



AVD·ZEA

Academia
Vasca de
Derecho

Zuzenbidearen
Euskal
Akademia

BOLETÍN ALDIZKARIA

Año IV - Nº 11 - Bilbao - Diciembre de 2006
IV. urtea - 11. zk. - Bilbo - 2006ko abendua
ISBN: 84 896 8919 9 - L.G./D.L.: BI 1677-03

Sumario/Aurkibidea

Artículos/Artikuluak

Pág./Or.

1. **JUSTICIA: INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD, POLITIZACIÓN**, José Gabriel de Mariscal7
2. **UNA FACETA MENOS CONOCIDA DE JESÚS GALÍNDEZ: EL GALÍNDEZ ESTUDIOSO DEL DERECHO VASCO**, Santiago Larrazabal71
3. **EL DERECHO DE CONSUMO**,
M^a Jesús Real 83
4. **EPAILETZA EUSKALDUNA: HIZKUNTZ ETA PROZESU ESKUBIDEAK**,
Edorta E. Herrera 95
5. **ETXEAN OTSO**,
Ane Martínez Díaz 123

Jornadas/Jardunaldiak

6. **MESA REDONDA SOBRE EL DERECHO DE SACA FORAL**, Adrián Celaya 127

Práctica/Praktika

7. **SEMINARIO DE DERECHO REGISTRAL DE EUSKADI. CASOS DEL SEGUNDO TRIMESTRE DE 2005**, Carlos Ballugera y Javier Regúlez 135

Libros/Liburuak

8. **CRONICA DE UNA PRESENTACION: ASÍ NACIÓ BIZKAIA. DE ARRIGORRIAGA AL FUNDADOR DE BILBAO**, Andrés Urrutia 175

Noticias/Albisteak

9. **NOTICIAS INTERNAS**, Javier Oleaga 181



www.bbka.es

Gestión de Carteras

Un nuevo valor para su patrimonio

El objetivo de BBK siempre ha sido aportar valor añadido a la gestión de su patrimonio, asesorándole con profesionalidad, ofreciéndole los mejores productos del mercado y obteniendo la mejor rentabilidad financiero-fiscal. Como cliente de **BBK Banca Personal**, usted tendrá a su disposición su profesional de confianza que canalizará todas las sinergias de los equipos especializados de BBK, facilitando en cada momento una planificación financiera y fiscal totalmente adaptada a sus necesidades y a las características de su patrimonio.

Banca Personal

bbk⁺

JUSTICIA: INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD, POLITIZACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Se viene hablando continuamente acerca de la politización de la Justicia, pero no hemos visto ningún análisis sobre lo que realmente se quiere decir con esa expresión. Ponerse de acuerdo en la materia requiere una clarificación de ideas y es lo que voy a intentar en las líneas que siguen. Son reflexiones fundamentalmente personales sin ninguna pretensión dogmática y con el mero propósito de suscitar una corriente de pensamiento y de debate.

Todos los seres humanos somos iguales en dignidad y derechos básicos. Ni la naturaleza, ni, para quienes creemos en un Absoluto, Dios, han dado a nadie título para juzgar a sus semejantes¹. De aquí el principio de igualdad ante la ley que las constituciones de los países avanzados consagran habitualmente. La Constitución española de 1978 lo reconoce en su artículo 14, como es sabido. Pues bien, ya que ni la naturaleza ni Dios, la ciudadanía da a ciertos conciudadanos el pesado y audaz encargo de enjuiciar las acciones de los demás miembros de la sociedad.

¹ Así dice el Evangelio que: “no juzguéis y no seréis juzgados, no condenéis y no seréis condenados...” (Lc.. VI, 27. Vid. también Mt. VII. 1). Igualmente St., IV, 12: “...tú. ¿quién eres para juzgar al prójimo?”.

Bastan estas consideraciones para concluir que semejante función es una enorme osadía. De quienes la encomiendan y de quienes la aceptan. Sin embargo, se trata de una osadía sin duda absolutamente necesaria en cualquier grupo humano organizado con criterios de convivencia pacífica. Porque lo característico de toda comunidad humana es la existencia del conflicto. El conflicto exige solución. La fórmula de solucionarlo puede ser cuádruple:

- El transcurso del tiempo, cuyo resultado es aleatorio y que, en gran número de casos, pudre y encona el conflicto en vez de resolverlo.

- La contienda violenta que resolverá la cuestión a favor del más fuerte o del más hábil y dejará un poso de resentimiento difícilmente extinguido.

- El acuerdo que es, sin duda, la mejor solución, pero que, por falta de voluntad, por incapacidad o por especial dificultad de atender a todos los intereses en liza, muchas veces se ve frustrada, y

- La sumisión del conflicto a la decisión de ciudadanos especialmente calificados –jueces o árbitros–, cuyo fallo se acepta de antemano.

Obviamente las dos primeras fórmulas no son satisfactorias y la tercera será frecuentemente imposible en la práctica. Es, pues, ineludible la necesidad de personas autorizadas por la comunidad para resolver las diferencias existentes entre sus conciudadanos, o entre éstos y el entramado político institucional por razón de discrepancias en materia de derechos o de conductas dañinas para la integridad de las personas o de sus bienes, así como para la integridad del sistema y de los bienes públicos.

Pero precisamente el carácter pronunciadamente osado de la función, la audacia inherente a la misma, y el hecho de que jueces (y árbitros) son una pieza necesaria y, por ello, no sólo muy importante, sino una institución de carácter fundamental, particularmente en un sistema político democrático, suscitan serios problemas que deben inducir a una reflexión detenida, seria y profunda.

