educación o divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute (art. 2.1.d), señalando expresamente que éste, junto con los demás derechos de los consumidores y usuarios, serán protegidos prioritariamente

cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso común, ordinario y generalizado (art. 2.2).

El Real Decreto que ahora comentaremos reconoce en su preámbulo que “la vivienda constituye en la actualidad uno de estos productos de uso ordinario y generalizado. Su utilización mediante compra o en arrendamiento, constituye una actividad no sólo cotidiana, sino de gran trascendencia en la vida del consumidor. La propia Ley 26/1984 parece entenderlo, como se desprende del hecho significativo de la mención expresa a la vivienda en tres de sus artículos que son: los artículos 5.2.j), 10.1.c) y 13.2, en los que se tratan aspectos como los materiales de construcción, gastos que pueden repercutir en el comprador y documentación a entregar en la adquisición de una vivienda”.

El Real Decreto surge así ante la necesidad de regular de forma sistemática un aspecto de especial trascendencia para el consumidor o usuario, como es la información que ha de serle suministrada en la adquisición o arrendamiento de una vivienda. Consta el Real Decreto de once artículos, dos disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria y una final. Vamos a examinar su incidencia directa o indirecta en el quehacer notarial.

— El artículo 4 exige a quienes realicen estas actividades, tener a disposición del público, entre otras cosas: el plano general del emplazamiento de la vivienda misma, así como la descripción y trazado de agua, gas y calefacción y garantías de las mismas y de las medidas de seguridad contra incendios con que cuente el inmueble; descripción de la vivienda con expresión de su superficie útil y descripción general del edificio en el que se encuentra, de las zonas comunes y de los servicios accesorios; referencia a los materiales empleados en la construcción de la vivienda, incluidos los aislamientos térmicos y acústicos, y del edificio y zonas comunes y servicios accesorios; instrucciones sobre el uso y conservación de las instalaciones que exijan algún tipo de actuación o conocimiento especial y sobre evacuación del inmueble en caso de emergencia.

Entendemos que el notario debe denegar la autorización de aquellas estipulaciones que supongan directa o indirectamente una renuncia por parte del consumidor adquirente a las acciones que le correspondan; en especial, de aquellas cláusulas impuestas por el constructor o promotor, por las que el consumidor manifiesta conocer los materiales empleados en la construcción y la terminación de la obra, mostrando su conformidad con la situación física del inmueble, ya que estas cláusulas o son totalmente inútiles o implican una renuncia tácita a las acciones por vicios o defectos de la construcción: en cualquiera de los casos no tienen eficacia jurídica alguna y deben ser rechazadas.

416

Pudiera ser que fuera cierta tal manifestación, pero en tal caso habría que explicarla más en la escritura, es decir, hacer una referencia expresa al artículo 4, reconociendo que se ha hecho la pertinente exposición al público y que el consumidor ha tenido ocasión de recibir las explicaciones y de hacer las comprobaciones que se indican (porque es evidente que si no lo ha hecho, mostrará reticencias a suscribir una cláusula en la que está renunciando a posibles acciones).

— Cuando se promuevan viviendas para su venta se tendrá a disposición del público, además, y entre otras cosas: los estatutos y normas de funcionamiento de la comunidad de propietarios, en su caso; la forma en que está previsto documentar el contrato con sus condiciones generales y especiales, haciendo constar de forma especialmente legible: que el consumidor no soportará gastos de titulación que correspondan legalmente al vendedor, que el derecho de elección de notario corresponde al consumidor; el precio total de la venta y forma de pago (aplazamientos, medios y garantías); supuestos de subrogación en los posibles créditos hipotecarios. Y a la firma del contrato (art. 9.º) todo adquirente tiene “derecho a recibir a costa del vendedor copia de los documentos a que se refieren los artículos anteriores”. Analicemos estos requisitos:

- En cuanto a los Estatutos de la Propiedad Horizontal, no hay que olvidar que el artículo 5.3 de la vigente Ley de Propiedad Horizontal establece que los estatutos no perjudicarán a tercero si no han sido objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad; por tanto, aun cuando en la escritura de compraventa de la vivienda se guardara silencio respecto de la existencia y contenido de tales estatutos, si están inscritos, el adquirente queda obligado al cumplimiento de sus disposiciones.

La actuación notarial exige (regla general, arts. 147 y 149 RN) una redacción clara y precisa, y además cumpliendo lo dispuesto en el artículo 10.1.a) de la LCU “sin reenvío a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. El notario tiene varias opciones: transcribir los estatutos en la escritura; incorporar a la matriz un testimonio de los mismos; acompañar a la copia dicho testimonio; o que el consumidor reconozca de modo expreso que el promotor ha cumplido la obligación que le impone el artículo 9.º del Decreto que comentamos, es decir, que antes del otorgamiento de la escritura ha entregado, y el consumidor recibido, el texto de los referidos Estatutos de Propiedad Horizontal.

- En tema de gastos la actuación del notario debe ser exquisita, y siempre quedará en el aire, si la LCU y este mismo Decreto han derogado lo dispuesto en el CC, ya que es muy frecuente que “todos los gastos del otorgamiento de la compraventa” (no me refiero a los anteriores, de obra nueva, propiedad horizontal, créditos hipotecarios a la construcción), sean de cuenta del comprador consumidor tomando como base la regla del Código Civil, que manda estar en primer lugar a lo pactado (el pacto también es ley), y en defecto de pacto rige la ley. Cuando aquí se dice que el consumidor “no soportará los gastos derivados de la titulación que correspondan legalmente al vendedor” ¿se está refiriendo a los anteriores?, ¿se refiere a los de la compraventa?, ¿está queriendo decir que no cabe pacto alguno y que por

tanto el C.c. está derogado? No faltan promotores-construtores, que al tiempo de calcular el precio de venta incluyen el “pico” de los gastos ley, para no tener problemas al tiempo del otorgamiento, aunque lo bien cierto es que si en el documento privado previo se hace constar que todos los gastos son a cargo del comprador, prácticamente nadie protesta. El problema es hasta qué punto el notario se puede absten-
ner de intervenir leyendo el texto del Decreto.

418

• También se refiere el artículo 5.º del Decreto a que se haga constar el derecho a elección de notario, que corresponde al consumidor (sin que éste pueda imponer notario que, por su competencia territorial carezca de conexión razonable con alguno de los elementos personales o reales del negocio). Estamos ante una “asignatura pendiente”, porque, como ya creo haber insinuado con anterioridad, cuanto menos habrá que coordinar textos y opiniones doctrinales. Veamos. No tiene sentido que un texto diga que corresponde la elección del notario a quien pague más (el constructor si los gastos son con arreglo a Ley) y que se excepcione si se trata de consumidor, porque es la parte débil. ¿Es que acaso los notarios no tenemos la obligación de asesoramiento e imparcialidad más acusada reglamentariamente con el débil? ¿Es que son malos o “están vendidos” (la acusación, sólo el pensamiento son infames) los notarios que “trabajan” normalmente para un determinado constructor? El que sean sus asesores no quiebra por el principio de imparcialidad que también puedan serlo del consumidor. Y donde el notario no se elige, sino que viene impuesto por la simple geografía, ¿a quién elige el consumidor? Creo que la clave está en “vigilar” que se cumpla el Reglamento Notarial, más que en levantar sospechas injustas, porque paradójicamente la defensa del débil pretende hacerse contra el “poderoso” notario del “poderoso” constructor.

• Respecto de la forma de pago, no plantea problema alguno si se confiesa recibido el precio o se recibe en el momento de la compraventa. El Decreto se refiere a posibles

aplazamientos (tipos de interés, fechas de vencimientos y garantías de la falta de pago).

Aquí es importante la actuación del notario que debe: explicar las consecuencias de algunas garantías, en especial cuando se establece una condición resolutoria por impago del precio aplazado (alcance de la notificación resolutoria, consecuencias de la notificación y del incumplimiento resolutorio).

Para facilitar en su día la cancelación de la condición resolutoria (el constructor-vendedor puede morir o desaparecer como persona jurídica), debe constar en la escritura: que podrá cancelarse mediante acta notarial de exhibición de letras (todas deberán reseñarse con su serie y número, vencimientos y cantidades) que obren en poder del comprador; o que podrá cancelarse cuando haya transcurrido un plazo de caducidad, desde el último vencimiento, sin que conste en el Registro de la Propiedad reclamación de cantidad alguna respecto de dicho precio aplazado.

419

• En las llamadas escrituras de compraventa “con subrogación de hipoteca” (art. 118 LH), se exige en el Decreto que se indique con claridad el notario autorizante de la correspondiente escritura (de préstamo hipotecario), fecha de ésta, datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponda a la vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades.

El mejor sistema es que el notario en la escritura de compraventa transcriba aquellas cláusulas de la escritura de hipoteca que afecten al adquirente (aunque puede optar por acompañar testimonio o copia de la escritura de hipoteca). En todo caso el consumidor será debidamente informado y asesorado por el notario autorizante de todas las circunstancias de su adquisición y especialmente de las cláusulas y estipulaciones del préstamo o crédito que asume.

Una última referencia a la legislación autonómica.

Cataluña: Artículo 10. “Derechos de los adquirentes e inquilinos de viviendas.

1. Los adquirentes de una vivienda tienen derecho a conocer:

- a) Las características de construcción, las características propias de todas las instalaciones, la descripción de los materiales utilizados y el grado de aislamiento térmico y acústico de la vivienda.
- b) Las servidumbres, cargas y gravámenes que la afectan.
- c) Las condiciones económico-financieras de la compraventa.
- d) Las demás particularidades que, para salvaguardar los derechos e intereses de los consumidores, se establezcan por reglamento.

2. Amén de lo dispuesto en la legislación en materia de vivienda, los inquilinos de una vivienda tienen derecho a recibir del arrendador información sobre las características y la situación de las instalaciones no visibles de agua, gas y electricidad, y sobre los gravámenes que les afectan como arrendatarios”.

En relación con la vivienda es de tener en cuenta el Real Decreto 2.569/1986, de 5 de diciembre de 1986, sobre medidas financieras en materia de Viviendas de Protección Oficial, al determinar en el artículo 4.2 que “los notarios no autorizarán documento público alguno en el que no se consignen las circunstancias y compromisos expresados en el apartado anterior”. Dicho apartado (que el notario suele transcribir íntegra o sintetizadamente, en las escrituras) tiene el siguiente contenido:

420

“En todos los contratos de compraventa, adjudicación, arrendamiento o cesión de uso de viviendas de protección oficial de promoción privada a que se refiere el artículo 13 del Real Decreto 3.148/1978, de 10 de noviembre, se hará constar expresamente y con carácter de cláusula obligatoria que el adquirente o cesionario de la vivienda tiene residencia habitual y permanente en la localidad en que esté situada la vivienda, lo que acreditará con la certificación municipal correspondiente anexa al contrato, y que se compromete a dedicar la vivienda a su domicilio habitual y permanente y ocuparla en el plazo de tres meses desde la entrega o a cederla a residente habitual en la localidad mediante contrato debidamente visado en dicho plazo.

De no reunir tal condición de residente en la localidad, se pondrán en el contrato los motivos familiares, de trabajo, de retorno o antigua residencia o domicilio de origen, etc., que motiven la contratación, y se estipulará expresamente que su titular se compromete a establecer en la vivienda su domicilio habitual y permanente, acreditando su residencia en el plazo de tres meses desde la entrega de la vivienda mediante el correspondiente certificado muni-

cipal ante el órgano competente para el visado del contrato, o a presentar en dicho plazo contrato de arrendamiento o cesión de uso para su visado caso de ceder la vivienda a un residente en la localidad.

En todo caso, se hará constar en el contrato que no dedicar la vivienda a domicilio habitual y permanente, manteniéndola habitualmente desocupada o dedicarla a segunda residencia o a otros usos no autorizados, implicará necesariamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.º del Real Decreto Ley 31/1978, de 31 de octubre, y 56 y 57 del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, además de las sanciones pecuniarias que puedan corresponder a la infracción muy grave cometida, la descalificación de la vivienda con carácter de sanción. Esta descalificación obligará al reintegro de los beneficios económicos percibidos y al ingreso de las exenciones y bonificaciones tributarias disfrutadas, con los incrementos de los intereses legales, y en su caso, con la diferencia entre los intereses del préstamo y el interés legal. Asimismo, se hará constar que el propietario no podrá concertar ventas o arrendamientos a precios superiores a los reglamentariamente aplicables, ni minorar las condiciones de los servicios prestados, durante el plazo de cinco años desde la descalificación”.

421

3.4. Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

La Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994 fue dictada conjuntamente por los ministros de Justicia y de Economía y Hacienda, en uso de la autorización conferida a éste por el artículo 48.2 de la 26/1988, de 29 de julio (según redacción dada al mismo por la disposición adicional 2.ª 1 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios). Complementa la dictada por el Ministerio de Economía y Hacienda con fecha 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, de aplicación supletoria.

A destacar de su preámbulo, su finalidad:

—La Orden, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten prés-

tamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos. Téngase presente que la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y, a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes, reside en facilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas.

422

— Pero la Orden, además de facilitar la selección de oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sea comprensible por el prestatario.

— A esa adecuada comprensión **deberá colaborar el notario** que autorice la escritura de préstamo hipotecario advirtiendo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas. Las significativas precisiones que sobre la actuación de los notarios establece la Orden en su artículo 7 justifican, por lo demás, que, aun constituyendo desarrollo del artículo 48.2 de la Ley 26/1988, la presente disposición se dicte conjuntamente por los Ministerios de Justicia y de Economía y Hacienda.

El citado artículo 7, merece su transcripción íntegra para darse cuenta de la trascendencia que se ha dado y reconocido a la actuación notarial:

“1. En materia de elección de notario se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial y demás disposiciones aplicables.”

Ya hemos comentado este tema de la libre elección de notario con anterioridad, en diferentes lugares (general y de consumidores) y a ellos nos remitimos.

“2. El prestatario tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. El prestatario podrá renunciar expresamente ante el notario autorizante, al señalado plazo, siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia notaría.”

No voy a entrar ahora en problemas de “desconfianza”, pero en el fondo la hay al distinguir dos posibles “sedes o lugares” de otorgamiento. La Orden se queda tranquila creyendo que se atiende mejor al cliente en la notaría, y que si no es así, es decir, que si se otorga en la oficina bancaria, el cliente tiene derecho de “examinar el proyecto” (debería haber dicho examinar el proyecto y si procede que el notario se lo explique, le informe, le asesore). Veamos qué ha sucedido, qué está sucediendo, porque la realidad dice mucho de la “confianza” que el cliente tiene con el Notariado (no digo ya, que lo es, con el notario concreto, que es cualquier notario, del que todos esperan imparcialidad). Recuerdo cuando entró en vigor la Orden que hasta tres clientes, exactamente y no más, aparecieron por mi despacho dispuestos a “examinar”, creyendo erróneamente que estaban obligados a ello: uno “examinó” y los otros dos me preguntaron al unísono, ¿quiere decir este examen que luego no nos va usted a leer y explicar la escritura? Cuando les saqué de su error y les dije que eran actos independientes, que podían examinar cuanto quisieran y preguntar cuanto quisieran, pero que ello no les libraba de la lectura e información en la oficina bancaria, contestaron también al unísono: pues ya nos enteraremos mañana; uno añadió, porque me imagino que usted será el mismo aquí en su despacho, que en el banco. Y así es y así fue.

La circular del Consejo General del Notariado de 16 de

julio de 1994 interpretó esta disposición en el siguiente sentido:

— Que la expresión “días hábiles” excluye del cómputo aquellos en los que efectivamente el prestatario no puede ejercer su derecho por causas a él no imputables (despacho notarial cerrado en sábado, por ejemplo).

— Que el notario, en el ámbito de su obligación legal de asesoramiento, efectuará al prestatario que examina el proyecto de escritura cuantas aclaraciones y explicaciones solicite.

— Que el notario, aunque el derecho de examen no se haya ejercitado, deberá dejar constancia expresa en la escritura de que el proyecto de la misma ha estado a disposición del prestatario durante el plazo que señala la Orden.

424 — Que si el prestatario examina el proyecto personándose en la notaría dentro del plazo indicado, la escritura puede ser otorgada incluso antes del transcurso de los tres días hábiles.

— Que si el prestatario no ha examinado el proyecto personándose en el despacho notarial, no podrá autorizarse la escritura sin perjuicio de la posibilidad de renuncia prevista en la Orden.

— Que en caso de renuncia, ésta debe ser expresa y ante el propio notario, y la escritura deberá otorgarse en el despacho del notario autorizante. En este supuesto, en la escritura deberá constar tanto la renuncia del prestatario como el hecho de que el otorgamiento tiene lugar en dicho lugar.

Con los debidos respetos, creo que la circular del Consejo General del Notariado fue más allá del texto legal, al entender que **no podrá autorizarse la escritura** si el prestatario no ha examinado el proyecto personándose en la notaría, sin perjuicio de su derecho de renuncia y por tanto de su otorgamiento en la notaría. La Orden creo que no iba tan lejos, porque con el tiempo transcurrido desde la misma la práctica ha seguido siendo la misma: hay escrituras que se otorgan en el despacho notarial (porque así se hacía y se

sigue haciendo, por comodidad de unos y de otros, y ahora necesariamente cuando no existe la posibilidad de consulta, es decir, cuando la operación se plantea sin el intermedio de los tres días hábiles), y el notario hace constar esa circunstancia y que el prestatario renuncia a su derecho de examen previo (atención, que puede no renunciar, “podrá”, dice la Orden, y en ese caso examina y a continuación otorga); y hay escrituras que se otorgan en la oficina bancaria, siempre que hayan transcurrido los tres días hábiles y que el prestatario no haya aparecido por la notaría para ejercitar de derecho de “examinar el proyecto de escritura” (la orden se refiere a la renuncia del plazo, pero nada dice de la no comparecencia a examinar: quien no comparece no está renunciando al plazo, sino, por no ejercicio, al derecho a examinar el proyecto), y en estos casos se autoriza en la oficina bancaria, haciendo constar, lo que asume el prestatario, que el proyecto de escritura ha estado a su disposición en la notaría, durante los tres días hábiles preceptivos, sin que voluntariamente haya comparecido en el despacho notarial a examinarlo. Teniendo en cuenta el efecto sociológico antes referido, hubiera sido peor el remedio (negarse a la autorización) que la enfermedad (entender que no se trata de renunciar a un plazo que se ha cumplido, sino al derecho de examen, que el cliente no ha considerado conveniente, porque tiene “confianza” en el notario, en la institución notarial). A la “desconfianza” de la Orden, los prestatarios han respondido con la “confianza” en el notario, cualquiera que sea la sede del otorgamiento.

425

“3. En cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, **deberá el notario:**

1.º Comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y de las cláusulas financieras del documento contractual, advirtiendo al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiere constatado y de su derecho a desistir de la operación.

2º En el caso de préstamo a tipo de interés variable, advertir expresamente al prestatario cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que el índice o tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere la disposición adicional segunda de esta Orden.

b) Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.

c) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiéndolo de ello a ambas partes.

426 3.º En el caso de préstamos a tipo de interés fijo, comprobar que el coste efectivo de la operación que, calculado conforme a las reglas establecidas por el Banco de España, se hace constar a efectos informativos en el documento se corresponde efectivamente con las condiciones financieras del préstamo.

4.º En el caso de que esté prevista alguna cantidad a satisfacer por el prestatario al prestamista con ocasión del reembolso anticipado del préstamo, o que dichas facultades del prestatario se limiten de otro modo o no se mencionen expresamente, consignar expresamente en la escritura dicha circunstancia y advertir de ello al prestatario.

5.º En el caso de que el préstamo esté denominado en divisas, advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

6.º Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el prestatario comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras”.

La referida Circular del Consejo General del Notariado en relación con este artículo 7.3 considera:

— Que la oferta vinculante no será incorporada a la escritura, sino que en ella se expresará si existen o no discrepancias entre ambos documentos y, si las hubiere, se hará constar cuáles son éstas.

— Que la redacción de tales advertencias y la constatación de haber realizado las oportunas comprobaciones es obligación del notario y están referidas a su propia actividad como redactor del documento, asesor imparcial e instrumento de control de legalidad, por lo que su redacción a él compete en exclusiva; dichas advertencias se harán y se consignarán de forma clara y comprensible para el prestatario, a quien van específicamente dirigidas.

— Que el notario puede y debe rechazar aquellas minutas de escrituras que no cumplan con los requisitos de redacción que él estime oportunos o bien, lo que es preferible, exigir de las entidades de crédito que no incluyan en sus minutas la redacción de las advertencias y comprobaciones, que es competencia exclusiva del notario por estar referida al ámbito de su propia actividad.

Sería excesivo, aunque muy interesante, examinar con detalle la citada Orden, para tratar de ver y comprender el valor que tiene en orden a la colaboración del notario en un tema verdaderamente difícil e intrincado, que ha requerido y requiere puestas al día, estudios y reflexiones (ámbito de aplicación, tratos preliminares o preparatorios, folleto informativo —anexo I—, cláusulas financieras del contrato —anexo II: capital del préstamo; cuenta especial, si procede; amortización; intereses ordinarios; tipo de interés variable, si procede; comisiones; tabla de pagos y tipo de interés anual equivalente, cuando proceda; gastos a cargo del prestatario; intereses de demora; y resolución anticipada por la entidad de crédito, cuando proceda—).

3.5. Anteproyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación (hoy Ley 7/1998, de 13 de abril, “BOE” de 14 de abril).

Cuando se publique esta Ley supondrá la transposición de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre “cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre consumidores”, y vendrá dictada en virtud de los títulos competenciales que la Constitución Española atribuye en exclusiva al Estado en el artículo 149, párrafo 1, números 6.^a y 8.^a, por afectar a la legislación mercantil y civil, en particular a las bases de las obligaciones contractuales, optándose por la incorporación de la Directiva mediante una Ley de Condiciones Generales, que al mismo tiempo, a través de una disposición adicional primera, modifique el marco jurídico preexistente de protección al consumidor en la LCU. Modificaciones a que hemos hecho alusión en un apartado precedente. Ahora corresponde que nos ocupemos de esta posible Ley General, que no se queda tan sólo en los consumidores, sino que tiene un marco más amplio, como veremos.

428

Según la Exposición de Motivos:

— Se pretende distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación, conceptos que no tienen por qué coincidir. Una cláusula es general cuando está predispuesta e incorporada al contrato exclusivamente por una de las partes, y no necesariamente tiene por qué ser abusiva; cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y puede tener o no el carácter de condición general.

— El ordenamiento jurídico debe proteger no sólo a los consumidores y usuarios, sino también a los pequeños y medianos empresarios y profesionales, sean o no personas físicas o jurídicas unos y otros, frente a las cláusulas abusivas de los contratos, pero también frente a los clausulados genera-

les de las grandes empresas en las que existe una predisposición al abuso de la posición de preeminencia. Con ello se ejercita la facultad del Estado obligado a transponer la Directiva comunitaria de poder incrementar el nivel de protección más allá de las obligaciones mínimas que aquélla impone.

— La protección de la igualdad de los contratantes, es presupuesto formal de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello, la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual.

¿Por qué o en qué medida esta Ley afecta al quehacer notarial?: el capítulo VI lleva por título “Información sobre condiciones generales”, y su único artículo, el 21, dispone:

“1. Los **notarios** y los registradores de la Propiedad y mercantiles advertirán en el ámbito de sus respectivas competencias de la aplicabilidad de esta Ley, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención.

2. Los **notarios advertirán** y los registradores de la Propiedad y mercantiles calificarán la necesidad, en su caso, de la previa inscripción de los contratos en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

3. **En todo caso, el notario hará constar en el contrato el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan este carácter.”**

Analicemos, pues, en qué van a consistir nuestras advertencias, asesoramientos y constancias documentales, con unas referencias mínimas, pero suficientes.

— Capítulo I.— Disposiciones generales

Recoge, teniendo en cuenta orientaciones jurisprudenciales anteriores, aportaciones doctrinales sobre la materia y criterios utilizados por el Derecho comparado, el concepto de

condición general de la contratación basado en la predisposición e incorporación unilateral de las mismas al contrato: “La presente ley se aplicará a las **cláusulas predispuestas**, cuya incorporación al contrato sea exclusivamente imputable a una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias. Se reputan cláusulas predispuestas aquellas que hubieren sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos o declaraciones jurídicamente relevantes” (art. 1).

En cuanto a su ámbito territorial se aplica a las condiciones generales que formen parte de contratos sujetos a la legislación española, y también a los sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su domicilio o residencia habitual (art. 2).

430 Se excluyen (ámbito objetivo) los contratos administrativos, los de trabajo, los de sociedad, los que regulan relaciones familiares y los contratos sucesorios (art. 3).

Los artículos 4 y 5 regulan los requisitos para que la incorporación de una cláusula general se considere ajustada a derecho. Las condiciones generales pasan a formar parte del contrato cuando su incorporación al mismo haya sido aceptada por el adherente y sólo se considerará aceptada la incorporación cuando el predisponente haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia, y le haya facilitado un ejemplar de las mismas. Cuando por la forma o circunstancias de la celebración del contrato, estos requisitos resulten desproporcionados, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del local en el que se celebre el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad razonable de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración. En cualquier caso, no quedarán incorporadas aquellas condiciones genera-

les que sean ilegibles o incomprensibles para un contratante no especialista en la materia. Tampoco se considerarán incorporadas aquellas cláusulas que de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia, así como aquellas de las que no haya tenido oportunidad el adherente de tomar conocimiento real al tiempo de la celebración del contrato.

Por último se indican las reglas de interpretación: 1. Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las específicamente previstas para el contrato concreto, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares. 2. Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán en contra del predisponente (art. 6).

— Capítulo II.— Nulidad de determinadas cláusulas generales

431

Serán nulas de pleno derecho las cláusulas de condiciones generales que contradigan, en perjuicio del adherente, las exigencias de la buena fe. Se reputan contrarias a la buena fe las cláusulas que injustificadamente deroguen las normas aplicables al contrato o que limiten los derechos y obligaciones inherentes a la naturaleza del mismo de tal forma que se ponga en peligro su finalidad económica. Serán también nulas las cláusulas generales que sean abusivas, entendiéndose por tales las definidas en el artículo 10 bis de la Ley General de Consumidores y Usuarios, aunque el adherente no sea un consumidor (art. 7). Al referido artículo 10 bis nos hemos referido anteriormente, así como al elenco de cláusulas abusivas.

La nulidad de las cláusulas de condiciones generales o la declaración de no incorporación al contrato, podrá ser invocada por los contratantes de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual y con los efectos previstos en el artículo 9 (art. 8).

La no incorporación al contrato de las referidas cláusulas o la declaración de nulidad de las mismas, no determinará la nulidad total del contrato. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil. No obstante, procederá la nulidad total del contrato cuando la integración realizada conforme a lo previsto en el apartado anterior conduzca a resultados que difieren sustancialmente de lo perseguido por las partes en el momento de celebrar el contrato (art. 9).

— Capítulo III.— Del Registro de Condiciones Generales de la Contratación

432 Se crea el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que estará a cargo de un registrador de la Propiedad y mercantil, conforme a las normas de provisión previstas en la Ley Hipotecaria, que será público, y en el que deberán inscribirse las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación con arreglo a lo dispuesto en la Ley. Y la falta de inscripción será sancionada con multa por la Administración del Estado a través del Instituto Nacional de Consumo (art. 10).

— Capítulo IV.— Cesación de las condiciones generales

Contra la utilización o la recomendación de utilización de las cláusulas que resulten contrarias a la ley, u otras leyes imperativas, podrán interponerse acciones de cesación (para obtener sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo) y retractación (para instar la imposición al demandado de la obligación de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar tales cláusulas (art. 11).

Se regula además con detalle la legitimación activa (asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores; cámaras de comercio, industria y navegación; aso-

ciaciones de consumidores y usuarios) y la pasiva (cualquier persona que utilice condiciones generales nulas); la prescripción; la tramitación del proceso (juicio de menor cuantía); y los intervinientes en el proceso (arts. 11 a 18).

— Capítulo V.— Publicidad de las sentencias

Una vez firme la sentencia de cesación o retractación se publicará en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” y en un periódico de los de mayor circulación de la provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiera dictado la sentencia (art. 19). Publicada la sentencia el juez dictará mandamiento al registrador de Condiciones Generales de la Contratación para su inscripción en el mismo (art. 20).

3.6. Anteproyecto de Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.

433

Se dice que una ley estatal sobre la materia está plenamente justificada por varios motivos:

— La ley determina la naturaleza real del derecho que tiene el que adquiere la facultad de disfrutar de un inmueble durante un período determinado al año.

— Regula cómo se constituye, sobre un inmueble, un régimen jurídico de este tipo.

— Establece la normativa a la que han de someterse los contratos que se celebren sobre estos derechos.

— Determina cómo han de ejercitarse en España los derechos de desistimiento y resolución que establece la Directiva de la Unión Europea.

No es la primera vez que un texto comunitario es origen de una regulación interna más amplia de la exigida por aquél, y más aún, tratándose de Directivas que establecen unas garantías mínimas de protección (Directiva 94/47 CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, “relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un

derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido”).

Empecemos, para entendernos por la cuestión jurídica de orden terminológico. El Anteproyecto considera que el término “multipropiedad”, no obstante haber calado en la opinión pública es inadecuado por engañoso. Tampoco considera apropiado el término que utiliza la Directiva de “tiempo compartido” (traducción del inglés “time-sharing”) por ser próximo al “club-trustee” británico o a la forma societaria francesa. Prefiere la expresión **derecho de aprovechamiento por turno**, “en primer lugar, porque es menos comprometida, en el sentido de ser una expresión más genérica y más descriptiva y, en segundo lugar, porque se ajusta perfectamente a la regulación que del mismo se hace” (derecho real limitado que mejor protege los derechos del consumidor).

434 Tomamos de la Exposición de Motivos las líneas generales del Anteproyecto, que luego detallaremos en cuanto se refiera y se requiera la intervención notarial:

— La ley utiliza la expresión “departamentos” para denominar los elementos sujetos al régimen. Tal expresión incluye tan sólo los elementos que sean susceptibles de ser utilizados como alojamiento. Por eso, luego se excluyen de la constitución los locales, entendiéndose por tales todos los elementos que no pueden tener tal destino y, por eso, se exige, antes de la constitución del régimen, la obtención de las correspondientes cédulas de habitabilidad, requisito que sólo tiene sentido para elementos destinados a alojamiento.

— El régimen sólo podrá recaer sobre un edificio, conjunto inmobiliario o sector de éstos arquitectónicamente diferenciado para evitar que en una edificación o grupo de edificaciones el propietario de tan sólo algunos departamentos, físicamente dispersos, constituya un régimen de derechos de aprovechamiento por turno sobre los mismos. Ello no impide que en un mismo conjunto convivan departamentos destinados a la explotación hotelera y otros que están sujetos a un régimen de derecho de aprovechamiento por turno, siem-

pre y cuando el régimen se constituya sobre todos los que se encuentren en un sector arquitectónicamente diferenciado, un edificio, una planta de éste o una zona concreta y delimitada del conjunto. Tampoco impide la extinción parcial del régimen, siempre que se respete esa identidad física y los derechos preexistentes.

— El ámbito de aplicación restrictivo ha aconsejado establecer una norma para determinar el régimen de los derechos de aprovechamiento por turno que se constituyan sin ajustarse a la Ley. La solución adoptada es la de someterlos al régimen hotelero, donde las autoridades administrativas tienen un fuerte poder de intervención para garantizar la prestación de los servicios. Es un régimen que tiene, además, la ventaja de que en él están prohibidos los pagos anticipados o puede resultar de aplicación la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados, según los casos, que es también una norma protectora de los derechos de los consumidores.

— Se establece una duración mínima (quince años) y máxima (treinta años) del régimen. Dentro de estos límites caben todas las opciones de lo que puede ser un tiempo razonable para agotar las posibilidades reales de disfrute del adquirente. Los años cuentan a partir de la inscripción del régimen (momento en el que se constituye) para evitar que el tiempo de vida del régimen haya empezado a correr aun antes de constituirse. Si el régimen se constituyó sobre un inmueble en construcción, los años cuentan a partir de la inscripción de la terminación de la obra para evitar que el tiempo de vida del régimen corra durante la construcción del inmueble.

— La inscripción del régimen en el Registro se establece como constitutiva para impedir que se puedan iniciar las ventas de derechos de aprovechamiento antes de que el registrador controle la legalidad del régimen y lo haga público. Así, los adquirentes, antes o después de su adquisición, podrán acudir al registrador para recabar la información esen-

cial sobre el régimen al que se encuentra sometida su adquisición, con plena garantía de su adecuación a la legalidad.

— A la escritura reguladora, entre otras cosas, ha de incorporarse el contrato celebrado con la “sociedad de servicios”. La existencia de este contrato es esencial para la viabilidad del régimen y por ello se exige su incorporación, para asegurar su existencia.

— En la sección dedicada a las “Condiciones de promoción y venta” se transponen la mayoría de las normas de la Directiva de 1994. Aparte su naturaleza restrictiva del principio de autonomía de la voluntad, en la transposición no hay problemas especiales, salvo por lo que se refiere al caso de que el contrato se celebre directamente ante notario. Su intervención sería suficiente para considerar innecesario conceder al adquirente la facultad de desistimiento, pues su presencia impide que la otra parte haga valer su preponderancia, pero, puesto que la Directiva no establece ninguna excepción en favor de estos contratos intervenidos, ha sido necesario conservar esa facultad de desistimiento, si bien exigiendo que el mismo se haga por acta notarial como documento público equivalente a la escritura en la que se ha formalizado el contrato.

436

— La especial condición resolutoria explícita que se permite pactar en el contrato de adquisición de un derecho está justificada por la singular naturaleza de tal derecho, donde el valor del mismo depende tanto de los servicios como de su contenido, de forma que es perfectamente lógico que el impago de aquéllos pueda implicar la resolución del derecho.

— La regulación de la “sociedad de servicios” es respetuosa con la legislación turística y con las competencias que tienen las Comunidades Autónomas de legislar en esta materia. Así, sólo regula aquellos elementos que son esenciales para la viabilidad del régimen: las condiciones mínimas que deben reunir este tipo de sociedades, las obligaciones que deben cumplir para los adquirentes, la retribución a la que tie-

nen derecho y algunas de las consecuencias que ha de conllevar el incumplimiento de sus obligaciones.

— En cuanto a la retribución de la “sociedad de servicios”, la Ley establece una cantidad alzada, sólo revalorizable con arreglo al Índice de Precios al Consumo, para evitar los abusos que podrían darse en este campo si a la sociedad de servicios se le permite aumentar, más o menos arbitrariamente, la cuota que los titulares de los derechos han de satisfacerle en pago de sus servicios.

— La ley intenta a través de la exigencia de unos requisitos previos muy rigurosos, cuyo cumplimiento es indispensable para constituir el régimen y cuyo **control se atribuye a notarios y registradores**, las infracciones sean aisladas o, al menos, poco frecuentes, haciendo mínima la necesidad de la intervención administrativa.

— En cuanto al régimen transitorio, trata de que la Ley sea aplicable, en su mayor extensión a los regímenes existentes, estableciendo para éstos, en todo caso, la obligación de adaptarse en el plazo de dos años, a contar desde la entrada en vigor de la ley. Naturalmente, la adaptación tan sólo persigue dar publicidad a los regímenes preexistentes y a su forma de explotación con pleno respeto de los derechos ya adquiridos. Por eso la Disposición exige solamente los requisitos del artículo 5 y no el cumplimiento de todas las obligaciones que la Ley impone al que se proponga constituir un régimen de derechos de aprovechamiento por turno una vez que haya entrado en vigor.

— La Disposición final segunda contiene una serie de normas tributarias aplicables a los derechos contemplados en la presente Ley y que tienen por finalidad no discriminar en el plano fiscal a los titulares de los derechos reales de aprovechamiento por turno en relación con los titulares de otras posibles fórmulas de utilización de inmuebles a tiempo parcial.

3.6.1. *Constitución del régimen.*

El régimen o su modificación deberán constar en **escritura pública**, se constituirá mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad. Al otorgamiento de la escritura deberá concurrir la sociedad de servicios que haya asumido la administración, de conformidad con lo dispuesto en la Ley. Los **notarios** no autorizarán una escritura reguladora de este régimen (y los registradores no inscribirán), mientras no se acredite el cumplimiento de los requisitos siguientes (art. 4.1.2 y 3):

a) Haber inscrito la conclusión de la obra en el Registro de la Propiedad. En el caso de que la obra esté iniciada, deberá haber inscrito la declaración de obra nueva en construcción.

438 b) Haber obtenido las licencias necesarias para ejercer la actividad turística, las de apertura, las necesarias para la primera ocupación de los departamentos, zonas comunes y servicios accesorios que sean necesarios para el destino y la correspondiente cédula de habitabilidad. En el caso de que la obra esté tan sólo iniciada, bastará con aportar la licencia de obra y la necesaria para la actividad turística.

c) Haber celebrado de conformidad con lo establecido en la Ley, el contrato con una sociedad de servicios.

d) Haber concertado los seguros que se indican, o si la obra está en construcción, el aval correspondiente.

3.6.2. *Escritura reguladora.*

Conforme al artículo 5 de la Ley, la escritura pública reguladora del régimen deberá expresar, al menos, las siguientes circunstancias:

1.º La descripción de la finca sobre la que se constituye el régimen y del edificio o edificios que en ella existan, con reseña de los servicios comunes a que tengan derecho los titulares de los aprovechamientos. Si la construcción está úni-

camente comenzada se indicará la fecha límite para la terminación de la misma.

2.º La descripción de cada uno de los departamentos que integren cada edificación, a los que se dará una numeración correlativa con referencia a la finca. Se indicarán en forma precisa aquellos destinados a ser utilizados por los titulares, que por imposibilidad ocasional no puedan en su turno usar el suyo. Dichos departamentos habrán de tener la consideración de elementos comunes de todos los titulares de aprovechamientos por turnos.

3.º En cada departamento destinado a turnos de aprovechamiento se expresará el número de éstos, su duración, indicando el día y hora inicial y final, la cuota que corresponda al departamento con relación al total de la finca y la que corresponda a cada turno en relación al departamento, el mobiliario que tenga destinado, así como su valor, y los días del año no configurados como turnos de aprovechamiento por estar reservados, en ese departamento, a reparaciones y mantenimiento. A cada turno de aprovechamiento se le dará también un número correlativo respecto a cada vivienda.

4.º Referencia al contrato celebrado con la sociedad de servicios haciendo constar los datos esenciales de ésta, la cantidad alzada anual que recibirá como contraprestación, expresando que se actualizará con relación al Índice de Precios al Consumo.

5.º Los estatutos a los que se somete el régimen de aprovechamiento por turno.

6.º La situación registral, catastral, urbanística y turística del inmueble. Se acompañará el plano del proyecto que se aprobó por la correspondiente licencia.

7.º Gastos de comunidad y retribución de la sociedad de servicios.

8.º Duración del régimen.

Además deberán incorporarse a la escritura, originales o por testimonio, el contrato celebrado con la sociedad de servicios y los contratos de seguro (una copia autenticada de

éstos se acompañará para su archivo en el Registro). También deberá incorporarse, si se hubiere celebrado, el contrato con un tercero para que los titulares de los derechos de aprovechamiento puedan intercambiarse. Si el inmueble está en construcción se incorporará documento acreditativo de haberse constituido el aval bancario correspondiente.

3.6.3. *Condiciones de promoción y venta.*

— **Información general (art. 8)**

440 Está prohibida la venta de derechos de aprovechamiento por turno con la denominación de multipropiedad o cualquier otra que contenga la palabra propiedad. El propietario o promotor deberá editar un folleto que entregará a cualquier persona que solicite información, en el que se mencionarán diferentes extremos, entre ellos la expresión de que el adquirente puede solicitar información gratuita acerca de sus derechos entre otros organismos y profesionales oficiales, indicando la dirección y teléfono de los más próximos al lugar donde se encuentre el inmueble: ... **notarios**. Toda la información contenida en el folleto formará parte integrante del contrato.

— **Contenido mínimo del contrato**

Al determinar el Anteproyecto que el contrato **“deberá constar por escrito**, se reconoce que puede constar en documento privado, o es escritura pública. Los requisitos son los mismos en esencia, pero, como es lógico, el simple escrito privado debe contener más pactos que la escritura pública; así se exige:

— Que el contrato privado expresará la necesidad de otorgar escritura pública, conforme a los artículos 1.279 y 1.280 del Código Civil, e inscribir el derecho adquirido en el Registro de la Propiedad para su plena protección.

— Igualmente indicará el derecho que asiste al adquirente a: a) comprobar la titularidad y cargas del inmueble, soli-

citando la información del registrador competente, cuyo domicilio y número de fax constará expresamente; b) exigir el otorgamiento de escritura pública; c) inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad.

— Indicará también: lugar y firma del contrato (lo que es obvio decir de la escritura pública, que así comienza cumpliendo lo dispuesto en el Reglamento Notarial).

Vamos pues al **contenido mínimo** del contrato que debe contenerse tanto en el posible documento privado como en la escritura pública, los extremos a que se refiere el artículo 9 son los siguientes:

1.º La fecha de la celebración del contrato, los datos de la escritura reguladora del régimen, con indicación del día del otorgamiento, del notario autorizante y del número de su protocolo, y los datos de inscripción en el Registro de la Propiedad.

2.º Referencia expresa a la naturaleza real del derecho transmitido, haciendo constar la fecha en que el régimen se extinguirá de conformidad con el plazo decidido (entre 15 y 30 años).

3.º Descripción del edificio y del departamento sobre el que recae el derecho con referencia expresa a sus datos registrales, y descripción precisa del turno que es objeto del contrato con indicación de los días y horas en que se inicia y termina. Expresión de que la obra está concluida o se encuentra en construcción (en este último caso habrá de indicarse: a) fase en que se encuentra la construcción; b) plazo límite para la terminación del inmueble; c) referencia a la licencia de obra e indicación y domicilio del Ayuntamiento que la ha expedido; d) fase en que se encuentran los servicios comunes que permitan la utilización del inmueble; e) domicilio indicado por el adquirente donde habrá de notificársele la inscripción de la terminación de la obra y la fecha a partir de la cual se computará la duración del régimen; f) una detallada memoria de las calidades con que contará el departamento objeto del contrato; g) relación detallada del

mobiliario y ajuar con que contará el departamento, así como el valor que se le ha atribuido a los efectos del aval correspondiente; h) referencia expresa a dicho aval con indicación de la entidad donde se ha constituido y que el mismo podrá ser ejecutado por el adquirente en el caso de que la obra no esté concluida en la fecha límite establecida).

4.º El precio que deberá pagarse al adquirente y la cantidad que, conforme a la escritura reguladora, deba satisfacer anualmente, una vez adquirido el derecho, a la sociedad de servicios, con expresión de que se actualizará con arreglo al Índice anual de Precios al Consumo que publica el Instituto Nacional de Estadística indicando, a título orientativo, cuál ha sido la media de dicho índice en los últimos cinco años.

5.º Inserción **literal** del texto de los artículos 10, 11 y 12, haciendo constar su carácter de normas legales aplicables al contrato:

442

“Art. 10. Desistimiento y resolución del contrato. 1. El adquirente de derechos de aprovechamiento por turno tiene un plazo de diez días, contados desde la firma del contrato, para desistir del mismo a su libre arbitrio. Si el último día del mencionado plazo es inhábil, quedará excluido del cómputo, el cual terminará el siguiente día hábil. La fecha del contrato se tendrá por cierta mientras no se demuestre lo contrario; si no fuera cierta por causa imputable al propietario o promotor o de sus dependientes, sin perjuicio de la responsabilidad penal, tendrá la consideración de falta muy grave a los efectos de la legislación turística. Ejercitado el desistimiento, el adquirente no abonará indemnización o gasto alguno. 2. Si el contrato no contiene las menciones a las que se refiere el artículo 9, el adquirente podrá resolverlo en cualquier momento y sin que se le pueda exigir el pago de pena o gasto alguno. Completado el contenido mínimo del contrato, el adquirente podrá desistir dentro de los diez días siguientes al de la subsanación, según lo establecido en el apartado 1 de este artículo. 3. El desistimiento o resolución del contrato deberá notificarse al propietario o promotor en el domicilio que a estos efectos figure en el contrato. Si no figurara ninguno, bastará que se haga al lugar donde se celebró el contrato. La notificación podrá hacerse por cualquier medio que garantice la constancia de la comunicación y de su recepción, así como de la fecha de su envío. Tratándose de desistimiento será suficiente que

el envío se realice antes de la expiración del plazo. Si el contrato consta en escritura pública, el desistimiento deberá hacerse en acta notarial. Ésta será título hábil para reinscribir el derecho de aprovechamiento a favor del vendedor.