Porque de ese carácter audaz de la función, de su necesidad fundamental como institución y de su origen en la voluntad de la ciudadanía resulta, en la lógica más elemental, que el juez es, nada más ni nada menos, que un ciudadano investido de autoridad mediante la ley por sus conciudadanos, para la aplicación (independiente e imparcial) de la norma jurídica en virtud de pruebas. El juez es, pues, un servidor de la comunidad cívica.

Pues bien, ¿cómo debe ser el ciudadano que accede a función tan importante, cuanto espinosa? ¿Cómo acertar en su elección? ¿Cómo estructurar el conjunto de los ciudadanos llamados a la judicatura? ¿Cómo garantizar la independencia y la imparcialidad en el ejercicio de tan importante tarea? ¿Cómo configurar la responsabilidad judicial para garantizar eficazmente el buen uso de la función encomendada a los jueces? ¿Qué ha de hacer un grupo humano para que sus jueces sean aptos, realmente, en la resolución de los conflictos y en lograr la convivencia más pacífica posible? Creo que la naturaleza de la función, la figura del juez deseable, el sistema de elección de los llamados a tan importante cuanto difícil tarea, la protección de la independencia y de la imparcialidad del llamado a desarrollarla, y el diseño de la responsabilidad de sus titulares y de la fórmula adecuada para exigirla con eficacia sin desdoro ni mengua de la función, son puntos clave para disponer de un buen sistema judicial. Naturalmente una vez de establecer el sistema, hay que pensar también en su financiación: sin medios, todo sistema quiebra.

En este trabajo voy a limitarme a reflexionar sobre la independencia, la imparcialidad y la eventual politización de la judicatura, previa descripción sumaria de mi visión de la figura del juez. Dejo para otra ocasión dos cuestiones fundamentales: la selección y la responsabilidad del juez, aun cuando aquí y allá haya alguna referencia marginal inevitable a ambos temas.

2. EL JUEZ DESEABLE

Pertenezco a una generación de Abogados que, en una buena parte de sus miembros, ha tenido profundo respeto a los jueces, conciencia de la dificultad de su función, aprecio de su tra-

bajo y estima de sus personas. Esto no ha sido obstáculo nunca para tener muy clara la idea de que el juez es un ser humano, que, por ello, está sujeto a error y a corrupción como todo mortal, y que, en consecuencia, se deben criticar, para bien o para mal, a veces acerbamente, algunas de sus resoluciones y determinadas conductas inaceptables en un Estado de Derecho, sin que la crítica constituya nunca una falta de respeto, ni sea obstáculo para acatar lo decidido si no hay recurso procesal o acción jurídica pertinente a mano. Todo lo que venimos diciendo obliga a exponer una idea sobre lo que parece debe ser un juez. Semblanza que está muy lejos de ser moderna. Ya en el S. XIV el Canciller D. Pero López de Ayala ofrece multitud de datos sobre este asunto², que iremos indicando a medida que desgranamos las que nos parecen características básicas de la figura.

La figura del juez se compone de varios ingredientes fundamentales.

- El primero de todos, es *el sentido común, la sensatez comprobada y un respeto incorruptible a las personas de sus conciudadanos*.³ Pero sentido común y respeto *demostrados antes de empezar a actuar como juez*. Yo no dudo de la posibilidad de que una persona joven tenga sentido común en su acepción más rica y respetable. Naturalmente las hay con sentido común y muchas dotadas de él en abundancia. Además, ni la madurez, ni la vejez tienen, por sí solas, patente de esa cualidad. Como dice Cicerón, “ni las canas ni las arrugas pueden aspirar de repente a tener autoridad, sino que es

² López de Ayala, Canciller D. Pero (1333-1406).- Fue el Canciller hombre de Corte, político y diplomático competente, lo que llamaríamos hoy en términos generales ‘un hombre de Estado’. Fue, además, conocedor experimentado del oficio judicial y jurista insigne, como se deduce de su obra *Rimado de Palacio* (Castalia, Madrid 1987), de la que tomo una serie amplia de textos en este trabajo.

³ Aut. y ob. cit.- “Non deue el jüez en todo ser muy teso,/ nin deue ser muy blando, que así le es defeso;/si fuere sabidor e touiere buen seso,/ en la su mano diestra, siempre terrná un peso.” Estrofa 606. *Aclaración* por si hay quien encuentre dificultad de entender el castellano antiguo: El juez no debe ser ni muy rígido, ni muy laxo. Ambas cosas le están vedadas (así le es defeso). Y, para que tenga peso, esto es autoridad, en su mano, es necesario que tenga “buen seso”, esto es, que sea sensato.

También: “Muchos ha que por crüeza, cuidan justicia fazer;/ mas pecan en la manera; ca justicia deue ser/ con toda piëdat, e la verdat bien saber;/ al fazer la execución, sienpre se deue doler.” Estrofa 346. *Actualización*: La justicia ha de ser sumamente respetuosa (con toda piëdat) y buscar la verdad (e la verdat bien saber): No debe disfrutar con la ejecución, sino lamentar el mal que pueda causar. Los que animados de rigor (crüeza) se preocupan de hacer justicia, se equivocan (pecan) en la manera, si no cumplen los requisitos mencionados.

la honestidad practicada en los años anteriores la que logra los frutos máximos de autoridad”⁴. Afirmino, sin embargo, que hace falta un período de vida largo para *demostrar*, que una persona goza de atributo tan importante. Una sociedad carece del derecho de poner a sus ciudadanos en manos de quienes no hayan demostrado cumplidamente tener la autoridad que da el sentido común: ni la sociedad ni sus miembros debemos constituir campo experimental para nadie, sino en la medida inevitable impuesta por la estructura misma de la vida humana. Desde luego, la judicatura no forma parte de ese entramado estructural. De Milcíades dijo Cornelio Nepote que tenía «aquella edad, en la cual sus conciudadanos no sólo podían esperar de él una buen actuación, sino incluso confiar en que sería tal como habían pensado después de conocerle»⁵. Lo mismo debe poderse decir de todo juez.

No está de más, en mi opinión, traer aquí a colación el sensato parecer que, fundada en su propia experiencia, expone la juez francesa Édith Boizette en la obra “Les Juges parlent”. Dice ella, a preguntas de quienes han configurado y desarrollado ese trabajo, que “en realidad, he tenido la fortuna de no tener asuntos superdelicados en el comienzo de mi carrera. Es una suerte. A los veinticinco años, ¿sabe Vd.?, es fácil resbalar. ¿Conocía yo todo de la vida a los veinticinco años? Está lejos de ser evidente...Desde luego, se pueden cometer errores. En dos años de escolaridad (en la E.N.M., Escuela Nacional de la Magistratura) no es posible conocerlo todo...Hacen falta cinco buenos años” “para que un juez esté al abrigo de los errores principales”⁶. Subrayemos, al pasar, la modestia y la clarividencia de la juez, signo de su sensatez. Con todo, creo que esos cinco años, con lo que desde los veinticinco llegaríamos a los treinta, son manifiestamente insuficientes.

⁴ Marco Tulio Cicerón.- “Non cani nec rugae repente auctoritatem adripere possunt, sed honeste acta superior aetas fructus capit auctoritatis extremos” De Senectute, XVIII (62).

⁵ Cornelio Nepote.- “Miltiades...cum...eaque esset aetate, ut non iam solum de eo bene sperare, sed etiam confidere cives possent sui talem eum futurum, qualem cognitum iudicarent...” Liber de Excellentibus Ducibus Exterarum Gentium- *I Miltiades*. I.

⁶ “En réalité, j’ai eu la chance de ne pas avoir d’affaire hyperdélicate en debut de carrière. C’est une chance. Vous savez, à vingt-cinq ans, on peut facilement déraiper. Est-ce que je connaissais tout de la vie à vingt-cinq ans? C’est loin d’être évident...On peut commettre des erreurs, bien sûr. Ce n’est pas en deux ans de scolarité qu’on peut tout connaître... Il faut bien cinq ans” “pour qu’un juge soit à l’abri des principales erreurs”. Greilsamer, Laurent, et Schneidermann, Daniel.- *Les Juges parlent. Edith Boizette*, Premier Juge d’Instruction à Paris-, p. 42, Fayard, 1992.

Describir el contenido de ese «sentido común» no es fácil. Con todo, implica, sin duda, inteligencia normal, honestidad y coherencia personal, gran respeto al ciudadano, tolerancia, carencia de afán de originalidad en la función de juzgar. Debe incluirse dentro de esta idea la convicción práctica de que la ley y el derecho han de ser instrumento para solucionar y mitigar los conflictos; no para crearlos ni para endurecerlos. Y, por supuesto, lleva consigo el esfuerzo de respetar la norma por encima de teorías, ideas y opciones personales.

Como esto no lo da a mi entender ninguno de los procedimientos de selección que se prevén en la Ley Orgánica del Poder Judicial, es claro que esos procedimientos deberían revisarse para conseguir una judicatura adecuada a la sociedad que nos ha tocado vivir.

- Conectada íntimamente con lo anterior está la necesidad de que el juez *tenga experiencia de la vida y sea un buen conocedor de la comunidad cívica en la que va a realizar su cometido.*

En primer término no cabe ejercer función tan delicada sin conocimiento del ser humano, de su manera de actuar, de su conducta individual y colectiva. Esto requiere cierto trayecto vital, cierta edad que yo cifro alrededor de los cuarenta años. Ser juez antes es una imprudencia y una amenaza para la buena marcha del sistema. Yo no sé si cuando el juez Navarro califica a “los jueces, [como] hombres de edad madura y amplia experiencia”⁷ pretende reflejar lo que son o más bien lo que deben ser. Si esto último, estoy de acuerdo; si lo primero, la realidad, al menos la actual, desmiente el alcance general de esa afirmación: es bastante corriente el juez bisoño. En todo caso, esa madurez y experiencia son lo que debe ser, como decía la juez Édith Boizette en sus palabras transcritas poco más arriba.

Además, es para sus conciudadanos para quienes el juez ha de aplicar la ley. En realidad, para todos sus conciudadanos, a pesar de que sus fallos se refieran a casos personales y deter-

⁷ Navarro, Joaquín. *Manos Sucias*, p. 113, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1995.

minados⁸. Porque por una parte las decisiones judiciales tienen efecto directo sobre la vida real. Emitirlas sin un conocimiento práctico suficiente de las coordenadas en que una sociedad se mueve efectivamente, me parece una imprudencia mayúscula. Y ese conocimiento encarnado no lo da la universidad, ni una escuela; se adquiere en la actividad del vivir, día a día, sea cual fuere el campo de acción en que se desenvuelva una persona. Por otra parte, los fallos judiciales terminan por convertirse en criterio de interpretación de la norma y de orientación para resolver conflictos ulteriores. Decidir sin conocimiento suficiente de las características de la comunidad en que va a aplicarse el fallo, puede originar, antes o después, perturbaciones de efectos difícilmente previsibles. De aquí que la adecuación de las decisiones judiciales al espíritu de la comunidad propia nos interesa enormemente a todos los ciudadanos.