Artículo 11. Prohibición de anticipos. Queda prohibido el pago de cualquier anticipo por el adquirente al vendedor antes de que expire el plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento o mientras disponga de la facultad de resolución a las que se refiere el artículo anterior. No obstante podrán las partes establecer pactos y condiciones que tengan por conveniente para garantizar el pago del precio aplazado, siempre que no sean contrarios a dicha prohibición y no impliquen que el vendedor reciba, directa o indirectamente, cualquier tipo de contraprestación en caso de ejercicio de la mencionada facultad de desistir. Si el adquirente hubiera anticipado alguna cantidad, tendrá derecho a la devolución de lo entregado y a la indemnización de daños y perjuicios.

Artículo 12. Régimen de préstamos a la adquisición. Los préstamos concedidos al adquirente por el vendedor o por un tercero que hubiese actuado de acuerdo con el vendedor, quedarán resueltos cuando el adquirente desista o resuelva en alguno de los casos previstos en el artículo 10. No podrá incluirse en los préstamos cláusulas que impliquen una sanción o pena impuesta al adquirente para el caso de desistimiento o resolución. Si el adquirente se hubiera subrogado en un préstamo concedido al vendedor, ejercitado el desistimiento o resolución, subsistirá el préstamo a cargo de éste.”

443

6.º Servicios e instalaciones comunes que el adquirente tiene derecho a disfrutar y, en su caso, las condiciones para este disfrute.

7.º Si existe o no la posibilidad de participar en servicios de intercambio de períodos de aprovechamiento. Cuando exista esta posibilidad, se expresarán los eventuales costes y cualesquiera otras condiciones que se crea conveniente, pero siempre con referencia al contenido del contrato incorporado a la escritura reguladora, sin que pueda incluirse ningún otro pago o condición que no esté previsto en aquél. Aparecerá en forma destacada el nombre o razón social del tercero que se haya hecho cargo de este servicio. Cualquier referencia a un sistema de intercambio cuando el contrato no esté incluido en la escritura reguladora o se incluya alguna condición que se aparte de aquél, tendrá la condición

de infracción al deber de información a los efectos de que el adquirente pueda resolver el contrato unilateralmente de conformidad con lo establecido en el artículo 10.

8.º Expresión del nombre o razón social, con los datos de la inscripción en el Registro Mercantil, en caso de que se trate de sociedades, y el domicilio: del propietario o promotor; del adquirente; de la sociedad de servicios; del tercero que se hubiera hecho cargo del intercambio, en su caso.

9.º Duración del régimen, con referencia a la escritura reguladora y a la fecha de la inscripción de ésta. Si el inmueble está en construcción, con referencia a la fecha límite en que habrá de inscribirse el acta de terminación de la obra.

Si se trata de escritura pública, el notario advertirá del derecho de desistimiento que el artículo 10 establece en favor del adquirente y que sólo puede hacerse por acta notarial, y de los demás derechos que le reconoce la ley.

444 Figurarán como anexo inseparable suscrito por las partes, el inventario, y en su caso, las condiciones generales no incorporadas al contrato.

El contrato y los documentos informativos se redactarán en la lengua o en una de las lenguas elegida por el adquirente, del Estado miembro de la Unión Europea en que resida o sea nacional, siempre que sea una de las lenguas oficiales de dicha Unión. Además se redactarán en castellano o si así lo exige el adquirente, en la lengua española que sea oficial en el lugar de celebración. Las traducciones de los documentos deberán estar realizadas por traductores legalmente habilitados y los propietarios o promotores deberán conservar, a disposición de los adquirentes, de las organizaciones de consumidores y de las autoridades turísticas, certificaciones de la veracidad de las mismas expedidas por los citados traductores.

— Inscripción

La adquisición y transmisión de los derechos podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad, para lo que el con-

trato constará en escritura pública (que el notario no autorizará sin contener las menciones del artículo 9), o mediante la elevación del documento privado a escritura pública (transcurridos los diez días que para el desistimiento dispone el adquirente sin haberlo ejercitado; el notario exigirá la manifestación expresa de los otorgantes acerca de la certeza de la fecha del documento privado donde conste el contrato).

3.6.4. *Régimen de las sociedades de servicios.*

Las sociedades de servicios a que se refiere el Anteproyecto de Ley, habrán de revestir **necesariamente la forma de anónima** (por tanto, constituidas en escritura pública notarial), tener su domicilio en España, su capital social será el legalmente previsto (diez millones de pesetas, mínimo), incrementado en trescientas mil pesetas a partir del décimo departamento del inmueble o inmuebles de cuya administración vaya a hacerse o se esté haciendo cargo. Las sociedades de servicios que tengan un capital social de cien millones de pesetas podrán administrar cualquier número de departamentos. En ambos casos el capital deberá estar totalmente desembolsado. Las acciones serán en todo caso nominativas y la sociedad tendrá como objeto social único atender los servicios de los inmuebles sujetos a un régimen de derechos de aprovechamiento por turno.

La ley regula además las obligaciones y atribuciones de la sociedad de servicios (art. 15), la retribución de la sociedad de servicios (art. 16), y el incumplimiento de los servicios (art. 17).

445

3.6.5. *Otras disposiciones.*

Se completa la materia con la regulación de las infracciones en materia de protección al consumidor (art. 18) y en materia turística (art. 19), y una serie de disposiciones adicionales, transitorias y finales, entre las que destacan:

— La declaración de imperatividad de la ley para todos los contratos, cualquiera que sea el lugar y fecha de celebración.

— Los amplios derechos de fiscalización e información que se reconocen a las organizaciones de consumidores y usuarios.

— La adaptación en plazo de dos años a las situaciones

preexistentes, también mediante escritura pública, que se ve facilitada en cuanto a su intervención (propietario único del inmueble o presidente de la Comunidad de Propietarios).

— La calificación turística de la actividad.

— Y las normas tributarias.

4. Intimidad de las personas

Es evidente que cuando los particulares deseen mantener ocultos bien el hecho del otorgamiento del instrumento, bien el contenido de éste, bien los antecedentes que han de revelarse al notario para el asesoramiento o la redacción a él encomendadas, no solicitarán la intervención notarial si no confían de antemano en la discreción del notario. Para inspirar esa confianza (que afecta a la intimidad) es por lo que se impone al notario el deber de guardar el secreto profesional.

446

En Derecho español se establece solamente el secreto del protocolo (art. 274 RN), que ha de referirse no sólo al contenido de los instrumentos, sino, también, al hecho del otorgamiento de los mismos. Pero no cabe duda que el notario ha de guardar secreto: de todos aquellos hechos, relacionados o no con su profesión, de que tenga noticia por razón de ella; aunque hayan de ser divulgados por su inscripción en un Registro público; siempre que no sea autorizado, expresa o tácitamente, por el interesado o interesados, para su publicación.

ÁLVAREZ ROBLES, al referirse al secreto notarial, escribía: “aunque universalmente aplicable a todas, es específica y eminentemente calificadora de nuestra profesión... Secreto y veracidad son condiciones tan fundamentales de la profesión notarial que a ellas hay que sacrificarlo todo... El secreto tiene para nosotros el carácter de principio de orden público, *in specie*”.

El artículo 202 del Reglamento Notarial, a propósito de

las actas de notificación y requerimiento es un buen ejemplo para demostrar que el respeto a la intimidad de la persona del destinatario deberá estar siempre presente en la práctica de la diligencia. Si la diligencia se entiende con persona distinta del destinatario, la cédula, copia o carta por medio de la cual se cumplimenta la notificación “podrá entregarse bajo sobre cerrado”.

Pero el “podrá” se ha convertido en **deberá** hacerse precisamente así (en sobre cerrado), y no sólo cuando el contenido de la notificación o del requerimiento sea especialmente delicado, porque también existe una cierta “intimidad económica”.

Así lo entendió una Circular del Ilustre Colegio Notarial de Valencia de 15 de septiembre de 1986, en la que se **recomienda** “cuando la diligencia se entienda con persona distinta del destinatario, aun cuando aquél sea cónyuge, hijo o pariente, lo siguiente: 1) expresar de palabra solamente el carácter de notario y el objeto de la presencia notarial consistente en la práctica de un requerimiento o notificación; 2) entregar la copia, cédula o carta en sobre cerrado; 3) hacerlo constar así en la diligencia”.

447

No obstante estas apreciaciones, que consideramos generales, estando como estamos en “parte especial”, si quiero referirme, por su incidencia notarial, en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

La exposición de motivos explica cómo la Constitución española en su artículo 18.4 emplaza al legislador a limitar el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el legítimo ejercicio de sus derechos.

El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la **privacidad**, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de **privacidad** y no de **intimidad**. Aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto

la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona —el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo—, la privacidad constituye un conjunto más amplio, más global, de facetas de su personalidad que aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca, pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado. Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que las desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo.

448

Ello es así porque, hasta el presente, las fronteras de la privacidad estaban defendidas por el tiempo y el espacio. El primero procuraba, con su transcurso, que se evanescieran los recuerdos de las actividades ajenas, impidiendo, así, la configuración de una historia lineal e ininterrumpida de la persona; el segundo, con la distancia que imponía, hasta hace poco difícilmente superable, impedía que tuviésemos conocimiento de los hechos que, protagonizados por los demás, hubieran tenido lugar lejos de donde nos hallábamos. El tiempo y el espacio operaban así, como salvaguarda de la privacidad de la persona.

Uno y otro límite han desaparecido hoy: las modernas técnicas de comunicación permiten salvar sin dificultades el espacio, y la informática posibilita almacenar todos los datos que se obtienen a través de las comunicaciones y acceder a ellos en apenas segundos, por distante que fuera el lugar donde transcurrieron los hechos, o remotos que fueran éstos. Los más diversos datos —sobre la infancia, sobre la vida académica, profesional o laboral, sobre los hábitos de vida y consumo, sobre el uso del denominado “dinero plástico”, sobre las relaciones personales o, incluso, sobre las creencias

religiosas e ideologías, por poner algunos ejemplos— relativos a las personas podrían ser, así compilados y obtenidos sin dificultad. Ello permitiría a quien dispusiese de ellos, acceder a un conocimiento cabal de actitudes, hechos o pautas de comportamiento que, sin duda, pertenecen a la esfera privada de las personas; a aquella a la que sólo deben tener acceso el individuo y quizá, quienes le son más próximos o aquellos a los que él autorice. Aún más: el conocimiento ordenado de esos datos puede dibujar un determinado perfil de la persona, o configurar una determinada reputación o fama que es, en definitiva, expresión del honor, y este perfil, sin duda, puede resultar luego valorado, favorable o desfavorablemente, para las más diversas actividades públicas o privadas, como pueden ser la obtención de un empleo, la concesión de un préstamo o la admisión en determinados colectivos.

Se hacía pues preciso delimitar una nueva frontera de la intimidad y del honor, una frontera que, sustituyendo los límites antes definidos por el tiempo y el espacio, los proteja frente a la utilización mecanizada, ordenada y discriminada de los datos a ellos referentes; una frontera, en suma, que garantice que un elemento objetivamente provechoso para la Humanidad no redunde en perjuicio para las personas. La fijación de esa nueva frontera es el objetivo de la previsión contenida en el artículo 18.4 de la Constitución, y al cumplimiento de ese objetivo responde la Ley que comentamos, estructurada en una parte general y otra especial.

A través de uno de los aspectos que reconoce la exposición de motivos (la concesión de préstamos), ha llegado la posibilidad de actuación notarial en tema de información. Suele ser práctica habitual la inserción en estructuras de préstamo de cláusulas similares a la que transcribo:

“Tratamiento autorizado de datos.— El prestatario autoriza al Banco a incorporar sus datos personales a los ficheros informatizados que tenga como finalidad exclusiva el control y registro de las operaciones a su nombre y, en general, la correspondencia y relación

contractual entre ellos, pudiendo ceder dichos datos a las sociedades del mismo grupo del Banco, para las finalidades indicadas y para cualesquiera otras relacionadas con las funciones legítimas del cedente y cesionario, renunciando a la comunicación por parte de la misma de la primera cesión de datos que efectúe en virtud de la presente autorización.

El Banco conservará los datos personales de los firmantes o titulares hasta que prescriban las acciones del presente préstamo, pudiendo éstos ejercer los derechos de acceso, rectificación y cancelación en su caso.”

450 El hecho de que cláusulas como la antecedente hayan tenido acceso a su inclusión en determinadas escrituras (préstamos hipotecarios, en este caso), ha venido a poner una vez más de manifiesto la trascendencia de la función del notario, que es quien tendrá que informar al cliente sobre el contenido del artículo 5 de la Ley (Derecho de información de la recogida de datos): existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información; del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas planteadas; de las consecuencias de la obtención de datos o de la negativa a suministrarlos; de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

5. La protección del discapacitado

A diferencia de los temas anteriores, el presente no es un tema moderno, aunque lo sea el reconocimiento constitucional de la protección. El artículo 49 de la Constitución tiene tres partes en su contenido: primera, para indicar que los poderes públicos relizarán una política en torno a las grandes áreas de las personas con minusvalías, o sea, la prevención, el tratamiento, la atención (tienen derecho a un trato especial); segunda, que tienen derecho a los “mismos derechos” que los demás ciudadanos; tercera, que los pode-

res públicos ampararán especialmente a estas personas para el disfrute de estos derechos. Algunas leyes se han dictado (integración social de los minusválidos; propiedad horizontal en relación con la adecuada habitabilidad de los disminuidos en su vivienda; eliminación de barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad), pero en el fondo de la cuestión, que luego explicaré, el artículo 49 de la Constitución no pasa de ser una mera declaración programática. Y quizá los juristas deban alertar al legislador para que cumpla con efectividad las obligaciones que se derivan del precepto.

RAFAEL LEÑA FERNÁNDEZ acaba de publicar un libro “crucial” en el tema que nos ocupa: *El notario y la protección del discapacitado*, si nos atreviéramos a ponerle un título más largo diríamos *El notario y la defensa de los derechos humanos de los discapacitados y de sus progenitores*. Es imposible resumir, hay que leerlas, sus casi quinientas páginas, llenas de sabios consejos y agudas reflexiones. Seguirá una síntesis mínima apropiándome de sus ideas (algo como leer el índice, en la parte referida al derecho sucesorio, y apenas apostillarlos), empezando por sus palabras de presentación del libro en el Consejo General del Notariado:

“Son muchas las ocasiones en que un notario, con una vida profesional ya dilatada como la mía, ha tenido que asomarse a esa sima de angustias e inquietudes que conforman el alma de unos padres, cuando se encaran con lo que puedan ser condiciones de vida de sus hijos disminuidos el día que ellos falten. En todos estos casos el notario tiene que escuchar mucho, preguntar mucho y llenar con paciencia, cariño y comprensión lo que la pura ciencia jurídica no puede resolver. Porque efectivamente el Derecho no tiene recursos para asegurar a los padres que, el día que ellos falten, todo será para sus hijos disminuidos igual que si ellos vivieran, sobre todo teniendo en cuenta la multitud de situaciones que pueden presentarse y que a veces resultarán imprevisibles. Pero no sólo por eso, sino además porque al día de hoy, nuestro ordenamiento jurídico, refiriéndome exclusivamente al Derecho Común, contiene trabas y limitaciones que dificultan lo que serían las soluciones más adecuadas. La lentitud, lejanía y encorsetamiento que supone el sistema de tutela de autoridad o judicial, impuesto por la reforma de 1983, la rigidez de nuestro sistema legitimario, la imposibilidad de

otorgamiento del testamento mancomunado o del nombramiento de un heredero de confianza o del establecimiento de pactos sucesorios adecuados, sin olvidar la ridiculez del Derecho fiscal, en el tratamiento del problema...

Cuando todos los días los medios de comunicación le echan a uno a la cara ese cúmulo de basura que suponen determinados comportamientos humanos, sólo la existencia y abnegación de personas como ésas nos permite seguir manteniendo la fe en el hombre. Nada más". Y nada menos.

5.1. Disposiciones testamentarias dirigidas a solucionar los problemas derivados de la incapacidad del disminuido para tomar decisiones sobre su persona y bienes.

LEÑA FERNÁNDEZ aporta cuatro supuestos: la designación de tutor o curador; el nombramiento de administrador; el nombramiento de albacea; el nombramiento de contador-partidor.

— Designación de tutor o curador

452

El artículo 223 C.c. establece que "los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados"; y el 224, que "las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al juez, al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada".

Es decir, que los padres no sólo pueden nombrar tutor, sino establecer en el propio testamento toda clase de previsiones, orientaciones y directrices respecto al cuidado y forma de vida de la persona de su hijo incapacitado. Incluso entre ellas la convivencia en casa y compañía del tutor (que el párrafo final del art. 234 considera "beneficiosa para el menor").

Al amparo de esta libertad de configuración de la tutela, la doctrina ha reconocido como posible contenido de la misma, el siguiente:

a) Fijar la retribución del tutor, así como la forma de recibirla, sin perjuicio de la posibilidad de revisión por el juez (art. 274 C.c.).

b) Establecer que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle alimentos, posibilidad ésta de gran interés en el supuesto que examinamos (sobre todo cuando se designa tutor a un hermano del discapacitado). Así lo reconoce el artículo 275 C.c.

c) Exigir la prestación de fianza por parte del tutor o dispensarla (arts. 260 y 261 C.c.).

d) Establecer las disposiciones en orden a la salud, convivencia, educación y formación del incapacitado (art. 269 C.c.).

e) En general, cualesquiera otras que no sean contrarias a las leyes o a las buenas costumbres, incluso la facultad de gravar o enajenar bienes sin necesidad de autorización judicial (supuesto que discute la doctrina y defiende LEÑA FERNÁNDEZ, abogando incluso por la necesidad de que el legislador, de forma explícita, reconozca la primacía de las decisiones familiares).

La figura del curador es más adecuada a los supuestos en que la disminución psíquica del hijo no sea muy acentuada, de modo que éste no necesite a alguien que supla su voluntad, sino simplemente a alguien que la complemente y le asista en la toma y ejecución de decisiones. Es posible la designación testamentaria con el contenido que antecede por remisión del artículo 291 C.c.

— **Nombramiento de un administrador**

El artículo 163.1 exceptúa de la administración paterna: “los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos”; y el 227 insiste en el tema al establecer que “el que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado, podrá esta-

blecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla”.

Quiere ello decir que los padres (el problema se plantea sobre todos en padres en vía de separación o divorciados) pueden diseñar una administración “a medida” de las necesidades del discapacitado. La libertad de atribución es grande, porque ninguno de los dos artículos la limitan. La doctrina equipara el supuesto a cuanto se dispone en los artículos 166 y 271 C.c.

—Nombramiento de albacea

El albacea es un cargo de confianza: “los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador, y no sean contrarias a las leyes” (art. 901 C.c.). Suele aconsejarse la designación de albacea con carácter de “universal” y quizá para evitar dudas, si es posible designándolo como albacea contador-partidor.

454

En una enumeración somera e incompleta —escribe LEÑA FERNÁNDEZ— pueden citarse como comprendidos dentro de esos actos que pueden encomendarse al albacea los siguientes: los de entrega de legados; los de representación de la herencia en juntas generales de sociedades o de comunidades; los de presentación en Hacienda de las declaraciones correspondientes al año en que hubiese fallecido el testador; los de pago de deudas e impuestos, cobro de créditos, intereses o dividendos y cancelación de depósitos, hipotecas y condiciones resolutorias; los de inversión o enajenación de bienes que el testador le haya encomendado; la prestación de consentimiento a determinados actos que haya de realizar el tutor nombrado por el testador; la vigilancia de la actuación del tutor para pedir en su caso al juez, en su calidad de persona interesada, la adopción de las medidas establecidas en el artículo 158 C.c., e incluso la remoción del tutor; la decisión sobre si la formación o cuidado prestados al discapacitado en un determinado centro se corresponden con lo querido por el testador a efectos de exigir del tutor

el cambio a otro; la determinación sobre si las previsiones del testador respecto al cuidado y atenciones prestados al disminuido por el heredero (con frecuencia el hermano de éste) a cuyas expensas decidió el testador que quedase, a cambio de una mejora o legado especial, se cumplen o no; la vigilancia del cumplimiento por parte del heredero o herederos del legado de alimentos, educación o pensión establecido por el testador en favor del disminuido o de la cláusula modal que, igualmente en favor de éste, hubiere establecido, ejercitando, en caso de incumplimiento, las acciones oportunas o realizando los actos adecuados para lograr el cumplimiento querido, etc. En definitiva, y dentro de lo dispuesto en el citado artículo 901, todas las facultades que estime conveniente, salvo las que sean contrarias a las leyes. Dentro de tales facultades hay que destacar una muy importante: la de interpretar el testamento.

Pone de relieve GARRIDO DE PALMA la importancia, comprobable en los protocolos notariales, que tiene la figura del albacea en los testamentos de padres de discapacitados, porque él es la persona de confianza a quien puede encargarse el cuidado y atenciones específicas que el discapacitado necesite y ello con la prolongación en el tiempo que el testador desee y que sin ningún problema podrá alcanzar toda la vida de incapacitado estableciendo expresamente ese plazo para la duración del cargo y previendo la sustitución del mismo mediante el nombramiento de albaceas sucesivos.

También puede resultar útil (art. 907.2) la posibilidad de que el contenido del albaceazgo sea, no la entrega de bienes a herederos determinados, sino su inversión y distribución a los fines determinados por el propio testador, debiendo rendir, en tal caso, cuentas al juez al término de su misión. Así podrán los padres testadores encomendar al albacea la satisfacción de las necesidades económicas de su hijo discapacitado mediante la administración y disposición de la parte de la herencia que señalen, estableciendo la entrega de las cantidades necesarias para ello al establecimiento donde

estuviere internado el hijo al tutor de éste que, en este caso, no administrará esa parte de la herencia destinada a subvenir a las necesidades del discapacitado.

Incluso LEÑA FERNÁNDEZ argumenta muy sólidamente la posibilidad de que el testador conceda expresamente al albacea la facultad de enajenar los bienes de la herencia, sin intervención de los legitimarios (arts. 901, 834, 907 C.c.).