- El tercer rasgo –muy cercano a los dos anteriores– es la *conciencia viva de la responsabilidad de su función*, del bien y del mal que en su ejercicio puede causar, y consiguientemente la voluntad

⁸ Hans Kelsen define la aplicación judicial de la ley, a mi juicio con gran precisión, en la forma siguiente: “Das sogenannte richterliche ‘Urteil’ ist...eine Norm, und zwar eine individuelle, in ihrer Geltung auf einen konkreten Fall beschränkte Norm, zum Unterschied von einer als ‘Gesetz’ bezeichneten generellen Norm”. *Reine Rechtslehre*, Verlag Franz Deutcke Wien, Zweite Auflage, Unveränderter Nachdruck, Wien, 1976. *Traducción*: “La llamada ‘sentencia’ es...una norma, y precisamente una norma individual, limitada en su vigencia a un caso concreto, a diferencia de la norma general denominada ‘ley’.” Es en la sentencia dictada por el juez donde, con base en la norma general, en la ley, los conflictos concretos encuentran la norma específica que los regula, la que afecta directa y personalmente a ciudadanos o autoridades determinados y que, además, es un criterio para la solución de posibles conflictos futuros. De aquí la necesidad de que el juez conozca bien la sociedad en que la ley va a ser adecuada a las situaciones concretas, porque son situaciones concretas precisamente en una sociedad determinada, no en un espacio general y abstracto.

Por otra parte, la falta de esta cualidad es el motivo de mi desconfianza hacia los tribunales de justicia internacionales. Sobre todo si tienen finalidad penal y, en general, si resuelven problemas que afectan a personas individuales. Un caso palpable: el del Tribunal Penal para los crímenes de guerra de Yugoslavia: ¿Hasta dónde están capacitados esos jueces y esa fiscal para valorar hechos acontecidos en unas sociedades determinadas: la serbia, la croata y la bosnia? Sé que se me dirá que peor es nada. Tal vez, pero yo tengo mis dudas de que nada sea peor que fallar sobre derechos y fechorías de individuos por personas difícilmente competentes debido a su carencia de arraigo en la comunidad humana en la que los hechos han tenido lugar. Creo que más que justicia, es riesgo cierto de venganza. El Canciller López de Ayala, *Ob. cit.*, diría tal vez que, en situaciones como ésa, puede faltar “un buen tenpramiento” y que en un Tribunal semejante quizá se “faze sobrepujamiento” “por quexa o por saña...o porque sea loado que es de buen regimiento.” La conclusión del Canciller es clara: “este tal non faz’ justia, mas faz’ destrüimiento”. Estrofa 349. *Actualización*: Puede faltar equilibrio (un buen tenpramiento) y se puede incurrir en parcialidad (faze sobrepujamiento), bien por convertir fácilmente en pruebas lo que son meras insidias (quexa), por saña o por recibir loores de ser buen juez (ser “loado” de ser “de buen regimiento”). Con lo cual, en vez de justicia, se causa destrucción (se faz’ destrüimiento).

firme de hacer un esfuerzo por aplicar la ley produciendo el menor daño posible a las partes del proceso⁹.

De este punto y del anterior se concluye que el juez es fundamentalmente responsable ante el ciudadano y que, por tanto, el sistema jurídico debería dotar a éste de instrumentos legales eficaces para exigir la responsabilidad mencionada.

- El cuarto ingrediente imprescindible es *una personalidad recia*. En un mundo tan insidioso y agresivo como el que nos ha tocado vivir, no cabe enfrentar la tarea judicial con una psicología débil. Es preciso que, sin perder el sentido de lo razonable, el juez sea capaz de sobreponerse a críticas, embates, sugerencias y aduaciones de toda clase.

- El quinto es un *conocimiento razonable del derecho*. Ciertamente cuanto más, mejor, porque *la competencia profesional* hay que pedirla en cualquier tarea. Creo, sin embargo, que es un error poner en primera línea la competencia jurídica y la razón es muy simple: un juez sensato, respetuoso y responsable podrá encontrarse en una situación en la que, a pesar de su competencia profesional, sus conocimientos jurídicos le resulten insuficientes; pero entonces podrá también consultar, y consultará, a jurisperito más competente y resolverá seguramente bien la situación haciendo del derecho un instrumento de resolución pacífica del conflicto¹⁰; un juez poco sensato, escasamente respetuoso y no muy res-

⁹ López de Ayala, Ob. cit.- Los jueces “Deuen amar justicia e della bien usar;/ pues qu’el rrey dellos fia, non deuen engañar;/ ca si ellos non lo fazen, podrían trastornar/ la justia que el rrey dellos quiso fiar.” Estrofa 601.- *Actualización*: Han de amar hacer justicia y hacerla bien (amar justicia e della bien usar), por tanto, han de tener conciencia de que ésa es su función; no deben incurrir en engaño, porque, si no, pueden trastornar la justicia que “dellos quiso fiar” el que les ha conferido la función (entonces el Rey; hoy el pueblo: CE, art. 117.1). También son de tener en cuenta en este punto, entre otras, las siguientes estrofas: “En la una balança, la justicia terrná,/ con la qual él condepne âquel que mal fará;/ en la otra balança, la piedat será,/ con que tienpre el castigo que al pecador dará.” Estrofa 607. *Actualización*: “terrná” por ‘tendrá’; “condepne” por ‘condene’; “âquel” por ‘a aquel’; “tienpre” por ‘temple’. “Non deue el jüez a ninguno dañar;/ antes deue en común, a todos prouehar;/ a los unos con miedo, los puede espantar;/ a los otros con onrra los deuer sosegar.” Estrofa 605. *Actualización*: “prouehar” por ‘aprovechar’; “onrra” por ‘honra’.

¹⁰ López de Ayala, Ob. cit.- “Acuerde bien el fecho con los omnes letrados,/ vanderos nin auaros non sean y llamados;/ caten leyes e fueros, non sean muy quexados,/ nin pasen por el libro en saltos muy contados” Estrofa 609. *Actualización*: “el fecho” por ‘el hecho’; “omnes” por ‘hombres’; “vanderos” entiendo que por ‘banderizos’ o personas de partidos

ponsable, si sabe mucho derecho, corre el riesgo de perder de vista la realidad de la situación y de hacer una aplicación de la ley quizá perfecta teóricamente, pero alejada de esa idea instrumental del derecho para resolver conflictos en forma sosegada. Y si, a pesar de su ciencia jurídica, tropieza en una barrera difícilmente superable, tomará imprudentemente decisiones, con las que es probable que conculque el derecho y haga mucho más daño a las partes y al prestigio de la judicatura que el primer juez.

- Y para ser *buen juez* es ciertamente imprescindible tener *la legitimidad a través de la legalidad*, porque es la fórmula con la que la ciudadanía inviste al juez de su función. Pero la mera designación con arreglo a la ley no hace por sí sola que la persona sea adecuada para el cargo. Pensar otra cosa equivale a convertir la judicatura en un mero espectáculo para el tendido. Espectáculo que podría resultar gratificante en algún momento para quien no estuviera en el ruedo si es que esa distancia absoluta fuera en realidad posible, pero que resultará penoso y reprobable para quienes lo presencian de cerca y actúan en la arena, ya sea como profesionales, ya como usuarios del servicio.

Dicho lo anterior entramos en la consideración del significado de la independencia judicial

3. INDEPENDENCIA

Hay autores que entienden, a mi juicio con pleno acierto, que la independencia comprende la del poder judicial como conjunto y la del juez considerado aisladamente como intérprete de la legalidad. Y, además, que están íntimamente vinculadas a la independencia, la imparcialidad y la neutralidad política del juez¹¹.

determinados; “y llamados” por ‘llamados allí’, es decir, a consulta; “quexados” entiendo que por ‘tendientes a admitir rumores o insidias’; “en saltos muy contados” por ‘sin deteni- miento, ni atención’. “Si fallaren un punto por quel’ puedan dar vida,/ el buen alcalde luego en aquesto comida,/ entienda bien la ley e buen consejo pida,/ si tiene el pecador la muerte meresçida.” Estrofa 610. *Actualización*: “por quel” por ‘por el que le’; “alcalde” por ‘alcalde’ (juez); “comida” por ‘da su conformidad’; “meresçida” por ‘merecida’. Se entiende la reflexión del Canciller, cuando en una estrofas anterior, la 608, leemos: “ca matar así un omne no es juego de un piñón.”

¹¹ Andrés Ibáñez, Perfecto, y Movilla Alvarez, Claudio.- *El Poder Judicial.*, p. 120. Tecnos, Madrid, 1986.

Prescindiendo de la acertada consideración de que las condiciones objetivas subyacentes al planteamiento de que “independencia¹² y apoliticidad¹³...son dos caras de la misma moneda” y “llevaron al resultado de una efectiva dependencia del juez respecto de los detentadores del poder real”¹⁴, vamos a intentar desbrozar el campo de lo que, en verdad, puede entenderse hoy por independencia del juez, dejando la consideración concreta de la imparcialidad y de la politización de la justicia, o más bien de la imbricación perversa de justicia y política, para más adelante.

Por otra parte, no creo necesaria la observación de que, cuando hablo aquí de independencia, de imparcialidad o de politización, no me refiero a los asuntos judiciales que calificaríamos de “ordinarios”, del día a día. Apunto exclusivamente a aquellas cuestiones de trascendencia excepcional en los ámbitos económico, financiero, político, social y hasta religioso. Entran aquí las actitudes y conductas políticas, sociales y éticas de base ideológica, los grandes movimientos de tráfico de influencias, graves delitos financieros y análogos, los grandes abusos en materia de urbanización, los pleitos originados por obras de gran volumen e importancia que aborda la Administración, los conflictos graves de los sexos, los conflictos Iglesia-Estado, y otras cuestiones y problemas de análogo alcance.

¿Cómo es posible una verdadera independencia del conjunto de los jueces y del juez individualmente considerado en este tipo de problemas?

Independencia significa literalmente ausencia de dependencia. No depender de nada ni de nadie. Ahora bien, como en la vida del ser humano las dependencias ineludibles suelen ser no pocas, al hablar de la independencia de los jueces hay que precisar qué queremos significar con ello. Y me parece un tanto raquíptico decir que “la independencia consiste en que los jueces no tengan superiores políticos ni jerárquicos”¹⁵. Creo que la independen-

¹² Entendida como “separación o alejamiento de la sociedad”. Ob. cit., p. 120.