— Nombramiento de contador-partidor

456 Una primera aproximación al cargo nos supone el reconocimiento de una función estricta: contar y partir (inventario, avalúo, liquidación, fijación de haberes, y división-adjudicación). No deja de ser aconsejable su nombramiento para evitar disensiones entre los herederos y sus consecuencias (paralización de la distribución y, a veces, pleitos judiciales), y más teniendo en cuenta que el artículo 841 C.c. dispone: “el testador o el contador partidor **expresamente autorizado** por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria a los demás legitimarios”.

El nombramiento de contador-partidor es absolutamente aconsejable al caso que nos ocupa (cfr. juego de los arts. 271.4.º, 272, 1.057 C.c., sobre el juego de la autorización judicial). Está claro —escribe LEÑA FERNÁNDEZ— que los padres de disminuidos psíquicos que quieran evitar a su fallecimiento trámites más o menos enojosos, deberán en su testamento nombrar un contador-partidor que distribuya los bienes entre los llamados a la herencia en la forma y proporción que testamentariamente hayan dispuesto, no sólo para evitar controversias y posibles litigios entre los herederos, sino también para ahorrarles el trámite de aprobación judicial de la partición (en este caso se evitará que sea contador-partidor el mismo tutor; aunque puede ser contador-partidor el mismo albacea).

5.2. Disposiciones testamentarias dirigidas a solucionar los problemas derivados de la falta de capacidad del disminuido para subvenir a su propio cuidado y sustento.

Junto a la preocupación respecto de la persona que, una vez fallecidos los padres, haya de tomar todas las decisiones que afecten a la persona y bienes del hijo disminuido (5.1 anterior), se encuentra la relativa a proporcionar a su hijo la seguridad de un medio de vida suficiente, ya que éste por su incapacidad no podrá procurárselo. La vía para solucionar este problema será dotar al hijo, directa o indirectamente, de un patrimonio suficiente que, administrado por quien se haya establecido, proporcione los frutos o rentas necesarios para su vida y cuidado. Las tres vías más importantes son objeto de estudio por LEÑA FERNÁNDEZ: reforzamiento de la posición del cónyuge supérstite; y disposiciones patrimoniales favorecedoras del disminuidos (directas e indirectas).

457

5.2.1. *Reforzamiento de la posición del cónyuge supérstite.*

Todos los padres del mundo —escribe LEÑA FERNÁNDEZ— cuando constituyen una pareja bien avenida, tienen el más absoluto de los convencimientos de que nadie cuidará y atenderá a su hijo disminuido como ellos. Convicción avalada por la propia realidad de los hechos que hace pensar que la atención del disminuido no correrá peligro mientras viva uno de ellos. La postura lógica ante semejante convicción es procurar que el padre o madre sobreviviente tenga los menores problemas económicos posibles y no se vea afectado por posibles reclamaciones hereditarias de los hermanos del disminuido respecto a la herencia del padre o madre fallecido. Luego su primera medida será reforzar la posición del supérstite, porque están seguros de que no ahorrará esfuerzos ni desvelos por procurar el bienestar de ese hijo. He aquí algunos de los medios para conseguirlo:

— La facultad de distribuir y mejorar

A pesar del criterio negativo, general, del artículo 670 C.c., el 831 establece que, "... podrá ordenarse en testamento o

en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante. Si no se hubiere señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes”.

La utilidad de esta vía se revela, sobre todo, en aquellos casos en que los padres, aún jóvenes, y siendo pequeño el disminuido, no saben cuál será la actitud de los hermanos (también pequeños) del disminuido, respecto de éste. Se trata de un momento en que los padres no tienen elementos de juicio suficientes para adoptar en su testamento soluciones definitivas. Es lógico que se opte por establecer, además, un plazo máximo (la vida del propio cónyuge viudo).

458

— La prohibición de partir durante la vida del cónyuge supérstite

Esta posibilidad viene permitida por el artículo 1.051 del C.c. Y puede ir unida a la facultad de mejorar y distribuir concedida al cónyuge supérstite. Esta prohibición limitada temporalmente a la vida del cónyuge viudo puede ser útil para mantener el patrimonio unido durante su vida, siendo aconsejable además encomendarle la administración de los bienes nombrándole albacea o administrador, e incluso legarle también el usufructo universal de la herencia, con lo que aún se fortalece más su posición. Se trata así de evitar la división de explotaciones o negocios que pudieran disminuir la rentabilidad del patrimonio, y, en consecuencia, las posibilidades de atender adecuadamente las necesidades del disminuido mientras sobreviva uno de los padres.

Si se trata de explotaciones agrarias (art. 4.3 de la Ley de 4 de julio de 1995) no hay que olvidar que los pactos de indivisión por un período mínimo de seis años (o sea, más

de seis años), les da la calificación de explotaciones prioritarias, con los beneficios fiscales que ello comporta. Si se trata de otras empresas es aconsejable (para obtener los beneficios fiscales) establecer un plazo superior a los diez años.

— Legado de usufructo universal

Escribe LEÑA FERNÁNDEZ, que los notarios estamos acostumbrados a oír de labios de los cónyuges con hijos que quieren hacer testamento frases como éstas: “queremos hacer testamento del uno para el otro y luego para los hijos” o “queremos hacer testamento para que faltando uno, todo siga igual mientras viva el otro y luego ya que pase a los hijos”. Si este es el deseo más común entre matrimonios bien avenidos, esa aspiración es prácticamente universal cuando tienen algún hijo discapacitado. Lo que pretenden es simplemente que el viudo pueda explotar y administrar todos los bienes (como si vivieran los dos) y percibir las rentas, frutos y productos, para con ellos atender debidamente a ese hijo disminuido que quedará bajo el cuidado del sobreviviente.

Este deseo está legalmente previsto en alguna legislación foral (viudedad foral universal en Aragón; usufructo de fidelidad, en Navarra), en otras cabe el pacto o atribución testamentaria (Galicia, Vizcaya y Álava), y en otras, en fin (Cataluña y Baleares) se arbitran soluciones para que el usufructo universal pueda otorgarse sin graves problemas. En Derecho común puede llegarse al mismo resultado práctico a través de la *cautela socini* (art. 820 C.c.). Es curioso el dato que aporta LEÑA FERNÁNDEZ: desde la vigencia del Código Civil no se han producido impugnaciones de tales cautelas que hayan llegado ni al Tribunal Supremo, ni a la Dirección General de los Registros y del Notariado, lo que viene a significar que, aun cuando la ley no dé cauce a las aspiraciones sociales, éstas acaban imponiéndose, buscando para su satisfacción fórmulas indirectas u oblicuas.

— Designación como albacea

Mediante esta designación el testador podrá atribuir a su cónyuge las amplias facultades que hemos examinado en su lugar oportuno. Si esta designación se suma a la prohibición testamentaria de realizar la partición durante la vida del cónyuge y la atribución del usufructo universal o, en su caso, el nombramiento de administrador efectuado a su favor, habremos diseñado una importante modalidad de reforzamiento.

5.2.2. *Disposiciones patrimoniales directamente favorables para el disminuido.*

460

Contempla LEÑA FERNÁNDEZ en este apartado una serie de posibilidades que el Derecho pone en manos de los padres para que éstos puedan favorecer especialmente al disminuido, dotándole de un patrimonio que permita a los encargados de su custodia, una vez fallecidos los padres, subvenir a sus necesidades bien con los frutos de este patrimonio o bien realizando las enajenaciones de bienes que procedan, cuando se consideren útiles o necesarias. Dentro de este campo se encuentra la posibilidad de dar cauce a una de las inquietudes sentidas en mayor grado por los padres del disminuido, y que es dotarle de un lugar propio donde vivir hasta su fallecimiento.

— La mejora

Haciendo uso de esta institución, pueden los padres de un hijo disminuido dejarle una mayor parte en la herencia, que dejen al resto de sus hijos. Esta parte puede alcanzar, además de su cuota legitimaria, otros dos tercios de la herencia (el tercio libre, y el tercio de mejora).

— La atribución al disminuido de todos o gran parte de los bienes de la herencia con facultad de pagar su legítima en metálico al resto de los legitimarios

Esta posibilidad es consecuencia de la Ley de Reforma del C.c. de 13 de mayo de 1981 (art. 841, a que ya nos hemos referido). En la realización de esta posibilidad pueden distinguirse las siguientes fases: aceptación o rechazo expreso o tácito por parte del beneficiario; liquidación de la herencia y de las cuotas a pagar; notificación a los legitimarios; aprobación por éstos de la liquidación o, en su defecto obtención de la aprobación judicial; y pago en metálico a los legitimarios.

— Legados de pensión periódica, alimentos y educación

Consiste el legado de pensión periódica (art. 880 C.c.) en la obligación, impuesta por el testador a todos o algunos de los herederos, de abonar al hijo disminuido una pensión (semanal, mensual, anual) y de una cuantía prefijada por el propio testador. Suelen utilizarse cláusulas de estabilización (índice de precios al consumo, revalorización salarial), aunque quizá fuera mejor no señalar una cantidad determinada para la pensión, sino fijarla en el salario mínimo interprofesional, multiplicado por un coeficiente "X", según el poder económico de la familia y las necesidades del pensionista que deban atenderse.

A la modalidad de legado de alimentos se refiere el artículo 879 C.c. Los padres del disminuido deben ordenarlo "nominalmente" así en sus testamentos, para evitar que puede confundirse la atribución del legado, como un simple ruego. Este legado supondrá la obligación de pagar una pensión suficiente que cubra los alimentos en sentido amplio (gastos de sustento, habitación, vestido y asistencia médica, y también gastos de educación). Explícitamente el artículo 153 C.c. admite que el testador amplíe, disminuya, modifique o especifique el contenido legal de este derecho.

El simple legado de educación es más específico y de menor entidad que el de alimentos. Se tratará de pagar una pensión periódica necesaria para sufragar los gastos de educación del disminuido en un determinado centro (especial o no). Será conveniente que el testador indique con precisión el centro y duración del legado.

— Legados de usufructo y habitación

462 En la mayoría de los casos esta modalidad de legado es la preferida por los padres de un discapacitado que entienden que lo mejor es no dejar la propiedad de los bienes al disminuido psíquico, ante el temor de que tales bienes puedan llegar a enajenarse, incluso por presiones de otros hijos, o bien tratando de evitar una segunda transmisión por herencia de estos bienes al fallecimiento del disminuido. La atribución en usufructo permite que con los frutos y rentas de los bienes usufructuados, puedan satisfacerse las necesidades del disminuido (puede ser un usufructo de carácter genérico sobre parte o toda la herencia, con la correspondiente *cautela socini*; o de carácter concreto sobre un bien determinado, la vivienda, por ejemplo).

A veces se rechaza la solución del usufructo por pensar que como derecho real es susceptible de enajenación, y se prefiere el derecho de habitación que tiene carácter personalísimo y es, por tanto, inalienable.

5.2.3. *Disposiciones patrimoniales indirectamente favorables al disminuido.*

Examina LEÑA FERNÁNDEZ en este apartado un conjunto de posibles disposiciones que el testador puede utilizar, mediante las cuales, si bien tratará de favorecer directamente a personas o entidades determinadas, atribuyéndoles bienes o derechos en concepto de herederos o legatarios, la última finalidad perseguida será beneficiar, aunque sólo sea por vía indirecta, al disminuido.

— **La institución de heredero o el nombramiento de legatario condicional a favor de un tercero, consistiendo la condición en la prestación de atenciones y cuidados al disminuido**

Puede el testador dejar bienes o derechos determinados o bien una parte alícuota de la herencia a una persona o entidad, por vía de institución de heredero o de legado, condicionando suspensiva o resolutoriamente la atribución a que la persona o entidad favorecida se haga cargo del disminuido y le preste los cuidados y atenciones necesarios hasta su fallecimiento, bien personalmente o bien a través de una institución adecuada.

— **La institución de heredero o el nombramiento de legatario a favor de tercero, con carácter modal, consistiendo el modo o carga en la prestación de atenciones y cuidados al disminuido**

463

El artículo 797 C.c. permite al testador el nombramiento de heredero o legatario, imponiendo un modo o carga. En este caso, consistiría en una prestación de dar (gastos de alimentos en sentido amplio) y de hacer (cuidados y atenciones), en favor del disminuido. Es aconsejable precisar al máximo su contenido y despejar cualquier duda respecto a la naturaleza condicional o modal de la carga.

5.3. Disposiciones testamentarias dirigidas a solucionar los problemas derivados de la falta de capacidad para testar del disminuido.

Dado que el discapacitado, según la intensidad de su disminución psíquica, puede carecer de la capacidad de otorgar testamento, los padres se preocupan normalmente por el destino que puedan tener los bienes dejados a aquél cuando fallezca. Las vías, según LEÑA FERNÁNDEZ, que pueden conducir a la solución del problema, son las siguientes:

— Sustitución fideicomisaria pura o condicional

Utilizando esta institución los padres podrán dejar los bienes o la parte de herencia que estimen conveniente a su hijo disminuido, como heredero fiduciario, disponiendo que, al fallecimiento de éste, pasen estos bienes a otra persona designada como heredero fideicomisario, ya sea puramente, ya para el caso de que éste cumpla determinadas condiciones, como pueden ser que, durante la vida del disminuido, lo haya cuidado y atendido convenientemente. O bien podrá dejar esa parte de herencia a uno de los hermanos del disminuido, con la carga de tenerlo en su compañía y atenderlo, disponiendo que, para el caso de no cumplir la carga o de fallecer antes que el disminuido, pasen los bienes a éste.

— Fideicomiso de residuo

464

Para evitar el problema que supone el que el fiduciario no puede disponer de los bienes fideicomitados, el testador puede utilizar la figura del fideicomiso de residuo, que permite disponer de todos o parte de los bienes (en caso de necesidad o sin ella a su arbitrio), en cuyo supuesto sólo pasan al fideicomisario aquellos respecto de los cuales no se haya dispuesto.

— Sustitución pupilar y ejemplar

Los artículos 775 y 776 C.c. son el cauce adecuado para solucionar el problema cuando el hijo disminuido no va a poder otorgar testamento, tanto respecto a los bienes que los padres le dejen, como respecto a cualesquiera otros existentes en el patrimonio del disminuido a su fallecimiento.

Bibliografía

- ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J.: "El Derecho civil del siglo XXI" (*Revista Derecho Notarial*, enero-marzo, 1989).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, (Madrid, 1992).
- BROSETA PONT, M.: "Aspectos generales para una introducción sobre el derecho de los consumidores" (*Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*).
- DELGADO DE MIGUEL, J. F.: "La práctica notarial y el medio ambiente" (XX Congreso Internacional del Notariado Latino, *Revista Jurídica del Notariado*, I, Extraordinario 1992).
- FONT GALÁN, J. I., y LÓPEZ MENUDO, F.: *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor* (Madrid, 1990).
- GARRIDO DE PALMA, V.: *Derecho de Familia* (Trivium, Madrid, 1993).
- GÓMEZ CALERO, J.: *Los Derechos de los Consumidores y Usuarios* (Madrid, 1994).
- LEÑA FERNÁNDEZ, R.: *El notario y la protección del discapacitado* (Consejo General del Notariado, Madrid, 1997).
- MARTÍN MATEO, R.: *Tratado de Derecho Ambiental* (I, Trivium, Madrid, 1991).
- RENERÍA AROCENA, A., y PAGOLA VILLAR, I.: *La seguridad jurídica contractual, medio de protección del consumidor* (XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Consejo General del Notariado, Madrid, 1995).
- REYES LÓPEZ, M. J.; PUERTES MARTÍ, A.; FERNÁNDEZ GIMÉNEZ, J. P.; ESTRUCH ESTRUCH, J., y CUENCA ANTOLÍN, D.: *Nociones básicas de Derecho de Consumo* (Editorial Práctica de Derecho, S.L., Valencia, 1996).

LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA MISIÓN
DEL NOTARIO RESPECTO A
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Introducción

Hasta aquí hemos analizado la misión del notario con respecto a los derechos fundamentales de los clientes (nacionales o extranjeros) que acuden a sus despachos.

El notario español que actúa en España, en el ámbito territorial estricto que tiene acotado legal y reglamentariamente, lo que supone una prohibición de ejercer su función notarial fuera de los límites del propio Estado.

466

Se trata de una limitación unida a su condición de funcionario o de "oficial público", como señala la Comisión Permanente de los Notariados de la CEE. El notario está excluido del principio general de libre circulación por serle aplicable el artículo 55 del Tratado de la CEE, puesto que la suya es una actividad que participa en el ejercicio de los poderes públicos. La profesión notarial es única, inescindible. Y no cabe que un notario español, al menos bajo el sistema legal vigente, escinda su profesión y se traslade a otro país para asesorar a un particular como profesional del Derecho, para recobrar su condición de notario al regresar a su país nacional como si fuere la frontera "el mágico tamiz" (DELGADO DE MIGUEL) que permitiera tal disfunción. La Comisión Permanente citada ha sido terminante al respecto, señalando que la profesión notarial no es susceptible de ser escindida en actividades diversas, públicas y privadas porque estas últimas, las de asesoramiento, son presupuesto necesario de las primeras y hacen que el documento notarial produzca los efectos especiales que le atribuyen las leyes.

¿Podría internacionalizarse la misión del notario?

No vamos a entrar en el análisis de posibilidades que escapen a la misión estricta del notario, como persona individual. El notario puede aportar su esfuerzo personal, pero es a la Organización Notarial (Unión Internacional del Notariado Latino, Consejo Superior de cada Notariado) a los que corresponde:

— La cooperación internacional con organismos supranacionales, tales la ONU, la UNESCO, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, diversas ONG, etc.

— La creación de centros de documentación y divulgación o formación de técnicos especializados en Derecho comparado, civil, mercantil, procesal o internacional.

— El estudio y la facilitación del acceso al crédito privado de los ciudadanos pertenecientes a naciones en desarrollo.

— El agilizar e influir en problemas de *lege ferenda*, tales como:

- La circulación internacional del documento. Problema práctico de trascendental importancia para que no sea estéril la misión del notario respecto a los derechos fundamentales.

- La admisión de tecnologías informáticas que puedan llegar a incidir y hasta modificar modalidades de autenticación (documentos sin base física de papel, contratación telemática, etc.).

467

2. La circulación internacional del documento notarial

2.1. Planteamiento.

¿De qué sirve que un notario se preocupe de los derechos fundamentales de los particulares que acuden a él, si su documento, cuando traspase las fronteras no va a tener el reconocimiento que tiene dentro de las suyas?

Empecemos por ahí. Hoy las relaciones jurídicas se han internacionalizado tanto en el plano jurídico estricto, como

en el plano económico; y así, si antes, hace no demasiados años, la circulación internacional del documento notarial era tan escasa como extraña, hoy es cuantiosa y frecuente.

¿De qué sirve que el documento notarial defienda en un país los derechos fundamentales si cuando circule a otro no va a ser reconocido como tal? Ya sé que no es lo mismo defender los derechos fundamentales (que están defendidos incluso en documentos que se tengan que considerar incompletos), que defender la libre circulación de ese documento y reconocerlo como tal, sin degradarlo a la condición de documento privado. Nada más lejano a mis ideas que el pedir “café para todos”, sí de pedir reflexión al tiempo de buscar formas equivalentes o salidas airoas al problema, sin que ello suponga bajar la guardia ante formas sajonas no acordes con la seguridad jurídica, en demérito de la mayor seguridad jurídica que ofrece la documentación del Notariado Latino.

468

La intervención de una autoridad (el notario) en el otorgamiento de una forma implica que esa forma se someta a la regla *auctor regit actum*. Esta simple afirmación significa que el notario español aplicará la ley española, el francés la francesa, y así sucesivamente el británico la suya y el estadounidense la suya.

El problema cobra gravedad cuando el mismo documento se intenta hacer valer en un Estado distinto al del notario autorizante, ya que puede suceder:

— que en el país de recepción no se exija formalidad alguna para el acto de que se trate,

— o que en el país de recepción se exija una forma determinada (ej. documento notarial) para producir una serie de efectos (probatorios, ejecutivos, registrales, o constitutivos de una relación).

Y de este problema se sigue el siguiente, que no es único y sólo para la legislación española (se plantea idéntico en muchos, por no decir todos los países comprendidos en la UINL).

Partimos de la base de un país que exige documento notarial para producir determinados efectos, y cuando el documento recibido no cumple todos los requisitos, caben dos posturas:

- La que PÉREZ-HOLANDA llama “ultranacionalista”, según la cual sólo será eficaz el instrumento notarial extranjero que reúna los requisitos establecidos en el país de recepción (no faltan autores que adoptan esta postura que fue recogida por el Tribunal Supremo español en Sentencia de 4 de octubre de 1982, aunque sólo en relación a los actos en que la forma es exigida *ad solemnitatem*: aplicó la ley española a un supuesto de donación de inmuebles, autorizada por notario francés conforme a la forma francesa).

- Una segunda teoría más flexible y conciliadora es la que considera que cuando la legislación del país de recepción requiere una solemnidad determinada, sea para producir efectos probatorios o constitutivos, basta con que el acto reúna no las condiciones exigidas por el país de recepción, en sentido literal, sino la forma equivalente a la del país de recepción en el lugar del otorgamiento. Ello quiere decir que el documento notarial extranjero será válido y eficaz en el país de recepción siempre que el notario extranjero haya llenado las formas precisas que son pedidas por su ley y, además, éstas sean equivalentes (no idénticas) a las que exige el ordenamiento de recepción para el mismo acto (esta posición ha sido admitida por el Tribunal Supremo español, en sentencias de 15 de marzo de 1955, 27 de febrero de 1964 y 23 de junio de 1977).

Este principio de equivalencia de formas y efectos (los documentos cuya elaboración respete unos mínimos requisitos comunes, deben producir los mismos efectos; un documento privado nunca puede producir los efectos de uno público) puede y debe ser fundamental a la hora de facilitar la libre circulación del documento notarial en el tráfico internacional, en cuanto quiebra los esquemas proteccionistas de las legislaciones nacionales en esta materia. Pero es evidente que lo

que hay que determinar con claridad y precisión es cuáles sean los requisitos mínimos para que un documento notarial extranjero tenga plenos efectos, así como los efectos que van a producir los documentos elaborados con tales requisitos mínimos esenciales. Vamos a examinarlos con cierto detenimiento, siguiendo las reflexiones de PÉREZ-HOLANDA.

2.2. Autoría del documento notarial.

Reducimos a dos (por ser los más problemáticos) los sistemas al tiempo de construir jurídicamente la figura notarial: el latino y el sajón (y vamos a tratar de ofrecer un simple esquema, porque sería excesivo, siquiera resumir aportaciones tan completas e importantes como las realizadas en los Congresos Internacionales del Notariado Latino, en sendas ponencias de FONT BOIX, SIMÓ SANTONJA, DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO y MADRIDEJOS SARASOLA; BOLÁS ALFONSO, LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ y SAGARDÍA NAVARRO.

470

El sistema latino (que algunos llaman germano-latino) es un derecho de carácter escrito, basado en el ordenamiento romano; el sistema sajón está basado en la equidad (equity) y en la decisión judicial (legal rule).

— **Subjetivamente**, el notario latino ejerce una función inescindible, de profesional del derecho y funcionario investido de potestad pública (sin entrar en subsistemas); el notario sajón es funcionario (generalmente) y no pasa de ser un testigo cualificado de los hechos que presencia, siendo incluso a veces innecesaria su formación jurídica (se les conoce con distintos nombres y funciones: notary public de Londres; solicitors, licensed conveyancers, notary public USA, notario asociado con jurista, etc.).

— **Objetivamente**, el notario latino es “total” en cuanto su dación de fe se extiende a todo el documento (partes intervinientes, negocio mismo, otras formalidades); la dación de fe del notario sajón es parcial, normalmente sólo referida a la legitimación de las firmas yuxtapuestas (sólo en ocasiones

se extiende a la capacidad y legitimación de las personas y a la licitud del negocio, lo que supone un relativo acercamiento al sistema latino).

— **Temporalmente**, la actuación del notario latino es simultánea a la actividad de las partes en la creación del documento; mientras que la actuación del notario sajón es posterior al hecho, acto o negocio del que da fe, y por supuesto a la actividad creadora de las partes.

— **Eficazmente**, la actuación del notario latino es interna y creadora del instrumento que no existía anteriormente, mientras que la del notario sajón es externa y avaladora, nunca creadora de la forma que contiene la voluntad negocial.

El Notariado latino tipifica al notario como profesional del derecho investido de la fe pública y también tipifica el ejercicio de sus funciones, estableciendo unos requisitos mínimos comunes a todos ellos (Conferencia Permanente de los Notariados de la CEE, 23 de marzo de 1993: tipifica al notario como “oficial público... con delegación de la autoridad del Estado para redactar documentos... para conferirles fuerza probatoria, ejecutiva y asegurar su conservación... el notario ejerce sus funciones como profesional... deberá prestar funciones de asesoramiento y consejo... realizarlo de forma activa, individualizada e imparcial... prestando incluso una asistencia especial a las partes más desprotegidas”).

La falta de alguna de estas potestades en el notario provoca una patología funcional en los documentos notariales, que PÉREZ-HOLANDA clasifica:

— **Documentos autorizados por un notario que carece total o parcialmente de la potestad autenticadora (documentos no autenticadores)**, que incluye normalmente a los documentos de procedencia anglosajona, en los que el notario ejerce una función de mero legitimador de las firmas de las partes, dejando fuera la identificación y capacidad de las partes, la legalidad del acto y la prestación del consentimiento. Es unánime la opinión de que este tipo de documentos carecen

de aptitud para el tráfico internacional y de libre circulación (en España es evidente este criterio negativo; admitir lo contrario quebraría el principio de seguridad jurídica que establece la Constitución y al que nos hemos referido).

— **Documento autenticador pero no redactado por el notario.** Supone que el notario no procede por sí mismo a la conformación de la voluntad de las partes, ni a su redacción (es redactado por las partes, solas o asistidas por un abogado o tercero cualquiera), pero que sí da fe de la identificación, de la capacidad y de la legalidad del acto. PÉREZ-HOLANDA considera que tales documentos deberían ser admitidos al tráfico internacional, por cuanto aunque el notario no lo haya redactado sí que lo habrá “calificado”. La inescindibilidad de la función notarial latina dificultan esta opinión.

472

— **Documento autenticador, con redacción notarial, pero sin asesoramiento imparcial.** Abunda en el Derecho anglosajón, pero aun cuando hayan intervenido abogados en su asesoramiento, quiebra el principio de imparcialidad, al intervenir dos personas (notario y abogado) con funciones diferentes, podría conducir a particulares insuficientemente asesorados o lo que sería peor intencionalmente mal informados.

2.3. Forma del documento notarial.

Las garantías mínimas de **autenticidad material** están vinculadas a los efectos del documento, de modo que se produce mayor eficacia cuantas mayores son las garantías que lo rodean:

— En el documento completo distinguimos, respecto de los actos del notario, que éste afirma cuáles son: su propia presencia en el acto; la identificación de los comparecientes; las inserciones, incorporaciones, reseñas y testimonios; las reservas y advertencias legales; la lectura del documento y la autorización del mismo. En el documento “patológico” faltan estas referencias, siendo de destacar que la falta de lectura puede suponer el riesgo de que se firme a ciegas o que

prosperare la *exceptio schaedulae non lectae*; la falta de identificación produce inseguridad jurídica, por suplantación de personalidad o incluso simple error en la identidad de los sujetos (así puede ocurrir con las máquinas estampadoras USA, a que luego nos referiremos); omitir las reservas y advertencias legales va en detrimento del deber de información y de asesoramiento, lo que también daña la seguridad jurídica; y lo mismo ocurre si no se hacen constar las incorporaciones, reseñas e inserciones que se presentan ante el notario, acreditativos de la capacidad, legitimación, autorizaciones o verificaciones administrativas. La falta de estos extremos hay que considerarla irrenunciable.

— En el documento completo, los hechos que el notario percibe por sus sentidos son: la comparecencia de las partes principales y de otras personas accesorias al documento (testigos, facultativos, traductores...) y las declaraciones de voluntad emitidas por las partes. En el documento “patológico”, el notario anglosajón es un mero legitimador de firmas porque al no realizarse ante él las declaraciones no puede dar fe de que se han hecho. La fe pública no alcanza al hecho de la realización de las declaraciones de los comparecientes ya que éstas han tenido lugar con anterioridad, corriendo el riesgo de que formen parte del documento voluntades inexistentes, falsas o erróneas.

— En el documento completo son juicios del notario: la fe de conocimiento (para la identificación de las partes) y de capacidad y legitimación; la legalidad de las declaraciones y del acto en general, y en determinados casos, la notoriedad de los hechos. En el documento patológico el notario anglosajón no se refiere: ni a la correcta identificación de las partes (a las que no se les exige prueba documental), ni tampoco a la fe de capacidad, de legalidad y de validez de sus declaraciones. La falta de estos requisitos posibilitan que el documento sea nulo, inexistente o anulable, sin ninguna previsión de responsabilidad del notario.

— En el documento completo se hace referencia al contenido de las declaraciones, lo que las partes manifiestan como real con la voluntad firme de producir los efectos buscados, que son normalmente la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas determinadas. En el documento patológico, al no verificarse ante el notario, sino en un momento anterior a la comparecencia, éste no sabe si aquella es la voluntad manifestada y querida (y ello aunque en el documento perfecto o completo, la fehaciencia no se extiende a la veracidad de las declaraciones, sino a la existencia de las mismas).

474

Junto a las garantías de autenticidad material existen las llamadas garantías de **autenticidad formal** (según LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, “aquellos signos externos de utilización exclusiva en estos documentos, que por su sola presencia denotan la existencia de un instrumento notarial”). En el documento completo se indican la firma, signo rúbrica y sello en el documento y la redacción en papel oficial de difícil acceso al público (soporte material del documento que lo diferencian del papel común, como son el folio y timbre del Estado). La patología de estos documentos es bastante clara: en cuanto a los redactados por abogados, oficiales, jurisperitos, que no pasarían de ser documentos privados redactados por un técnico pero no funcionario. La falta de un papel oficial concreto no puede considerarse como condición mínima y esencial del documento notarial, porque cada país y Notariado puede tener sus normas respectivas.

2.4. Eficacia del documento extranjero.

Los efectos típicos del documento público son (resumiendo) el probatorio, el ejecutivo y el registral.

Hay documentos, completos, que tienen todos estos efectos mientras que los hay “patológicos” que son incompletos por carecer de alguno de los efectos (documentos británicos sin fuerza ejecutiva), o por tenerlos sólo parcialmente (do-

cumentos USA que tienen todos los efectos, pero sólo parcialmente. Si un documento carece de eficacia probatoria, ejecutivas o registral conforme a la ley de su otorgamiento nunca podrá producir el efecto que no tiene en el país de recepción. Tendríamos que partir de un principio básico, abstracto: el documento carente de algunos de los efectos citados, en origen, no puede producirlos en el lugar de recepción. La solución a este problema pasa por una sanación, refuerzo o complemento en origen, de tal manera que los países de otorgamiento doten a sus documentos de tal fuerza, mediante las reformas legislativas pertinentes (es el caso del sistema inglés que prevé la existencia de notarios especiales, los de Londres, con potestades para crear documentos dirigidos a producir efectos fuera del ámbito territorial en que han sido creados, para lo cual se someten a la ley extranjera en cuanto a las formalidades a cumplir, aunque se plantea el problema de que al carecer de eficacia ejecutiva en origen, tampoco pueden producirla en el país de recepción, aun cuando cumplan las formas exigidas por la normativa del país de recepción para ser ejecutadas en dicho Estado.

475

2.5. Admisión del documento notarial extranjero en el país de recepción.

Quiero empezar con algunos ejemplos y opiniones tomadas de un acertado artículo de GEORGES A. L. DROZ, entonces secretario de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, publicado en 1991 con ocasión de las “Melanges en hommage à André Breton et Fernand Derri-da” (“Problèmes soulevés par l’établissement, en Angeterre au aux Etats-Unis, d’un mandat d’hypothéquer un inneuble francais”). Estoy seguro que en su dedicatoria a mi persona (“en fidele souvenir”) se encierran algunos paseos, juntos, en La Haya, cuando su “ciencia” luchaba entre posiciones defendidas en 1969 (Daloz, *Notaire*, n.º 13) y reflexiones

producidas con posterioridad ante el “hipernacionalismo de algunas sentencias” contrarias a la sociología jurídica.

Todo arranca de la ley francesa que exige y así lo reconoció una antigua Sentencia de 5 de julio de 1827, que para hipotecar bienes sitios en Francia es de aplicación el estatuto real, y por tanto, un poder para hipotecar sólo es válido cuando lo autoriza un notario francés (o en el extranjero ante cónsul francés). Ya PATARIN consideraba que era suficiente la forma local extranjera ante “*officier public*” (notario, por ejemplo).

476 La solución de dirigirse al cónsul francés, en funciones notariales, está lejos de ser una panacea, por dos razones: la primera que la situación del consulado puede estar alejada del domicilio de los interesados (que deben perder un día o más de su trabajo para llegar a un consulado con horas de apertura y cierre estrictas), la segunda que los consulados no son proclives a resolver los problemas de personas que no tienen la nacionalidad francesa (así se deduce de la instrucción general sobre el Notariado consular de 9 de febrero de 1961, y de la Carta colectiva 109/90 de 9 de febrero enviada por el ministro de Asuntos Exteriores a todos los jefes de Legación Consular).

En la práctica, la solución más fácil para los interesados es la de establecer un documento ante autoridad local, que satisfaga las condiciones exigidas por el Derecho francés.

DROZ (en la misma línea que FONT BOIX) distingue claramente entre el documento expedido por notario inglés (nombrado por la autoridad eclesiástica, el Master of faculties, dependiente del arzobispo de Canterbury) y el documento legitimado por notario USA, incluso partiendo de la idea de que la calificación del documento importa menos que la función del notario que en él participa, teniendo en cuenta que las solemnidades exigidas por la Ley tienen como finalidad, de una parte la seguridad o garantía de lo realizado y, de otra, que el otorgante tenga conciencia de la gravedad de la obligación que contrae.

Tratándose del poder para constituir una hipoteca sobre bien inmueble sito en Francia, o del poder para donar o aceptar donaciones (que son los supuestos de forma *ad substantiam* en la Ley francesa, que estudia DROZ), entiende que la intervención de un jurista cualificado como el “notary public” inglés proporciona las garantías suficientes, puesto que su intervención tiene precisamente por objeto asegurar la fuerza probatoria del documento en el extranjero (opinión compartida por los CRIDON, centros de investigación, documentación e información notariales). Se apunta incluso que de prevalecer la opinión contraria abocaría a una situación de monopolio de los cónsules y notarios franceses (por lo que respecta a las relaciones Francia-Reino Unido).

Esta solución es conforme con el principio comunitario de la libre circulación de ciertos documentos jurídicos, y cuenta en Francia con la respuesta de su ministro de Justicia (Decreto de 4 de enero de 1955): “... en la medida en la que un notary public del Reino Unido pueda ser asimilado *mutatis mutandi* a un “officier public”... puede responderse afirmativamente a la cuestión de que satisface la condición de autenticidad el poder certificado por un “notary public” inglés y revestido de la apostilla”. (Aunque en España no tenemos una respuesta equivalente, desde el punto de vista práctico es unánime la opinión de admitir tales documentos, incluso en su presentación a inscripción en el Registro de la Propiedad o Mercantil). Yo diría, en suma, que hoy la doctrina mayoritaria francesa y española califica como documentos notariales completos los redactados por los notarios públicos ingleses (notarios de Londres), no sólo porque ofrecen todas las garantías de honorabilidad, sino, sobre todo, porque su función principal es la de dar autenticidad a los documentos destinados a ser utilizados en el extranjero.

Mucho más delicada es la cuestión de saber si se debe acordar el mismo valor a los documentos emanados de los notaries public USA, a pesar de que la solución afirmativa fue recogida en una Sentencia del Tribunal de Casación ho-

landés de 21 de noviembre de 1952. Según ella, para que un poder sea auténtico hace falta que: a) haya sido confeccionado en la forma que, vistas las posibilidades existentes en el país de origen, se acerque lo más posible al documento auténtico; y b) que tal forma satisfaga las condiciones de autenticidad y de seguridad razonablemente exigidas en las relaciones sociales normales. En opinión del Tribunal, el poder firmado ante un "notary public" de Los Ángeles reunía ambas circunstancias, lo que de inmediato fue criticado por DE WINTER y más recientemente por DROZ.

478

Para DROZ el "notary public" americano, cuyo estatuto cambia además de Estado a Estado, no tiene nada que ver con su homólogo inglés, ya que simplemente se beneficia del encargo del Estado que le autoriza a certificar las firmas. La función en este notario americano —dice— la ejercen no sólo abogados, sino comerciantes con establecimientos abiertos al público ("drugstores", peluqueros, estancos de tabaco). Cita incluso una anécdota aleccionadora al objeto que nos ocupa: con ocasión de un viaje de estudios de un grupo de notarios franceses a los Estados Unidos, pudieron comprobar que en los grandes centros comerciales, el "notary public" ha sido sustituido por una máquina que funciona con una ficha que se adquiere en la caja del establecimiento y en cuya máquina se introduce el documento que aquélla devuelve timbrado, indicando el nombre del notario, la fecha de expiración de su cargo y la fecha y hora de la certificación. En tal caso no cabe duda que ni el notario está presente, ni certifica siquiera sobre el documento que se introduce por la ranura de la máquina.

Pero DROZ hace un esfuerzo, que podrá o no compartirse, pero que en todo caso hay que respetar, porque nada más evidente a un jurista que encontrar solución a los problemas de los particulares. ¿Qué culpa tiene el particular que en USA, alejado del Consulado de su país tiene que acudir a un notario para que éste estampe un lacónico y simple "before me", y que tal poder o documento no tenga ningun-

na validez? Su solución, en aras de facilitar la circulación del documento notarial, es que a la intervención del "notary public" se añada la intervención de un verdadero jurista. Por ello nos dice que si el "notary public" es también abogado y de la fórmula del poder aparece que éste ha sido confeccionado en su presencia y con la asistencia de este abogado, que seguidamente ha autenticado las firmas en su condición notarial, entonces, en un espíritu de cooperación internacional y para facilitar el comercio jurídico con USA, se podría admitir que este documento satisface las condiciones exigibles para su admisión como documento auténtico. También podría admitirse que si el poder está confeccionado en presencia y con la ayuda de un abogado y que seguidamente se certifican las firmas por un "notary public" esta doble intervención confiere al documento las condiciones exigidas por el sistema latino, pues hay la garantía tanto de su ajuste jurídico como de su origen.

479

Sin perjuicio de insistir en el problema más adelante tratando de encontrar soluciones airoas, me interesa destacar la postura de BOLÁS ALFONSO, que tras recoger la opinión de DROZ, aporta la suya, en parte correctora, con los siguientes matices.

1.º Respecto del "notary public" del Reino Unido, una cosa es reconocer la autenticidad del documento en el que expresamente se indique que es conforme a la legalidad, por el criterio del notario, y se legitimen las firmas, y otra muy distinta, que por el mero hecho de tener las firmas legitimadas ante el "notary public" debamos admitirlo como documento auténtico, presumiendo que en su confección se han respetado los requisitos mínimos exigidos por el sistema latino para la eficacia privilegiada del documento.

2.º Respecto del "notary public" americano, estadounidense, la posición de DROZ es perfectamente admisible, lo que ocurre es que tal vez esté de espaldas a la realidad cotidiana, ya que la verdad es que los documentos procedentes de estos estados se caracterizan por el laconismo de la forma

notarial limitada a la legitimación de firmas. Precisamente de lo que se trata es de conseguir que estos documentos respeten unos cánones mínimos para el reconocimiento de su valor en el país de recepción.

3.º No es admisible exigir la autenticidad del documento únicamente cuando esté destinado al otorgamiento, en el país de recepción, de un documento público cuya exigencia de forma la establezca la ley *ad substantiam*, como forma de ser. En efecto, cuando la forma notarial se exige como forma de valer, es decir, para el desarrollo de la plena eficacia del negocio documentado, el documento ha de ser íntegramente auténtico. La condición de auténtico se predica del documento en el que los elementos esenciales del negocio documentado quedan amparados por la intervención notarial. Si la voluntad negocial, esencia del negocio, se expresa a través de representante, la legitimación de éste deberá resultar de un documento auténtico. De no ser así estaríamos ante un documento incompleto, con toda la problemática que hemos planteado. Se exija el documento notarial como forma de ser o como forma de valer, es claro, para BOLÁS ALFONSO, que admitir el otorgamiento de un documento notarial en base a un poder privado supone desconocer la finalidad y el interés social del instrumento público, a saber “el negocio perfecto en el documento perfecto”.

480

4.º La valoración de la forma documental empleada es competencia de la ley del país de recepción, en el que el negocio documentado ha de desplegar su eficacia.

Esta postura que acabo de traer a colación es, evidentemente, la ortodoxa, siquiera ahora me voy a referir a la recepción del documento notarial extranjero en España cuando la forma es exigida como requisito de eficacia (*ad probationem*), lo que hago siguiendo a PÉREZ-HOLANDA, para que sus reflexiones nos ayuden a encontrar complementos o “refuerzos” para que sea posible la circulación del documento notarial.

Para justificar cuanto sigue quizá fuera conveniente, a todo su través, reflexionar sobre esta interrogante: es difícil, por

no decir imposible que el sistema notarial anglosajón cambie, tanto en cuanto es consecuencia de un sistema jurídico (como el latino lo es del suyo), pero es triste que no encontremos los juristas soluciones al particular que se encuentra con una *lex loci*, que no va a ser reconocida en el país de recepción, ¿hasta qué punto son posibles las soluciones de complemento o refuerzo para no sentir la impotencia de que el tema no tiene solución y haya que decirle al cliente, pues busque usted un cónsul, o haga el viaje a mi país, que ante mí, todo es posible?

Se trata de saber si el documento notarial extranjero se admite como tal o si necesita cumplir algunas condiciones para ser válido y eficaz en España, donde como en la mayoría de legislaciones el reconocimiento no es libre, sino que precisa el cumplimiento de ciertos requisitos para ser válido en unos casos (*ad solemnitatem*) y eficaz en otros (*ad probationem*): el principio base es que cuando mayores sean los efectos buscados, mayores serán los requisitos a cumplimentar. En este sentido habría que diferenciar los documentos extranjeros que pretenden constituir una relación jurídica en España (constitutivos, con forma de ser *ad solemnitatem*) y aquellos otros que sólo pretenden dar eficacia a una relación ya perfeccionada (eficaces frente a terceros, con forma de valer o *ad probationem*).

Dentro del tipo de forma *ad probationem* se pueden distinguir los documentos que intentan producir efectos de mera prueba en juicio o fuera de él; los que buscan la mera ejecutividad de un título determinado; y los que pretenden la toma de razón del acto o contrato en un registro determinado con publicidad material o publicidad-efecto.

Los requisitos que se exigen a un documento notarial extranjero para que tenga fuerza probatoria en España o, lo que es lo mismo, para que tenga el mismo valor que el documento notarial español, se recogen en los artículos 600 y 601 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Preceptos que han sido criticados por ser poco afortunados en las expresiones

utilizadas y por no haber acertado, en exceso, con los requisitos exigidos.

Entre los errores de expresión PÉREZ-HOLANDA cita los siguientes:

— No distingue entre los instrumentos *ad solemnitatem* o *ad probationem*.

— Emplea el término “otorgados”, cuando sería mejor decir “autorizados” (referencia a la autorización del notario y no al otorgamiento de las partes).

— Se refiere a “... en otras naciones” (lo que posibilitaría la inclusión de los documentos consulares), cuando hubiera sido preferible referirse a “documentos autorizados por una autoridad extranjera”.

— La referencia al valor (“... tendrán el mismo valor en juicio que los autorizados en España”) debería haber sido hecha tanto para el valor probatorio como para el ejecutivo. Y tampoco hubiera estado de más la indicación “en juicio y fuera de él”.

482

Entre las críticas hechas a ambos preceptos, PÉREZ-HOLANDA alude a:

— Que “el asunto o materia... sea lícito y permitido en España”, es aparte de reiterativo abocado a una condición de validez de carácter objetivo (se trata de una condición de validez y no de autenticidad, pues se está refiriendo a un requisito que de no ser cumplido, hará nulo el negocio y no meramente carente de efectos).