¹³ Entendida como “la adscripción o integración en el marco de la política dominante”. Ob. cit., p. 120.

¹⁴ Ob. cit., p. 120.

¹⁵ Navarro, Joaquín.- Ob. cit., p. 111.

cia, con su cualidad próxima, la imparcialidad, requieren eso, pero también algo más.

a) *¿De qué y de quién pueden depender la judicatura y los jueces?*

Podemos intentar precisar el concepto en forma negativa, es decir, por eliminación. Empecemos por preguntarnos, para ello, de quién pueden depender los jueces. La respuesta es amplia.

En primer lugar, dado que es una pieza del entramado estatal, judicatura y jueces pueden depender de las demás instituciones fundamentales: Legislativo y Ejecutivo. Del primero, al menos mediante la ley; del segundo por incardinarse en un Ministerio –generalmente de Justicia– y así, como cuerpo funcional en determinados aspectos y como funcionarios respectivamente, constituir aquél un cuerpo jerarquizado y éstos hallarse insertos en él. Si no se hace visible la dependencia de un Ministerio, tendremos lo que se llama un Órgano de Gobierno y Administración de los jueces. En el caso de España el Consejo General del Poder Judicial. Los efectos son análogos.

El riesgo de dependencia del Ejecutivo no se limita a la dependencia jerárquica, funcional, sino que se encuentra también en la fácil tendencia de todo gobierno a interferir más o menos sutilmente en la función de la judicatura y en las decisiones de los jueces.

A partir de esas tres amenazas a la independencia de la judicatura, ésta y el juez encuentran una cuarta amenaza a su libertad de decisión en la acción de agrupaciones que se califican de profesionales –hoy las llamadas Asociaciones judiciales–, que evidentemente no son inocuas y que pueden determinar de mil maneras, unas gruesas y otras sutiles, el curso profesional de cualquier juez. Sus efectos sobre la totalidad de la judicatura dependerán naturalmente del número de miembros que las indicadas Asociaciones encuadren en su seno.

Un quinto elemento de riesgo para la independencia de la judicatura y de los jueces son hoy los medios. Opiniones de todas clases, juicios paralelos, críticas –en unos casos, fundadas, en otros, no– hacen mella en gran número de jueces y sobre todo en los que

gobiernan la judicatura, dígase lo que se quiera decir haciendo un alarde de autoengaño.

En indisoluble maridaje con la acción de los medios hay una sexta instancia que afecta a la independencia de la judicatura y del juez. Es la opinión pública que, a juzgar por lo que estamos viendo, se forja casi literalmente en la matriz que aquéllos construyen y aplican. No hay más que escudriñar un poco los resultados de las innumerables encuestas que hoy en día se hacen: en los asuntos de carácter e interés público, sea político, sea económico, sea religioso, reflejan fielmente las opiniones, criterios, orientaciones y críticas que se están oyendo o contemplando en los medios. Esta influencia no sería perniciosa si los medios se ciñeran a informar con un esfuerzo de neutralidad. La verdad es que, consciente o inconscientemente –en mi opinión irremediablemente- los medios manipulan la realidad, la ‘mediatizan’ bastante más de lo imprescindible e inevitable, haciendo que una buena parte de la ciudadanía viva en una realidad virtual, muy distinta de la realidad fáctica en muchos aspectos. Y el peso de la opinión pública sobre la judicatura y sobre el juez es muy claro: tanto si la opinión está de acuerdo con las convicciones o criterios imperantes en el cuerpo judicial, como si es contraria a ellos, refuerza la convicción del cuerpo y del miembro del mismo, bien como confirmación y autosatisfacción en el primer caso, bien como amenaza a la que oponerse en el segundo.

En séptimo lugar, el juez puede sufrir una dependencia económica por falta de retribución suficiente. Y ello da lugar a una doble dependencia: de quien directamente le paga y de la posible precariedad del propio *status*¹⁶. Esto último afecta a la situación

¹⁶ Aquí también el discurso del Canciller López de Ayala es esclarecedor. En la obra citada encontramos las estrofas siguientes sobre la cuestión económica: "Alcalde e jüez, e todo judgador,/segunt manda la ley del grant emperador,/non deue ser muy pobre, ca sería peor,/por ventura cobdiçia non le ponga en error". Estrofa 598. *Actualización*: "Alcalde" por 'alcalde'; "judgador" por 'juzgador'; "deue" por 'debe'; "cobdiçia" por 'codicia'. "Los alcalles muy pobres, que son mu[cho] lazrados,/serían perigrosos a los pobres cuitados;/ca por los diez que sean entre çiento guardados,/serían los nouenta de ligero dañados". Estrofa 599. *Actualización*: "lazrados" entiendo que por 'indigentes'; "perigrosos" por 'peligrosos'; "cuitados" por 'afectados, encartados o imputados', es decir, sometidos a cuitas, como es el caso de ser imputado en un procedimiento penal; "nouenta" por 'noventa'. El sentido es que previsiblemente la pobreza hará que un juez, aun cuando actúe correctamente en diez casos, ocasione con facilidad ("de ligero") daño a noventa personas. En términos modernos diríamos que fallará mal en el 90% de los casos. "Deuen ser los juezes en todo abonados,/ricos en posesiones, de virtudes dotados,/de todas buenas mañas e bien asosegados,/que no sean crüeles a los pobres cuitados." Estrofa 600. *Actualización*: "abonados" entiendo que por 'retribuidos'; "mañas" por 'maneras'; "asosegados" por 'equilibrados'.

personal y familiar de cada juez. Y, como es obvio, si esa precariedad es general en los miembros de la judicatura, sus efectos se dejarán sentir en forma mucho más extensa que la de los casos meramente individuales.

Finalmente el juez, como toda persona humana, depende de sí mismo. Esto es, de sus convicciones personales, de su talante, de su educación y de todo lo que ello conlleva. Y esta dependencia es fundamental en el sentido que vamos a ver más adelante, porque es otra de las instancias capitales en las que se produce una imbricación inevitable entre política, moral y derecho.

b) Examen de las circunstancias que afectan desde fuera a la acción de la judicatura y del juez

Veamos dentro del capítulo de la independencia aquéllas de las circunstancias mencionadas que se abaten sobre el ejercicio de la tarea judicial *desde fuera de la persona del juez*, intentando analizar en forma esquemática cómo le hacen de una u otra manera dependiente. Trato, pues, de reflejar *la acción de factores externos* a la vida propiamente dicha del juez y a su conciencia. Esos factores son los seis primeros de entre los señalados en el apartado precedente.

1.- De todas estas dependencias posibles, la dependencia del Legislativo, esto es, de la ley, no sólo no afecta a lo que debe entenderse por independencia judicial, sino que es una pieza maestra del estatuto del juez. Porque el juez no sólo no es independiente de la ley, sino que está severamente sujeto a ella. Es, pues, ésta una dependencia tanto individual como colectiva, pero consustancial al concepto de judicatura y de juez.

Con todo bien puede entenderse que sea posible una interferencia del Legislativo en la función de éste o de aquel juez o tribunal, pidiendo comparencias o llamando la atención ante una interpretación determinada que de la norma hayan podido hacer. Es decir, la posibilidad de una dependencia personal y directa del Legislativo.

En cuanto a lo primero, entiendo que un juez o, en su caso, los miembros del tribunal tienen obligación de sujetarse al requerimiento de comparecencia, al menos en el sistema constitucional vigente: la obligación que impone el artículo 76.2 CE, no establece ninguna excepción, por lo que obliga a todo ciudadano, siendo delito con arreglo al art. 502 CP no responder positivamente al mismo¹⁷. Y el juez y los miembros de un tribunal ostentan esa condición. Otra cosa será lo que el requerido o los requeridos de comparecencia deban responder, si se pretendiere interferir en lo que es la función jurisdiccional propiamente dicha.

En lo que se refiere a la posibilidad de que el Parlamento o la autoridad que lo representa –su Presidente- pueda llamar la atención ante una interpretación judicial determinada, la cuestión me parece vidriosa. En primer lugar tendría que ser algo muy excepcional: una interpretación contraria a la voluntad evidente del Legislador. Pero, además, hay otra dificultad que examino a continuación.

Por lo pronto, si se produce una situación como la indicada, habría que pensar que quizá la norma carece de la redacción mínimamente inteligible, o de la coherencia adecuada con el resto del sistema o de ambas cosas, como para que su interpretación no ofrezca una dificultad especial. En tal caso, lo procedente no es llamar la atención a ningún juez, sino corregir la norma defectuosa. Y hay que reconocer que las normas jurídicas se redactan hoy con una ligereza, una imprevisión y una ambigüedad tales, que facilitan toda clase de errores y gatuperios. Eso sin contar con las incoherencias y la frecuente falta de ilación lógica del cuerpo normativo en su conjunto, que justificarían una o dos Legislaturas dedicadas en exclusiva a suprimir normas innecesarias y a dar coherencia a las restantes, en vez de empeñarse en hacer más densa la selva impenetrable de disposiciones en vigor.

En el caso de que la interpretación judicial desacertada sea un fallo del propio juez o tribunal, lo primero con lo que se ha de

¹⁷ Entiendo que en este delito han podido incurrir el Presidente del CGPJ no acudiendo a requerimiento del Congreso y el Presidente del TSJPV desobedeciendo el del Parlamento Vasco en el mismo sentido. DEIA, 15 y 16 de marzo de 2006, pp. 32 y 34 en cuanto al requerimiento de comparecencia del primero. Del requerimiento formulado al segundo no tengo ahora referencia.

contar evidentemente es con los recursos legalmente establecidos. Ahora bien, si el fallo es de tal calibre que revela ignorancia inexcusable o dolo por parte del juez, el remedio no es una intervención del Parlamento, sino la exigencia de responsabilidad civil o penal, que en nuestro sistema es prácticamente inexistente.

En todo caso, es claro que el sistema jurídico vigente no ha previsto una fórmula de resolución de eventuales conflictos entre el Legislativo y el Judicial. En mi opinión, tal ausencia de previsión obedece a un motivo fundamental: el principio de que el Legislativo integrado por la representación popular es soberano y no cabe en derecho que ningún otro Poder político le plantee conflictos: todos los Poderes están sometidos a él; también el Poder Judicial. Quizá precisamente por ese mismo principio ni siquiera se ha concebido, al parecer, la posibilidad de tales situaciones, lo que ha resultado especialmente equivocado en el conflicto entre el Parlamento Vasco y los Tribunales, debido a la incursión de éstos, a mi entender antijurídica, y posiblemente hasta delictiva¹⁸, en el campo de la competencia constitucional de aquél.