— “Que los otorgantes tengan aptitud legal y capacidad legal para obligarse conforme a las leyes de su país”, es también reiterativo, e incluye una condición de validez de carácter subjetivo, que puede considerarse excesiva para que el acto tenga fuerza probatoria (no se trata de que el acto sea válido o no, sino de que tenga valor probatorio o no el documento que lo contiene).

— “Que en el otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se hayan verificado los actos o contratos” supone una condición de

autenticidad de carácter extrínseco (condición de autenticidad, porque se refiere a la eficacia y no a la validez; y extrínseca, porque se refiere a la fuerza probatoria del documento en sí mismo considerado y en el lugar de origen). Aunque el precepto no lo diga, este requisito se desdobra en dos: que cumpla las formalidades del lugar de otorgamiento y que el cumplimiento de tales formas le confiera fuerza probatoria conforme a aquella misma ley.

— “Que el documento contenga la legalización y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España” supone otra condición de autenticidad extrínseca, pero esta vez vista desde el país de recepción del documento. En la actualidad se tiende a la liberalización de este trámite (Convenio sobre la apostilla, La Haya, 5 de octubre de 1961, recibido en España por Real Decreto de 2 de octubre de 1978).

— La expresión “los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España” plantea diversas interpretaciones posibles: la mera reiteración de las condiciones de autenticidad extrínseca del documento (legalización y traducción); éstas y además la obligación de cumplir las formalidades exigidas por la ley española (así entendida el art. 600 citado se convertiría en una verdadera cláusula de excepción, exigible no ya para los actos en forma solemne sino para todo tipo de actos, incluso en forma no solemne); es posible aplicar a este párrafo la teoría de la equivalencia de formas a los documentos con forma no solemne *ad probationem* (así sólo serán eficaces en España aquellos instrumentos que además de la legalización y traducción cumplan las formas del lugar de celebración, y que éstas resulten equivalentes a las que impone la legislación española).

Cuando los documentos cumplen todos los requisitos mínimos que la legislación española exige, no se planteará problema alguno (sea cual sea la interpretación que demos al art. 600). Si por el contrario, el documento no cumple con las formalidades impuestas por la legislación española, la exé-

tesis del precepto delimitará las condiciones que van a ser exigidas para que los documentos extranjeros sean reconocidos en España. PÉREZ-HOLANDA hace una doble distinción:

Documento notarial incompleto por no cumplir los requisitos subjetivos o formales.—Las condiciones mínimas esenciales que exige nuestro ordenamiento son: en cuanto al notario, que reúna la función autenticadora y la de asesoramiento imparcial, para lo que precisa una especialización jurídica; respecto de las garantías materiales, es esencial que el notario de fe sobre la presencia de los otorgantes, sus capacidades y la identidad de los mismo, sobre la válida prestación de consentimiento y sobre la legalidad del acto del otorgamiento; entre las garantías formales, es necesario que el notario estampe su firma en el documento. Normalmente, los instrumentos procedentes de la UINL llenan todos estos requisitos que podemos considerar mínimos y son por contra los documentos sajones lo que incumplen todas estas condiciones, “siendo este tipo de documentos el enemigo a batir (*sic*) de los notarios latinos”.

484

El problema estriba en observar qué ocurre con esos documentos notariales extranjeros que no llenan los requisitos mínimos descritos: “Son admisibles *per se*? ¿Necesitan cumplir las formas exigidas por nuestro ordenamiento? ¿Es necesario un refuerzo para que tales instrumentos puedan tener valor probatorio en España?”. Se argumentan varias teorías:

—La primera sería establecer que un documento notarial extranjero sólo produce efectos probatorios en España cuando cumple todos y cada uno de los requisitos exigidos por nuestra legislación, de tal forma que si no los llena no sería admisible como documento público a los efectos probatorios, sin perjuicio de su posible admisión como documento privado. Esta teoría se basaría en la interpretación literal de la expresión “y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España”. Para PÉREZ-HOLANDA este razonamiento es excesivamente rígido y acabaría por impedir el tráfico internacional del documento.

— La segunda entiende que la expresión se refiere no a la exigibilidad de idénticos requisitos sino de las formas equivalentes españolas, según la ley del otorgamiento. El documento nacional extranjero sólo producirá efectos probatorios en España cuando cumpla, conforme a la *lex loci celebrationis*, unas formalidades mínimas equivalentes a las españolas. Si no las cumpliera sería necesario su refuerzo en origen o en el país de recepción, mediante la agregación de los requisitos que le falten. Tampoco es del agrado de PÉREZ-HOLANDA, en aras de los principios comunitarios de libre circulación de personas, bienes, servicios y documentos y sólo debería aplicarse en casos muy específicos en los que el respeto a la forma sea “casi una cuestión de orden público o de innegable importancia económica para el país”.

— La tercera aplica directamente la ley del lugar de celebración, entendiéndolo que la expresión analizada realiza una equiparación entre legalización y traducción y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España. En este caso, el documento notarial extranjero incompleto produciría efectos probatorios en España cuando fuese otorgado conforme a las formalidades exigidas por la *lex loci*, sin necesidad de cumplimentar los requisitos de forma que nuestro ordenamiento exige a los documentos públicos ni tampoco a las formas equivalentes. No sería necesario refuerzo alguno, y de aceptarse supondría la libre circulación de documentos, a riesgo de inseguridad en torno a la validez del acto celebrado. En conclusión, y esta es la tesis que acepta PÉREZ-HOLANDA, no debe rechazarse el documento incompleto procedente del extranjero cuando “sólo pretenda tener efectos probatorios en España”. Sólo precisarían cumplir las formas del lugar del otorgamiento y tener la legalización y traducción. Si bien matiza: “sería necesaria una acción conjunta en orden a proceder a un acercamiento de los sistemas notariales en juego” (a través de la cooperación internacional y mediante un esfuerzo legislativo de los países anglosajones para procurar un acercamiento a nuestro sistema).

Documento notarial incompleto por carecer de efecto probatorio.—El documento carente de eficacia probatoria en el lugar de otorgamiento no puede producir tales efectos en España.

El primer problema que se pone de manifiesto al analizar la fuerza ejecutiva de un documento notarial extranjero es que existe una laguna en esta materia dentro de la legislación española, ya que no existe un artículo similar al 600 LEC (reconocimiento de la fuerza probatoria) ni tampoco similar al 954 LEC (reconocimiento de las decisiones judiciales).

486

Dentro del régimen convencional (hispano-francés de 28 de mayo de 1969; hispano-italiano de 22 de mayo de 1973; hispano-austríaco de 17 de febrero de 1984; hispano-alemán de 14 de noviembre de 1983; arts 50 y 51 del Convenio de Bruselas de 1968) suelen exigir como requisitos la prueba de la autenticidad y ejecutividad del documento conforme a la ley de origen y la no contrariedad con el orden público del foro de las disposiciones cuya ejecución se solicita.

En el caso de no haber tratado, la doctrina se divide en aplicar las mismas condiciones del artículo 954 LEC (con el complicado trámite procesal del *exequatur*), y aplicar el mismo criterio convencional (que obvia tales trámites: FERNÁNDEZ ROZAS, SÁNCHEZ LORENZO), teoría que PÉREZ-HOLANDA considera correcta incluso para supuestos de documentos notariales incompletos por no reunir los mínimos de la legislación española. Por contra, el documento carente de efectos ejecutivos conforme a la ley de su origen no puede producir nunca efectos en el país de recepción: esto es lo que ocurre con los documentos anglosajones que carecen de fuerza ejecutiva según sus propias normas.

Nos queda por analizar la fuerza registral de un documento extranjero (referida tan sólo al Registro de la Propiedad): régimen en Derecho español y problemas de los documentos incompletos.

La regulación de la recepción del documento notarial ex-

tranjero a los efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad se contiene en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario: “Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho internacional privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos para su autenticidad en España”. (No hace referencia a la apostilla, que podrían comprenderse en un sentido lato de “legalización”). Si el documento notarial es completo no plantea problema de recepción, pero si no cumple las formas mínimas de la legislación española, ¿será inscribible sin más en el Registro? ¿Deberá aplicarse la ley española? ¿Deberá buscarse el refuerzo o complemento del documento? Se pueden adoptar tres posturas:

— La primera sólo será inscribible el título público otorgado por notario español o por notario extranjero que en el otorgamiento haya respetado la ley española (se basa en las palabras del citado art. 36, “los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España”; tomando además como base el art. 10.1 del C.c.: “los derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su publicidad se regirán por la ley del lugar donde se hallen”). Al estar situado el inmueble en España, la ley aplicable será la española, con lo que para que el título sea inscribible deberá ser público (art. 3 Ley Hipotecaria: escritura pública).

— La segunda, por el contrario, trata de aplicar directamente la *lex loci celebrationis*, de tal manera que cualquier documento notarial válido para ser inscrito en origen, lo será también en España (la teoría se basa en que “los demás requisitos necesarios” son la legalización y la traducción; y que si se entiende de otro modo atentaría a los principios básicos de libre circulación comunitaria, además de hacer prácticamente inviable la registración de los documentos extranjeros).

— La tercera critica a las dos anteriores y sigue la de equivalencia de las formas, para evitar soluciones injustas: es

necesario que se cumplan las formalidades que impone la *lex loci* y reforzar éstas exigiéndoles las formas equivalentes a las que se piden como mínimas en el ordenamiento español. Lo importante no es tanto que se cumpla una determinada forma exigida por el Derecho español, sino que se respete el interés de fondo que dicha forma tiene por objeto garantizar. El documento no podrá ser inscrito si es incompleto y no llena las formas mínimas que impone la ley española. Luego veremos la necesidad o no de refuerzo o complemento.

2.6. Posibles complementos (refuerzos) del documento notarial extranjero.

488 Es evidente, así lo reconoce PÉREZ-HOLANDA, que la práctica notarial y registral son reacias a admitir los documentos elaborados por notarios extranjeros cuando no reúnen los requisitos suficientes para ser considerados como auténticos, ejecutivos o registrables en España, y máxime cuando nos encontramos con exigencias de forma *ad solemnitatem*.

Frente a esta posición otra llamada “internacionalista” declara admisibles los documentos elaborados por notario extranjero (autoridad), siempre que se cumplan las solemnidades impuestas por la *lex loci* y ello aunque no se les pueda considerar a veces documentos notariales y sean incompletos.

La posición intermedia, partiendo del cumplimiento de la *lex loci*, impone que las formalidades del Estado de origen sean equivalentes a las exigidas por la ley española para que el acto sea válido (formas solemnes) e incluso para que produzca efectos en España (formas probatorias).

En cualquier caso lo que no puede es crecer el riesgo de inseguridad, en cuanto a la titularidad que el Registro publica, ya que el Registro es el medio de protección frente a terceros que adquieren confiados en él. Como en todos los supuestos analizados anteriormente si el documento es completo no se plantearán problemas, pero cuando es in-

completo, ¿qué debemos hacer?, ¿negar tajantemente la actuación o buscar “refuerzos”?, ¿de *lege data*, de *lege ferenda*? Eso es lo que trata de hacer, intuyendo soluciones PÉREZ-HOLANDA.

El refuerzo en origen de los documentos incompletos puede verificarse de forma diferente, según le falten al documento los requisitos o los efectos:

— Si el documento carece de alguno de los requisitos que afectan al notario, el propio país de origen podría, según este autor, proceder al refuerzo de dos maneras: creando un órgano específico con funciones equivalentes a las pedidas (caso de los notarios de Londres) o atribuyendo nuevas funciones a un órgano ya existente (caso USA que potencia la asociación de notarios y abogados), pero ya hemos visto sus inconvenientes.

— Documento que incumple alguno de los requisitos de forma esenciales: el sistema notarial de origen podría llegar a exigir el cumplimiento de estos requisitos o incluso someter la forma del documento a la ley del país de recepción. Idea utópica que sólo puede verse prosperar por vía de colaboración difícil de llevar a la práctica porque ¿quién va a querer desprenderse de su sistema jurídico soberano, para satisfacer exigencias de otros países? Es impensable que en un futuro próximo se levante el sistema anglosajón diciendo desde hoy vamos a adoptar las formas latinas.

— **El refuerzo en el país de recepción** es un esfuerzo subsidiario, pero posible, a través del otorgamiento de nuevas escrituras, elevaciones a público de documentos privados, escrituras de adhesión al documento notarial originario. La solución es demostrar la viabilidad de la forma equivalente, con imaginación jurídica que en definitiva facilite la circulación internacional del documento. Cualquier esfuerzo que se haga en el tema se verá recompensado. Y lo que no hagamos los notarios a nivel individual acabarán imponiéndolo los tribunales en aras del comercio internacional (recuérdense las dos sentencias, francesa y holandesa, comentadas por

DROZ). Hay que esforzarse en buscar mínimos y ayudar a alcanzarlos.

2.7. Las conclusiones del XX Congreso Internacional del Notariado Latino (Cartagena de Indias, 1992).

En el XX Congreso Internacional del Notariado Latino se dedicaron notables esfuerzos de estudio al tema IV: Valor y efecto de un documento extranjero recibido por notario". Han pasado seis años, ¿alguien ha tenido la idea de hacer un seguimiento de conclusiones? Es decir, país por país se han dedicado esfuerzos concretos a mejorar la situación de 1992, ¿cuáles han sido esos esfuerzos, si los ha habido?, ¿y con qué resultados? Sucede siempre en los Congresos Internacionales de la UINL: se alcanzan acuerdos de gran categoría científica (incluso transcurrido el tiempo se repiten los temas porque siguen siendo trascendentales), pero siguen pasando los años y las conclusiones se petrifican. Hacemos poco o nada por llevarlas a la práctica, y eso que nos consideramos juristas prácticos. Voy a transcribir las conclusiones del tema IV de 1992 y que cada cual saque las conclusiones que quiera, yo tan sólo dejo planteada la interrogante ¿qué se ha hecho en seis años para ofrecer algún resultado positivo, por mínimo que sea? Habrá que inventar comisiones de seguimiento o castigarnos cada uno a leer conclusiones y tratar de mejorar y de mejorarnos. He aquí el texto.

"En el XX Congreso Internacional del Notariado Latino la Comisión encargada del estudio del tema IV, "Valor y efecto de un documento extranjero recibido por el notario", ha tomado en cuenta los valiosos estudios contenidos en cada una de las ponencias presentadas y ha profundizado en el análisis de las cuestiones en las sesiones de trabajo, serias y densas, presididas por los principios informadores del Derecho Notarial y del Derecho Internacional privado.

La Comisión somete al plenario los fundamentos o considerandos que siguen y propone la adopción de los acuerdos que expresan la opinión compartida por sus miembros.

Considerando que la intervención notarial genera seguridad jurídica al dar legalidad a los actos y negocios proporcionándoles fehaciencia y autenticidad.

Considerando que su labor de recepción de la finalidad práctica pretendida, de asesoramiento y consejo y, en fin, de conformación de la voluntad negocial definitiva mediante la redacción del documento, asegura su legalidad tanto en cuanto afecte al ordenamiento como en cuanto a la libre y consciente emisión de la definitiva voluntad negocial.

Considerando que el control de legalidad en el amplio sentido expresado, se logra también cuando el notario se ajusta al tenor negocial ya prerredactado, puesto que el deber de asesoramiento y consejo debe cumplirlo respecto del mismo, con especial atención al interés de la parte que no hubiere participado en la previa redacción del instrumento.

Considerando que la autenticidad o fehaciencia del negocio celebrado ante el notario se manifiesta especialmente en el valor que las leyes atribuyen al documento notarial como título legitimador y como medio de prueba.

Considerando que las cualidades del documento notarial, legalmente valorado como prueba auténtica del negocio o del acto legal, permiten a los ordenamientos cuyos Notariados son miembros de la UINL proporcionar a los ciudadanos en general, al consumidor en particular y al tráfico, seguridad jurídica de modo claro, eficiente y económico; tanto en el campo extrajudicial de la normalidad del Derecho como en el campo del proceso judicial.

Considerando que en la esfera extrajudicial, esto es en el ámbito de la realización del Derecho en la normalidad sin pleito o conflicto, los países cuyo Notariado es miembro de la UINL utilizan el documento notarial como base para la presentación de actos o negocios: a) que legitimen la titulación y ejercicio de las relaciones, posiciones y derechos que nacen del documento notarial o más propiamente del acto o negocio que presenta; b) que pueden ser creídos y utilizados por terceros sin necesidad de previa declaración judicial o

administrativa; c) que en base a su legalidad y autenticidad justifiquen la práctica de operaciones y asientos registrales.

Considerando que en la esfera del proceso judicial el documento notarial tiene valor de prueba legal del hecho o negocio que presenta, lo que simplifica el tema de la prueba y facilita la fijación de hechos en el proceso declarativo y permite la efectividad en un proceso ejecutivo de los derechos que prueba el documento notarial reduciendo al mínimo su fase declarativa; y así los Convenios de Bruselas (1968) y Lugano (1989) han regulado la recepción del documento auténtico, particularmente el nacional extranjero.

492

Considerando que los ordenamientos que utilizan el documento notarial como medio para asegurar el nacimiento, la titularidad y el ejercicio de los derechos personales, familiares y patrimoniales privados, según principios de legalidad, autenticidad y seguridad jurídica y que han organizado el Notariado según el modelo latino comparten normas jurídicas que obedecen a unos mismos principios y forman una comunidad jurídica.

Considerando que la movilidad de personas, mercaderías, servicios y capitales y la interconexión de conocimientos y técnicas y también organizaciones y grupos financieros y empresariales requieren el conocimiento y aplicación de principios del Derecho Internacional Privado así como el aprovechamiento de las naturales consecuencias y cualidades del documento notarial como vehículo transnacional de negocios y relaciones conectados con diversos ordenamientos para los que se requiera fehaciencia y autenticidad.

En atención al mejor servicio de la eficacia de las relaciones internacionales según los principios de la seguridad jurídica y según la doctrina del Derecho Internacional Privado y en base a las consideraciones que preceden, la Comisión propone al plenario los siguientes **acuerdos**:

Primera. El Congreso reitera el principio de libre circulación del documento notarial latino, esto es del formado con todos los requisitos exigidos por la Unión Internacional del

Notariado Latino, ya propugnado por el Congreso de Guatemala.

Segunda. El Congreso propone la recepción como fehaciente y auténtico del documento notarial latino procedente del país extranjero, y que para obtener este resultado se establezcan las normas y los procedimientos uniformes adecuados.

Tercera. El Congreso estima que debe propiciarse la legislación que declare la idoneidad y competencia del notario para controlar si el documento extranjero es notarial latino y que encomiende al notario su adecuación si procediere a las normas jurídicas de necesaria aplicación en el país de recepción.

Cuarta. El Congreso encomienda a la Unión Internacional del Notariado Latino que a través de las comisiones competentes según su organización se aproxime a aquellas organizaciones internacionales o supranacionales que la reconocen para promover su interés acerca de la libre circulación y la efectiva recepción del documento notarial latino entre los estados miembros de dichos organismos regidos por sistemas jurídicos que utilizan el documento notarial latino.

Respecto de organismos supranacionales con poderes legislativos o normativos vinculantes es muy deseable que se propicie una legislación al respecto aplicable en los estados miembros cuyo orden jurídico recoja un Notariado del tipo latino.

Quinta. El Congreso solicita de la Unión Internacional del Notariado Latino el estudio de procedimientos que posibiliten la recepción de documentos procedentes de países no integrados en ella y la celebración de tratados internacionales tendentes a facilitar la intercomunicación documental entre los diversos sistemas jurídicos, respetándose en todo caso el principio de seguridad realizado mediante el documento notarial latino.

3. Las tecnologías informáticas y los derechos fundamentales

Este apartado es una transcripción literal (autorizada y consentida, que es tanto como decir que la redacción es suya, en cuanto a la introducción y al papel del notario en el ámbito telemático) de la Conferencia dictada en los Cursos de Verano de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo de Santander, el 19 de agosto de 1997, por el notario de Valencia, DIEGO SIMÓ SEVILLA. Quede aquí constancia de mi gratitud.

3.1. Introducción.

494

La tecnología del intercambio electrónico de datos (ELECTRONICA DATA INTERCHANGE, EDI) está conociendo una relevancia creciente en los últimos años, especialmente como consecuencia del hecho de haberse puesto al alcance de cualquiera que tenga un equipo informático conectado a la red telefónica. A través de este medio tenemos a nuestra disposición de forma instantánea una cantidad ingente de datos, imágenes e informaciones que difícilmente podríamos almacenar con la misma disponibilidad en papel, único soporte utilizado hasta ahora para el intercambio de conocimientos.

Este nuevo fenómeno interesa al Derecho desde diversas especialidades, en cuestiones tales como delitos informáticos, propiedad intelectual, protección de la infancia frente a ciertas informaciones, etc.

En el campo del Derecho patrimonial esta tecnología es objeto de atención desde el momento en que lo que se transmite a través de la red no sean meros "datos" o "información" (palabras que en sí están huecas, vacías de contenido), sino declaraciones de voluntad, es decir, manifestaciones del querer humano dirigidas a la producción de efectos jurídicos, a la creación de derechos y obligaciones en relación con la persona que las emitió. En realidad el problema no es nuevo: apenas surgidas tecnologías hoy "primitivas" como el

teléfono o el telégrafo, ya fueron estudiadas por los juristas.

La materia que nos ocupa ha de abrir un nuevo apartado en el capítulo de la forma de los negocios jurídicos, puesto que de una nueva forma de exteriorización del consentimiento negocial se trata. Ésta sería, en efecto, uno de los posibles tratamientos teóricos: entender que los contratos electrónicos constituyen un nuevo *genus formal*, distinto de la forma oral o la escrita o documental. Ahora bien, como siempre que se trata de una situación nueva los juristas tratamos de encuadrarla en alguna de las categorías jurídicas conocidas: por mucho que se haya insistido en el carácter cerrado y autointegrado del Ordenamiento jurídico a través de la analogía y los principios generales del Derecho, no deja de haber un cierto “horror al vacío” jurídico. Este vacío (o “desregulación”, como dicen algunos malos traductores del inglés) ha sido denunciado –con poco fundamento, desde luego– en el ámbito de la Internet; y por lo que se refiere a nuestro tema, ha conducido a los intérpretes a aproximar e incluso a asimilar totalmente la forma electrónica a la clásica forma documental.

495

La forma electrónica, al ser comparada con la forma documental, plantea dos grandes núcleos de problemas que podemos referir a dos perspectivas distintas:

a) Desde un punto de vista estático, nos interesa conocer si el soporte electrónico es equiparable jurídicamente a los documentos de papel a los que se refieren nuestras leyes.

b) Desde un punto de vista dinámico, nos preguntamos por el procedimiento de formación de los documentos electrónicos, especialmente mediante la telecomunicación.

Como consideración de carácter general, válida para ambos aspectos, hay que afirmar que tanto de *lege lata*, como de *lege ferenda* es imprescindible tener en cuenta tanto los aspectos técnicos como los jurídicos. Ahora bien, así como las soluciones tecnológicas pueden ser importadas sin importar su origen, no se puede hacer lo mismo con las respuestas jurídicas a los problemas planteados. Cada Ordenamien-

to resuelve de modo distinto las cuestiones de forma de los actos jurídicos, por lo que los modelos propuestos en otros países pueden no ser compatibles con nuestro Derecho. Ello es particularmente cierto respecto de los países del "Common Law", en los que la forma cumple un papel mucho más secundario que en los de tradición romano-germánica.

Hasta aquí la introducción de SIMÓ SEVILLA, seguida de un profundo estudio sobre la forma electrónica y el Derecho documental (funciones de la forma documental, la forma electrónica en sentido estricto); las telecomunicaciones y los contratos electrónicos; la criptografía y contratos electrónicos (problemas jurídicos y prácticos de las llamadas firmas digitales).

496

No se trata ahora de examinar el problema de la aplicación de la informática a las notarías (informática y notaría; el protocolo como lugar de conservación del instrumento; el ordenador como medio de extender escrituras; y el protocolo informático), ni tampoco de analizar la transmisión telemática de documentos informáticos *latu sensu*, según la terminología de SIMÓ SEVILLA, que refiere las siguientes posibilidades:

a) Las notas simples informativas del Registro Mercantil Central se pueden expedir a través de sistemas de telecomunicación informáticos (art. 382 RRM), pero todavía subsiste el requisito de la petición por escrito, que podría ser suplido por el documento electrónico con firma digital.

b) Los registros mercantiles provinciales han de permitir a los interesados consultar datos por medio de terminales de ordenador (art. 79 RRM). Se impone la conexión telemática de dichos ordenadores a la red pública para que dichos interesados, identificados por sus firmas digitales, obtengan la información que precisen.

c) En el ámbito inmobiliario sería deseable una disposición como la del mencionado artículo 79 RRM en cuanto a los Registros de la Propiedad, así como su conexión a una red pública. Lamentablemente la Instrucción de la DGRN de 29 de octubre de 1996, sobre medios técnicos en materia de

comunicación entre registradores, parece dirigirse en sentido contrario, pues parece querer establecer una red interna con acceso absolutamente prohibido a terceros, lo cual no redundará en beneficio de la celeridad en la transmisión de los datos. El sistema de comunicación actual por telefax, aunque ha supuesto un avance enorme, debe ser considerado desde el punto de vista de la tecnología actual como totalmente desfasado.

d) El correo ordinario (el “snail-mail” o correo caracol que dicen humorísticamente los norteamericanos) sigue siendo el medio de transmisión y difusión de los datos de Registros como los de Últimas Voluntades o el de denominaciones del Registro Mercantil Central; Registros que, curiosamente, están completamente informatizados, por lo que no hay razón para no pasar a realizar la transmisión telemática de estos datos.

e) Finalmente, también sería deseable la regulación del cumplimiento telemático de las distintas obligaciones fiscales (sobre todo, presentación de documentos y pago de impuestos) y la obtención de información de las bases de datos públicas (señaladamente, del Catastro).

Transcribo según SIMÓ SEVILLA, el apartado siguiente.

3.2. El papel del notario en el ámbito telemático.

Las funciones que han de desarrollar los terceros de confianza evocan las funciones notariales: no es casual que se hable ya de la “notaría electrónica” (por no referirnos a los “cibernotarios” y los “notarios digitales”, que son marcas registradas en los EE.UU.). El Notariado desde siempre ha estado dispensando seguridad como tercero imparcial en las relaciones jurídicas, por lo que está perfectamente justificado que la organización notarial asuma estas nuevas funciones (o no tan nuevas: el artículo 294 del RN nos habla de la legitimación de la firma del expedidor de un telegrama). En este sentido se dirigen los esfuerzos conjuntos de la UINL

y la American Bar Association, en cuyo seno se ha creado el "CyberNotaryCommittee" para impulsar el desarrollo de la profesión notarial en los EEUU, precisamente en el campo del comercio electrónico como entidades certificantes. Los comentarios a la Directiva sobre Firmas Digitales de la ABA, en la parte relativa a la definición de "certification authority", afirman que un notario o un cibernotario puede ser una CA, lo cual es una extensión natural de la pericia, disciplina y experiencia práctica de tales personas; sin olvidar los importantes servicios adicionales a la mera autenticación de la firma, como de control de legalidad y validez del contrato mismo, no sólo de la firma.

498

Este punto es especialmente destacable porque en el ámbito jurídico y cultural de los países anglosajones no existe una figura tradicional de un "tercero imparcial", como el notario latino. En estos países se sustituye la confianza derivada de la seguridad jurídica sustancial que presta el notario por la confianza comercial, lo cual se corresponde con un sistema contractual que en caso de incumplimiento prima la indemnización de daños y perjuicios sobre el cumplimiento en forma específica. Pues bien, existe un claro movimiento de aproximación, sobre todo en cuanto a las operaciones internacionales, ya que la confianza comercial puede ser insuficiente en nuestra tradición jurídica, que prefiere el cumplimiento en forma específica y el concepto de seguridad jurídica como certez de los derechos y evitación de la litigiosidad, para lo cual está instituida la presencia de un profesional del Derecho, el notario, que interviene en la formación de los contratos asegurando la conformidad de lo pactado con la voluntad de las partes y con el Ordenamiento jurídico.

Esta aproximación ya ha dado su primer fruto con la Ley sobre Comercio Electrónico aprobada por el Estado de Florida el pasado mes de mayo. Esta ley regula la llamada "notarización electrónica" que pueden realizar los "notaries public" de dicho Estado y con el mismo valor tradicional, y crea los "notarios internacionales de Florida", semejantes a

los “Scriveners Notaries” de Londres, que elaboran unos “authentication instruments” que se archivan en un protocolo, y no se excluye que puedan ser firmados por las partes y por el notario electrónicamente.

Las funciones que puede desempeñar el notario en el ámbito de la contratación telemática son diversas:

1. En primer lugar, el notario puede actuar como entidad certificante de primer grado. Como señala el norteamericano BARASSI, la autenticación de la legitimación del titular de una clave es esencialmente una actividad jurídica, por lo que la actividad de “CiberNotary” será en buena medida de tipo jurídico, o más exactamente de naturaleza notarial.

La actuación del notario se puede producir en dos momentos: en el momento de la solicitud de la clave y en el momento posterior de su uso.

a) El momento de la solicitud es aquel en el que des-
cansa el peso del procedimiento de autenticación de las entidades certificadoras anglosajonas. El mecanismo que proponen RAGOZZO/GIAQUINTO en Italia, adaptado a la legislación notarial española, sería el siguiente:

— El interesado genera un par de claves con el “software” que se procura por sí mismo.

— El interesado manifiesta ante notario la composición de su clave pública, y su voluntad de quedar obligado por la utilización del par de claves a partir de determinada fecha y por el plazo que fije. También sería posible el depósito del disquete que contiene la clave pública. Igualmente autorizará a que se expidan copias o testimonios del documento a quien haya recibido un documento firmado por la clave privada y pretenda comprobar su paternidad. En principio se trataría de un documento análogo al acta del artículo 202 RN, mediante la cual se recoge la legitimación de la firma en un documento extraprotocolar cuya reproducción se incorpora al protocolo, o el acta de identidad de la firma de los administradores en las acciones a que se refieren los artículos 136 y 137 RRM. No cabría excluir, de todos modos,

que adoptara la forma de una escritura pública en aquellos casos en los que la instrucción jurídica del interesado se considerara especialmente conveniente.

— El interesado hace saber, por canales oficiales o privados, o incluso en los mismos documentos que cifre con la clave privada, el contenido de su clave pública, y la escritura pública antes citada. De este modo, quien esté interesado en comprobar su autenticidad podrá solicitar del notario copia de la clave pública (la llamada “certificación”), quien la podrá suministrar en forma electrónica.

Hay que insistir una vez más en la idea de que así como la forma notarial es libre en la mayor parte de los casos en la *contratación ordinaria*, de modo que las partes la eligen cuando desean dar a sus pactos la mayor fuerza que resulta de la forma pública, lo mismo ha de darse en la *contratación telemática*. En unos casos, las partes no requerirán intervención notarial alguna, del mismo modo que no lo harían si contrataran con papel; en otros casos sólo les interesará la autenticación de la identidad o la fecha, lo cual se puede conseguir mediante testimonios notariales de legitimación de firmas o de exhibición de documentos, o mediante actas notariales; finalmente, podrá interesar la prestación de funciones notariales en su más amplio sentido para la obtención de la mayor seguridad jurídica, mediante una escritura pública en la que se recoja la redacción dada por el notario después de indagar y adecuar la voluntad del interesado al Ordenamiento jurídico.

La legislación notarial prevé, por tanto, distintos niveles de control que se corresponden con distintas formas documentales, que serán las que habrán de adoptarse para la actuación notarial antes señalada según lo requerido por los interesados. Naturalmente, las partes y el notario, en la elección de la forma que pretendan adoptar, deberán respetar las *normas imperativas* que exigen la escritura pública bien como requisito constitutivo (p. ej. las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada), bien como requisito para obte-

ner determinados efectos útiles (p. ej. la inscripción en los registros públicos).

b) Estas exigencias y requisitos formales de nuestro Ordenamiento jurídico no permiten que la intervención del notario se limite al otorgamiento de la solicitud. Como ya he dicho, las claves se pueden utilizar en un número indeterminado de negocios jurídicos, como un poder; del mismo modo que la intervención notarial se ha de desdoblar en el momento de otorgamiento del poder y en el momento de otorgamiento del negocio jurídico, así se habrá de desdoblar en el ámbito electrónico en los casos en que venga requerida según el Ordenamiento: en el momento de solicitarse la clave y en el momento de utilizarse.

Conviene no olvidar que el valor añadido de la actividad profesional notarial no es sólo de identificación de las partes, como a veces se ha pensado, minimizando su alcance: de ser así, bastarían los documentos privados con firmas legitimadas (o en nuestro caso, las “certificaciones” de entidades privadas) a los mismos efectos que las escrituras públicas. Esto no es así porque el notario ejerce un control de legalidad que conduce a la ya repetida autenticidad de fondo, que es la base de la eficacia especial del documento público notarial.

La doctrina extranjera que ha estudiado el problema está conforme en que pese a que del uso de firmas digitales y la existencia de entidades certificantes hay una cierta autenticidad (mayor desde luego si se da la intervención notarial), no es suficiente para darle el rango de documento público. La posibilidad de una autenticación a distancia utilizando claves especiales o el reconocimiento por un ordenador de datos biométricos todo ello confrontado por el notario, no es admisible con los plenos efectos de un instrumento público, puesto que difícilmente podría el notario cumplir con las funciones de adecuación de la voluntad del otorgante e información que entre nosotros le asigna el artículo 147 del Reglamento Notarial. El documento público requiere en todos

los países donde existe la presencia del interesado ante el notario no sólo para su identificación, sino para la comprobación de la inexistencia de posibles vicios de la voluntad (éstos pueden disimularse, pero mucho más a distancia), para su adecuada instrucción jurídica y para la comprobación de la adecuación de la voluntad redactada a la realmente querida y al Ordenamiento jurídico.

502

En este sentido, el artículo 16 del Reglamento italiano sobre actos electrónicos establece como que la autenticación de una firma digital (semejante a nuestra legitimación de firmas, no a la escritura pública) “consiste en la declaración por parte del funcionario público de que la firma digital ha sido puesta en su presencia por el titular, previa determinación de su identidad personal, de la validez de la clave utilizada y del hecho de que el documento suscrito responde a la voluntad de la parte y no está en contradicción con el Ordenamiento jurídico conforme al artículo 28.1 de la Ley Notarial” (equivalente a nuestro art. 147 RN). El Reglamento no prevé la existencia de escrituras públicas digitales, que si se regulaban en un Anteproyecto anterior con un procedimiento similar: la inserción del soporte físico de la clave (disquete, tarjeta, etc.) en presencia del notario; y en la adición de la firma digital del notario, quien habría cumplido con las tareas propias de su función.

Es significativo también resaltar que en el mundo anglosajón existe conciencia de estos caracteres propios del documento público redactado por un notario de tipo latino. Así, la directiva sobre la firma digital de la “American Bar Association” reconoce, junto al “key certificate” o certificado ordinario de la clave, apto para varios usos un “transactional certificate”, que podría traducirse por “certificado contractual”, único por contrato, y que “refleja los procedimientos tradicionales de certificación llevados a cabo por los notarios latinos y los Cibernetarios”. Este tipo de certificado, además, permite acreditar una fecha cierta del contrato, a los efectos antes señalados.

Cuestión distinta y polémica es si en el ámbito de la contratación telemática la exigencia de intervención notarial ha de ser la misma que en la contratación tradicional no telemática. Como señala el informe del Notariado alemán sobre el Proyecto de Ley de Firmas Digitales, es conveniente una identificación fehaciente y un asesoramiento jurídico de todo aquel que solicite una clave para su utilización en la red. La pérdida de la clave, o su revelación a otra persona, suponen unos riesgos que, como ya se ha indicado, son comparables a los que existirían con un poder general en blanco. El Notariado es la institución adecuada para esa identificación fehaciente y para dar un asesoramiento imparcial al solicitante a quien se habrían de imputar las consecuencias de un uso indebido de la clave. En cuanto a la identificación, se trata además de una labor jurídica cuando la solicitud es formulada por una persona jurídica, pues el poder de representación del solicitante ha de ser examinado y no parece aconsejable dejar esta tarea a los empleados de la empresa privada que sea entidad certificante. Todas estas razones justificarían una mayor extensión de la exigencia de la forma notarial en el campo telemático.

Volviendo un poco atrás, en aquel ámbito en que la intervención notarial no venga requerida por las leyes será posible la intervención de entidades privadas, cuyas "certificaciones" tendrán desde luego el mero valor testimonial que antes he explicado.

Las funciones que el Notariado podría desempeñar respecto a estas entidades privadas podrían ser las siguientes, que tomo de sendos Proyectos que han sido elaborados por los Notariados italiano y chileno:

a) En primer lugar, la autenticación de las solicitudes de pares de claves que les dirijan sus clientes. Esta autenticación podría adoptar distintas formas (legitimación de firmas, acta, escritura pública) según los efectos que se le quiera dar y las exigencias formales del Ordenamiento.

b) La llevanza de un Archivo electrónico de las claves

públicas asignadas por ellas, de libre acceso. Hay un evidente interés público en que las claves sean archivadas oficialmente para que todo interesado pueda conocerlas, pues así se evitan los riesgos de desaparición de la entidad certificante, entre otros. El archivo público permite también dar publicidad a las revocaciones o extinciones de las claves (p. ej. por fallecimiento).

Se discute el plazo de duración del almacenamiento de la información en este "Protocolo electrónico". El grupo de trabajo UNCITRAL propone un plazo de 10 años, si bien admite que se puedan introducir distinciones según los plazos de prescripción.

504

c) El notario puede actuar como depositario de cualquier clave privada. Precisamente el Notariado, por su inescindible conjunción de elementos públicos y privados, aparece como el candidato más adecuado para el depósito de las claves, ya que presta una garantía de secreto y confidencialidad reconocida y mantenida en el tiempo (frente a la duración indeterminada de una empresa privada), y al mismo tiempo colaboradora con la Administración y con la autoridad judicial.

d) Igualmente puede actuar como certificante de segundo grado, cuando se requiera la autenticación de la certificación de la CA privada por no suscitar la suficiente confianza. En este sentido, el Notariado, que aparece jerárquicamente organizado en todos los países y que forma una organización no gubernamental, la UINL, podría formar el esqueleto de una cadena de legalizaciones de ámbito mundial, a través de sucesivas certificaciones en los distintos escalones jerárquicos nacionales y en última instancia de la certificación de la UINL de los distintos Notariados miembros.

Bibliografía

- BOLÁS ALFONSO, J.; LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., y SAGARDÍA NAVARRRO, M.: "Valor y efecto de un documento extranjero recibido por el notario" (*Revista Jurídica del Notariado*, I Extraordinario 1992).
- DE PRADA GUAITA, V. M.: "El documento informático y la seguridad jurídica" (*Revista Jurídica del Notariado*, I Extraordinario 1992).
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Curso de Derecho internacional privado* (2.^a ed. Madrid. Civitas).
- FONT BOIX, V.; SIMÓ SANTONJA, V. L.; DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, A.; MADRIDEJOS SARASOLA, J.: "Sistemas jurídicos y documento" (*Revista de Derecho Notarial*, 1982, 1983 y 1984).
- PÉREZ-HOLANDA FERNÁNDEZ, G.: "Valor y efectos del documento notarial extranjero en España" (*Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre 1994).
- PICARD, J.: *Le notariat et la CEE introduction au droit communautaire* (París, Litec, 1992).
- SIMÓ SEVILLA, D.: "Las nuevas modalidades de prestación del consentimiento: la función notarial ante las nuevas tecnologías en su valor jurídico" (inédito, Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, Santander, 1997).

**GASPAR DE GRIZIO,
AUTORIZANTE DEL TESTAMENTO
DE ISABEL LA CATÓLICA (*)**

MANUEL ANDRINO

Notario

509

Hay una casa en Salamanca a la que la tradición señala como natal de Beatriz Galindo, o al menos, como residencia de su familia. Se encuentra en la calle que también lleva el nombre de la ilustre maestra y consejera de la Reina Isabel, y se encuentra próxima la Universidad, entre las calles de Libreros y de las Mazas. De ser cierta esta tradición, bien pudo haber sido la tal casa cuna también del hermano de Beatriz, Gaspar de Grizio o Gricio, que es especialmente conocido como autorizante del testamento que Isabel la Católica otorgó en Medina del Campo el 12 de octubre de 1504,

(*) Publicado en el número 98 (agosto-septiembre 1998) de la *Gazeta de los notarios*, pp. 15-17.

así como de su codicilo. Por su participación en tales instrumentos se le ha ensalzado nada menos que como “gloria del Notariado de todos los tiempos”.

510 Respecto a su biografía, aunque existan entre los historiadores discrepancias en orden a la procedencia de los padres de Beatriz y de Gaspar, todos están contestes sobre la vecindad salmantina de los mismos al tiempo del nacimiento de la primera, al menos. En cuanto a su abolengo, mientras unos, como Joseph Pellicer de Tobar, sostuvieron haber sido los padres Don Martín Galindo, caballero de Écija, y Doña Luisa Gaytán, otros, como Don Luis Salazar y Castro, consideraron como padre de ambos “a un caballero Grizio que después de viudo tomó el hábito de San Agustín”, y señala respecto de la madre que “bien puede ser que su madre o abuela fuesen de ella (Écija), y de la ilustre familia de Galindo, pero no nos consta”; y, finalmente, otros, como Gerónimo de la Quintana, tuvieron a los progenitores de ambos hermanos por “originarios de Zamora”. En realidad, son pocos los datos biográficos conocidos respecto de Gaspar de Grizio, salvo el hecho indicado de haber sido hermano de Beatriz Galindo, y de haber fundado con ella en Madrid “un monasterio de franciscas”, según nos refiere el celebre capitán, y también escribano, Gonzalo Fernández de Oviedo, en su “Libro de la cámara real del príncipe Don Juan”. En esta misma obra se nos dice que al dársele casa al príncipe don Juan, fueron designados como secretarios Gaspar de Grizio y Pedro de Torres; y asimismo que el primero autorizó el testamento del príncipe, el 4 de octubre de 1497, pudiendo consultarse su texto en la edición de la obra realizada en 1870 por la Sociedad de Bibliófilos Españoles. Se sabe asimismo que dos de sus hijos, Francisco y Luis, fueron pajes de la misma Reina Isabel. Y según Martín Postigo, Grizio aparece actuando como secretario desde 1497, siendo en 1503 secretario y escribano del juzgado y asistencia de Sevilla, y añadiendo que “creados posteriormente los organismos ultramarinos, correspondiendo a las institu-

ciones del poder central, Gaspar de Grizio fue una de las personas que entendió en los mismos”.

Aparte de ambos testamentos, Gaspar de Grizio autorizó multitud de instrumentos, pragmáticas, cartas y provisiones reales, ora como secretario ora como notario, o bien en ambos conceptos. También aparece como persona de confianza en las operaciones de liquidación de la testamentaría de la Reina Doña Isabel, según puede verse en la obra de Antonio de la Torre, sobre este asunto.

Digno de especial mención ha de ser el refrendo que realizó en el documento de promulgación de las Leyes de Toro. A este respecto debe aclararse que aunque sean muchos los autores, antiguos y modernos (Sancho Llamas, Antequera, Fernández Ladreda, Lalinde, etc.), que califican tal disposición como *pragmática*, solamente en sentido impropio o lato se puede llamar tal, ya que en sentido estricto sólo eran pragmáticas las disposiciones legislativas emanadas de los reyes sin intervención de las Cortes. No fue este el caso de las Leyes de Toro, que aunque fundamentalmente elaboradas por miembros del Consejo de los Reyes Católicos fueron aceptadas por las Cortes celebradas en dicha ciudad zamorana. Caben dudas sobre la participación que en su redacción tuvieron las Cortes, de forma que quizás sea excesivo el término “elaboración” empleado por Lalinde Abadía, pero de la cédula despachada por el Rey para su impresión, se desprende que fueron *referidas* y *publicadas* en las Cortes; y Palacios Rubios, importante partícipe en la redacción, en su comentario (“Glosemata”) se lamentaba de que una dolencia ocular le hubiera impedido acudir a las Cortes en el día en que hubiera podido oponerse a la aprobación de la Ley 46 (*Ea autem die qua publicatio erat facienda et leges communicande cum glorioso rege fernando, gravi oculorum dolore tentus, non potui adesse, ut huic legi perniciose contradicere*). Así pues, el texto de las leyes formó lo que entonces se llamaba un *cuaderno de leyes*, y la disposición promulgatoria, fue una *carta real*, no una pragmática, que

no era un concepto formal sino sustantivo, es decir, una disposición real, con valor de ley, publicada sin el concurso de las Cortes, y, formalmente, también mediante *carta real*. En esta carta real es donde se produjo el refrendo de Grizio firmándola tras el Rey Fernando, con la fórmula “Yo Gaspar de Grizio secretario de la Reyna nuestra señora”, es decir, Juana de Castilla, a nombre de la cual, aunque ausente en Flandes, se hizo la promulgación, con lo que parece haberse querido utilizar una forma vicaria respecto de la misma Reina.

512

Aunque ya hemos aludido a la doble cualidad concurrente en Gaspar de Grizio en cuanto secretario (del príncipe Don Juan, de Doña Isabel, de Don Fernando y de Doña Juana), no hemos precisado la especie a que perteneció dentro del Notariado, lo que debe de hacerse teniendo en cuenta la gran diversidad entonces existente. En este punto, asombra que alguien tan cualificado como Francisco Gómez de Mercado y de Miguel, llegara a afirmar que “algo análogo como Protonotario o Notario Mayor, quisieron los Reyes en la persona de Gaspar de Grizio”. Se fundaba para ello en el dictado que él mismo se atribuía y que era “escriuano e notario publico en la su corte e en todos sus señoríos”, en el testamento del príncipe; y “notario publico por la Autoridad Apostolica, secretario del Rey e de la Reyna, nuestros señores, e su escribano publico en la su corte e todos sus reynos y señoríos”, en el testamento de Doña Isabel. En cuanto a su condición de notario por la Autoridad Apostólica, significaba simplemente que era “notario apostólico”; y en cuanto al segundo dictado, debe decirse que era simplemente una de las variantes, y precisamente la más corriente, del título atribuido a los meros escribanos reales o “notarios de Reynos”, cualidad que precisamente se otorgaba a los secretarios reales, ex profeso para un acto inmediato, para que pudieran autorizar revestidos de la fe pública notarial, los testamentos u otros instrumentos conectados con su actividad de secretarios. Debe, pues, descartarse el

supuesto título de Protonotario, inexistente en Castilla, o de Notario Mayor, que tenía una significación totalmente diferente, ya que estaba referido particularizadamente a los Reinos de Castilla, León, Andalucía, Toledo y Granada, teniendo su sede en las chancillerías, aunque se ejercía siempre por medio de lugartenientes, pues sus titulares eran “omes poderosos e non servidores de los oficios”. Gaspar de Grizio en cuanto notario, fue, así pues, además de apostólico, un simple escribano real, que como tal, revestía sus actuaciones con todo lo inherente a la autorización notarial, y, naturalmente, con el signo, en el que, por cierto, incluía la leyenda “fiat justitia”.

Con lo que antecede podría darse por terminada la semblanza de Gaspar de Grizio, si bien, dado que su mayor popularidad le viene del hecho de haber sido el autorizante del testamento de Isabel la Católica, y singularmente de su inclusión en el famoso cuadro de Eduardo Rosales, expuesto en la Exposición Internacional de 1865 y existente actualmente en el Museo de Arte Moderno de Madrid, haremos algunas consideraciones sobre el mismo. Dejamos de lado su significación artística, no sin mencionar el hecho de haber sido considerado como “*Las Meninas* del Arte de la Pintura de Historia”, y haberse comparado su “sobriedad austera”, “con los blancos audaces, céntricos, absorbentes, de un Zurbarán” (Gregorio Prieto). Tampoco nos detendremos demasiado en los errores históricos ya denunciados por otros, como el ya citado Gómez de Mercado, en lo referente a la inclusión de personajes ausentes de España en la fecha del otorgamiento, como la Reina Juana y su esposo Don Felipe, o la del propio Rey Fernando, que, según su propia declaración, prefirió no estar presente para no causar la menor coacción a la Reina. Nos limitaremos, pues, a contemplarlo desde el punto de vista notarial, y desde esta perspectiva cabe, en primer lugar, preguntarse si se trata de representar la escena en la que Isabel manifiesta su voluntad, previa a la redacción, o bien se trata del propio acto del otorgamien-

to. Tratándose de un testamento cerrado, de considerable extensión y gran complejidad, no es lógico pensar que pudiera hacerse la preparación con la presencia de tantos y tan variados personajes como los pictóricamente representados (el Rey, la princesa, su esposo, Cisneros, los marqueses de Moya, el contador López de la Carraga). Pero si se trata del acto de autorización del testamento cerrado, debieron incluirse los siete testigos que efectivamente lo firmaron, y que no son las personas representadas por Rosales. Por otro lado, la actitud de Gaspar de Grizio tampoco es aceptable. Sobre ello debió de tener muchas dudas Rosales, según indican los diversos dibujos preparatorios conservados en el mismo museo, en uno de los cuales se representa a Grizio de pie, aunque también en actitud de escribir al dictado de la Reina. Y hay que decir que esto de ninguna manera es razonable, ya que la redacción la haría el notario por sí mismo, conforme a la ley, la práctica y sus propias fórmulas, que sin duda desconocería la Reina moribunda. El ya citado Gregorio Prieto destaca como uno de los mayores méritos de la obra “la armonía sinfónica” entre el índice de la mano derecha de la reina “un tanto avanzado, en perfecto acorde con la diestra del escribano, para recibir la impresión de movimiento. Son las dos manos, sigue diciendo, la que dicta y la que escribe, las que ocupan el primer plano del lienzo”. Puede que esto constituya un relevante logro artístico, pero contradice seguramente la realidad histórica, y, en todo caso, desvaloriza la función notarial desarrollada en tal acto. Mucho más acertado y veraz hubiera sido, desde ambos puntos de vista, que el escribano, aun de pie, si se quiere, como en el boceto, hubiera sido representado o bien leyendo, o bien exponiendo a los concurrentes, la testadora y los testigos, el texto o contenido del testamento. Y esto se correspondería también mejor con la cualidad de Gaspar de Grizio, que más que buen escribiente, fue un *vir bonus, vir sapiens*, como ha dicho de él algún autor.

JORNADAS SOBRE URBANISMO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS (*)

515

Durante los días 16 a 18 de noviembre de 1998, organizadas por el Consejo General del Notariado, se han celebrado, en Madrid, unas JORNADAS SOBRE URBANISMO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS, de las que ha sido Director el notario don MANUEL ÁNGEL RUEDA PÉREZ, en las que se presentaron siete ponencias sobre los siguientes temas: *La clasificación del suelo y el derecho de propiedad, desde el punto de vista de la legislación estatal y autonómicas; La iniciativa privada en la gestión y ejecución urbanística; La función y doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de Urbanismo; Las garantías de los propietarios en los procesos de equidistribución; Convenios urbanísticos; La tramitación y formalización de proyectos de equidistribución; Liberalización del suelo. Nuevas tendencias.* Además, tuvo lugar una mesa redonda sobre *Legislaciones autonómicas de or-*

(*) Publicado en el n.º 99 (octubre - noviembre 1998) de la *Gazeta de los notarios*, pp. 20-22.

denación del suelo. Panorama actual y perspectivas de desarrollo futuro, en la que participaron don Fernando Nasarre y de Goicoechea, Director General de Urbanismo y Vivienda del Ministerio de Fomento (como representante de la Administración estatal), don Fernando Modrego Caballero, Subsecretario de Urbanismo de la Consellería de Obras Públicas de la Generalidad Valenciana (como representante de la Administración autonómica), don Alfonso del Moral Carro, Jefe del Nuevo Plan General de Madrid (como representante de la Administración municipal) y don Carlos Conde Duque (como representante del sector privado).

Las Jornadas iban dirigidas a las personas de las Comunidades Autónomas que en la actualidad están ocupadas en labores redactoras de Leyes del Suelo o reglamentos de desarrollo de las ya existentes, que demostraron un gran interés y participación en los coloquios posteriores a las ponencias y a la mesa redonda.

516

A lo largo de las Jornadas se puso de manifiesto la existencia de dos modelos urbanísticos distintos, uno, inspirado en la intervención pública, basado en la idea del urbanismo como función pública que se puede ejercer por vía directa (sistemas de expropiación y cooperación), o indirecta, y en este caso por los propietarios o algunos de ellos (sistema de compensación) o por quien no es propietario, incluso empresa urbanizadora (sistema valenciano, recientemente adoptado también por Castilla-La Mancha); y otro, considerado liberalizador, que parte del derecho de propiedad como fundamental, y atribuye a los propietarios el derecho de transformación del suelo urbanizable (sistema de la Ley 6/1998) cuyo ejercicio debe ser regulado por las Comunidades Autónomas.

En el fondo, lo importante es que se establezcan y regulen mecanismos que agilicen y flexibilicen los procedimientos e instrumentos de gestión del desarrollo urbanístico, que sean aplicables a ambos modelos, y que en definitiva son los que pueden permitir el aumento de la oferta de suelo en el mer-

cado, con el consiguiente abaratamiento del mismo y de su producto final que es la vivienda.

A continuación se insertan sendos resúmenes de cinco de las ponencias presentadas.

RESÚMENES DE LAS PONENCIAS

1. “La clasificación del suelo y el derecho de propiedad, desde el punto de vista de la legislación estatal y autonómicas”.

JOSÉ LUIS MARTÍNEZ MORALES

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Abogado

Tras la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 20 de marzo de 1997 (61/97) el Derecho Urbanístico ha cambiado radicalmente. Para algunos autores ha supuesto el desmoronamiento del derecho unitario urbanístico estatal. Para otros, la recuperación por parte de las Comunidades Autónomas de competencias que les habían sido detraídas indebidamente por el legislador estatal en el Real Decreto Legislativo 1/1992.

La nueva Ley estatal (6/1998), de talante necesariamente reduccionista, se ha preocupado, esencialmente, de garantizar un régimen jurídico unitario para el derecho de propiedad desde su afección por el planeamiento. A tal efecto se ha considerado que el instrumento para asegurar estas condiciones básicas del derecho de propiedad era la clasificación del suelo.

A juicio del conferenciante en modo alguno la clasificación satisface esta aspiración de tendencia homogeneizadora en el derecho de propiedad. Es más, opina que la clasificación del suelo antes es un instrumento de planeamiento que de garantía de condiciones básicas del ejercicio de propiedad. Todo lo que no sea establecer principios valorativos co-

munes al suelo según sus distintas clasificaciones, deja incumplido el propósito.

La triple clasificación de suelo urbano, urbanizable y no urbanizable que asume esta Ley (sin la alternativa de programado y no programado en el urbanizable) ya había sido anteriormente regulada por la LRAU de la Comunidad Valenciana (Ley 6/1994).

Entre la actual Ley del Suelo 6/1998 y la legislación valenciana, existen puntos de coincidencia como son –entre otros– el propiciar una mayor oferta de suelo; desprogramar el proceso planificador; admitir la iniciativa privada en el planeamiento de la gestión al margen del derecho de propiedad.

La clasificación del suelo de la Ley estatal, en algunos aspectos puede entrar en contradicción con la legislación autonómica valenciana, en lo que se refiere al suelo urbano y al no urbanizable. Respecto del primero, porque en la legislación urbanística valenciana esta clasificación surge del Plan, mientras que en la Ley estatal puede adquirirse por la transformación física del suelo. Respecto del suelo no urbanizable por la permisividad con que la legislación valenciana se comporta respecto de las viviendas en el medio rural, que parece mucho más restringida en la Ley 6/98.

518

2. “La iniciativa privada en la gestión y ejecución urbanística”.

FRANCISCO PERALES MADUEÑO

Abogado

La moderna regulación de la iniciativa privada en la gestión urbanística se inicia con la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956. Esta Ley instaura un sistema de planeamiento municipal integral y un régimen de desarrollo mediante planes parciales, y en su caso especiales, así como fórmulas de ejecución del planeamiento a través de lo que denomina sistemas de actuación.

La Ley reconoce el derecho de los propietarios de suelo a redactar planes de desarrollo y a ejecutarlos por el sistema de compensación. Las Juntas de Compensación se convierten en órganos de gestión urbanística, integradas por los propietarios del polígono y, en su caso, también por empresas urbanizadoras. Los restantes sistemas, que son públicos, son los de cesión de viales, cooperación y expropiación. La aplicación de estos sistemas es compatible con los distintos modos de gestión de las Corporaciones locales, por lo que es posible la aparición del concesionario en el sistema de expropiación. La Ley sólo fue desarrollada parcialmente por el Reglamento de Reparcelaciones de 1966.

El siguiente paso lo dio la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975 incorporada al Texto Refundido de 9 de abril de 1976. Este conjunto normativo mantuvo, en términos globales, el derecho de los particulares –propietarios de suelo– para formular planeamiento de desarrollo y ejecutar este planeamiento por el sistema de compensación. Como sistemas públicos se mantuvieron los de cooperación y expropiación. La legislación fue objeto de desarrollo reglamentario (Reglamentos de Planeamiento, Gestión Urbanística y Disciplina Urbanística), pormenorizándose en el de Gestión Urbanística la regulación detallada de los sistemas y de la figura de concesionario en el sistema de expropiación. Una novedad de gestión y de planeamiento fue el que ofreció el suelo urbanizable no programado y su gestión mediante Programa de Actuación Urbanística de posible formulación directa por la Administración municipal, y mediante concurso en caso de iniciativa privada.

La reforma de la Ley de 25 de julio de 1990, Texto Refundido de 1992, manteniendo en términos generales el sistema de planeamiento y gestión anterior, convirtió al propietario de suelo en urbanizador forzoso, de cuya actuación dependía la adquisición y pérdida de las facultades urbanísticas. El fracaso del sistema fue manifiesto. Además, la sentencia 61/1997, de 20 de marzo, del Tribunal Constitucional, desarbóla la nueva regulación estatal.

Como consecuencia de la sentencia citada, la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Modificación del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo, establece un nuevo régimen urbanístico de la propiedad integrando en el mismo las facultades urbanísticas y, por tanto, el derecho a urbanizar, sin perjuicio de la regulación de la gestión por las leyes urbanísticas de las Comunidades Autónomas.

Las nuevas legislaciones autonómicas plantean dos modelos de gestión diferentes. Por una parte está el grupo representado por las leyes de Cataluña (DL de 12 de julio de 1990), Galicia (Ley de 24 de marzo de 1997), Navarra (Ley Foral de 4 de julio de 1994), Madrid (Ley de 28 de marzo de 1995) y de La Rioja, y, por otra, por las leyes de la Comunidad Autónoma de Valencia (Ley de 5 de noviembre de 1994) y de Castilla-La Mancha (Ley de 4 de junio de 1998).

520

Las primeras siguen los modelos tradicionales con algunas mejoras, como reducción al cincuenta por ciento de la propiedad necesaria para imponer el sistema de compensación, o como la incorporación de nuevos sistemas, de ejecución forzosa, en Madrid y Navarra, de reparcelación, en Navarra, y de ejecución por sectores de urbanización prioritaria en Cataluña, este último basado en la cooperación. Se ha revelado como especialmente eficaz este último por el reforzamiento de los mecanismos del sistema e, igualmente es de confiar en el de ejecución forzosa que combinan la potestad pública y la capacidad gestora y financiera de la iniciativa privada.

Los segundos admiten, exclusivamente, la gestión pública, directa o indirecta. A través de éste se hace participar, de forma concurrencial, a la iniciativa privada, propietaria o no de suelo, aunque los propietarios gozan de un derecho de preferencia. El sistema, basado, por tanto, en la figura del urbanizador seleccionado, goza de efectividad pero tiene el innecesario defecto de eliminar la clásica posible intervención y colaboración de la iniciativa privada propietaria de suelo, a partir del desarrollo del planeamiento municipal. Desde el

punto de vista operativo significa eliminar una vía para el ejercicio de la libre empresa en el campo del urbanismo, al imponer, siempre, una autorización y una selección discrecional. El sistema es eficaz pero absolutamente intervencionista y no da entrada directa a los derechos de promoción que reconoce la Ley 6/1998. Sin duda, el régimen óptimo estaría representado por la aceptación de las dos líneas de gestión, pública y privada.

3. “Función y doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de Urbanismo”.

ANA FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA

Notaria, Letrada adscrita a la Dirección General de los Registros y del Notariado

Se estudió en esta Ponencia el enfoque del urbanismo desde la competencia estatal sobre los instrumentos públicos y registros jurídicos.

Se analizó la función de la escritura pública como instrumento sustitutivo de la tramitación administrativa, en cuanto descongestiona la actividad del ente actuante y como auténtica auditoría jurídica encomendada a un tercero imparcial que verifica y controla las titularidades y situaciones jurídicas, la descripción de fincas y las garantías jurídicas en el procedimiento de concreción del planeamiento, conservando lo actuado en su protocolo.

Al efecto, es inadecuado el tratamiento conferido a la escritura pública por el RD de 4 de julio de 1997, de normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, en cuanto relega ésta.

Se han visto también las distintas áreas de coordinación del Registro de la Propiedad con el urbanismo, basado en el principio de subrogación real, lo que impide, salvo contadas excepciones, el surgimiento de un tercer hipotecario.

Posteriormente se estudiaron concretas soluciones jurídicas en la inscripción de actos de naturaleza urbanística, analizando la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado al respecto, especialmente en los procedimientos de equidistribución, parcelaciones urbanísticas y declaraciones de obra nueva.

Se reflexionó, por fin, sobre la conveniencia de que las soluciones hipotecarias fueran neutras en el sentido de acoger las especiales normativas aplicables de carácter autonómico y no trasladar exclusivamente una visión estatal del urbanismo.

4. “Convenios urbanísticos”.

ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ
Catedrático de Derecho Administrativo.
Letrado de las Cortes Generales

522

Nuestro derecho urbanístico histórico y actual está basado, en cuanto a las formas, en la actuación unilateral de la Administración, así a la hora de planificar como a la de ejecutar. A los Convenios, o en general a las figuras basadas en el convencimiento de las otras partes, se les ha dejado un papel residual y además preparatorio, y no sustitutivo, de la actuación pública formalizada.

La realidad sin embargo ha ido por otro lado. La necesidad de financiación municipal, junto con otras razones, ha traído consigo una enorme proliferación de Convenios.

La legislación de las Comunidades Autónomas desde 1994 ha venido ampliando el campo de juego de la figura e introduciendo regulaciones en materia de procedimiento de elaboración de los mismos, así como, en fin, sentando criterios en orden al tema, nada fácil, de su grado de vinculación para los Planes.

5. “La tramitación de los proyectos de equidistribución y su inscripción registral”.

FRANCISCO BLANC CLAVERO

Abogado. Letrado excedente de la Consellería de Obras Públicas y Urbanismo de la Generalidad Valenciana

Los proyectos de equidistribución son los instrumentos urbanísticos, aprobados por la Administración, que reorganizan la propiedad y los derechos sobre las fincas para adaptarlas a las necesidades del desarrollo urbano, cambiando su configuración rústica o primitiva y posibilitando su reestructuración apropiada para acometer obras de urbanización y de construcción urbana. Las obras de urbanización, por sus grandes dimensiones, suelen afectar a diversos propietarios a la vez. Los proyectos de equidistribución sirven para repartir de una forma equitativa entre todos los propietarios las cargas de la urbanización (por ejemplo, la carga de ceder gratuitamente a la Administración el terreno que se destina a viales) y también sus beneficios (como los volúmenes edificables a repartir). También sirven para formalizar en el Registro de la Propiedad las oportunas garantías de pago que aseguren que los beneficiarios de la urbanización sufragarán los costes en la proporción que les corresponda por obligación legal y que los futuros compradores de fincas urbanas puedan conocer de antemano si existen o no deudas pendientes de pago a los Ayuntamientos por cuenta de contribuciones urbanísticas.

En esta conferencia nos centramos en la relación entre Registro de Propiedad y proyectos de equidistribución urbanística, tema de extraordinaria complejidad por confluir en él dos legislaciones de suyo complejas: la registral y la urbanística. Tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 1997 es claro que sólo las Comunidades Autónomas son las competentes para legislar sobre proyectos urbanísticos de equidistribución. Sin embargo, la inscripción en el Registro de la Propiedad de dichos proyectos, imprescindible para que

cumplan eficazmente su cometido, depende de la legislación estatal, única para toda España, y que actualmente se condensa en un reciente reglamento de 1997.

Es de gran interés examinar cómo una misma legislación estatal sobre Registro de la Propiedad, única para toda España, puede ser de común utilidad para hacer operativas legislaciones urbanísticas diversificadas que han aprobado las distintas Comunidades Autónomas y cómo la misma legislación registral es útil, por igual, para los distintos objetivos urbanísticos que cada Comunidad Autónoma ha previsto en su correspondiente legislación urbanística.

Es interesante comprobar cómo en algunas legislaciones autonómicas modernas –como la valenciana o la castellano-manchega– los proyectos de equidistribución han adquirido enorme relevancia práctica al ser los instrumentos funcionales para nuevos cometidos. Por ejemplo, son instrumentos muy adecuados para aunar voluntades y resolver conflictos entre los empresarios urbanizadores que financian las obras de urbanización y los propietarios de los terrenos sobre los que éstas se realizan, facilitando la profesionalización empresarial de la actividad urbanizadora, con las debidas garantías para la propiedad inmueble.

Asimismo, la función notarial ha adquirido un nuevo protagonismo en el campo urbanístico de la mano de las nuevas legislaciones autonómicas. En este sentido, la intervención notarial ha demostrado ser útil para superar ciertos problemas críticos en la tramitación de estos procedimientos urbanísticos, como es la lentitud con la que algunos ayuntamientos acometen los trámites preliminares correspondientes, lentitud que repercute en todo el proceso urbanizador y que se traduce finalmente en carestía de suelo urbanizado. Una importante novedad en algunas legislaciones autonómicas ha sido posibilitar la intervención notarial a instancia de los particulares para garantizar los trámites de información pública de los expedientes. Este procedimiento notarial ha permitido agilizar extraordinariamente esos procesos administra-

tivos al descargar a los ayuntamientos de trámites burocráticos preliminares adelantando el momento en que las autoridades tienen que adoptar sus decisiones públicas y haciendo que el debate público se centre en las cuestiones de fondo, despejado de prolegómenos burocráticos formales y garantizando mejor el derecho de los ciudadanos a que la Administración resuelva y se pronuncie con prontitud sobre sus propuestas y peticiones.