¹⁸ Vid. arts. 499 y 501 del Código Penal. Naturalmente lo que no debe caber en derecho es que sean los Tribunales quienes decidan o, al menos quienes decidan únicamente, si una actuación interna de un Parlamento o de un parlamentario en el ejercicio de sus funciones frente a una decisión del mismo Tribunal está o no desenvolviéndose en el ámbito de la inviolabilidad. Se mire por donde se mire, tal pretensión me parece un abuso de la función absolutamente injustificable. Esa interpretación está reservada, en principio, por ley al Presidente con la participación de la Mesa y de la Junta de Portavoces (Reglamento del Parlamento Vasco, art. 24.2 y concordantes en relación con su art.13. Igualmente el art. 32.2 y concordantes del Reglamento del Congreso de los Diputados en relación con su art. 10, y el art. 37, nºs 7 y 8, y concordantes del Reglamento del Senado en relación con su art. 21). Ni en los arts. 19 a 21 RPV, ni en los arts. 23 a 29 RCD, ni en los arts. 27 a 34 RS, hay disposición alguna que permita la disolución de un Grupo Parlamentario. Me parece evidente que la competencia de los respectivos Presidentes para suplir lagunas no puede extenderse a que ningún Tribunal *les imponga* ejercerla. En realidad, todo este asunto constituye una desgraciada confusión de lo que es un claro conflicto institucional entre un Parlamento y un Tribunal con lo que es la función jurisdiccional de los jueces y Tribunales, originado por una injerencia de éstos en la competencia de aquél. Y me parece un error jurídico serio –especialmente en boca de un catedrático de Derecho Constitucional, y no digamos, si como se expresa el autor, es de cuatro catedráticos más– decir respecto de las decisiones del Presidente y de la Mesa del Parlamento Vasco “que no se trataba tanto de realizar actos parlamentarios como de dar cumplimiento a una sentencia firme. (la disolución de Batasuna)...” Virgala Foruria, Eduardo, “*La Resistencia a los Tribunales del Nacionalismo Vasco*”. El Correo, 21.11.06, p. 21. Pues bien, en primer lugar, no se trataba de dar cumplimiento a una sentencia firme, sino a un auto de ejecución que, desbordando, en mi opinión manifiestamente, los límites de la correspondiente sentencia firme con infracción de lo dispuesto en el art. 18.2, primer inciso, de la LOPJ y concordantes y de las sentencias del TC que interpretan el art. 24 CE, ya que la sentencia ejecutada no dice una palabra sobre el Grupo Parlamentario Sozialista Abertzaleak, ni sobre ningún otro, y además sin cobertura de la Ley de Partidos, que no dice una palabra, ni ha previsto nada sobre Grupos

2.- La interferencia directa del Ejecutivo es una tentación que difícilmente salvan, en verdad, los gobiernos actuales. El alcance colectivo o individual y los grados de grosería o sutileza de tal actuación son prácticamente innumerables. Hablaremos algo más de ello al abordar el tema de la llamada politización de la justicia, porque éste es uno de los capítulos típicos de esa situación.

3.- Cuando los jueces están regulados como un cuerpo de funcionarios hay una evidente dependencia jerárquica, preferentemente personal, que influye en los nombramientos, ascensos y situaciones, y en la exigencia de responsabilidad disciplinaria, capítulos todos ellos que pueden atentar y sin duda atentan directamente contra la independencia judicial, como es obvio, cuando esas decisiones están en manos de instancias superiores dentro del cuerpo. Tiene razón el juez Navarro, como vamos a ver, cuando dice que “desde que el juez es funcionario del Estado, no hay modo más eficaz para la corrupción que disponer, directa o indirectamente, de sus ascensos y de su disciplina.”¹⁹

Para empezar, un grupo de autoridades enmarcadas jerárquicamente, no constituye un equipo independiente. Lo que significa que la estructura vigente de la judicatura en general, la constituye como algo presumiblemente sujeta a múltiples dependencias.

Parlamentarios, pretendía forzar un acto del Parlamento: que el Presidente y la Mesa integraran el Reglamento por su cuenta y decidieran disolver, no Batasuna, sino el Grupo Parlamentario SA. No se trata, pues, de simples “actos parlamentarios”, sino precisamente de “actos del Parlamento”, porque el Presidente y la Mesa no son meros miembros individuales del Parlamento, sino la autoridad que gobierna su funcionamiento y son, como acabamos de ver, los únicos legitimados jurídicamente por el Reglamento que es la ley de la Cámara –no un juez o un tribunal– para decidir si se puede o no dar cumplimiento a una decisión judicial que afecta a la Institución y supone una injerencia en su funcionamiento interior.

Ni el hecho de ser catedrático ni el de ser magistrado dan patente de acierto jurídico, sino las razones en las que se funda su opinión. Y en este caso, aun cuando aquí no hay lugar para examinar las razones del articulista, confieso que las que se dan en el artículo mencionado, me parecen absolutamente huecas e inoperantes en derecho.

Por otra parte, ya el título del artículo me parece tendencioso, puesto que esa “resistencia” no es patrimonio exclusivo del Nacionalismo Vasco, sino que, como más adelante subrayaré, suele ser habitual en todo aquél al que no le parece o dice que no le parece acertada una decisión jurisdiccional; particularmente cuando el ciudadano carece de instrumento eficaz para exigir al juez responsabilidad civil o penal como sucede en nuestro sistema jurídico. Basta tomar como botones de muestra las reacciones del PSOE en su día ante la condena de los Sres. Barrionuevo y Vera y las del PP ante las decisiones del juez Del Olmo, en relación con el 11-M, y del juez Garzón respecto de los policías del ácido bórico.

¹⁹ Ob. cit., p. 111. Vid. también las ideas que expone *ibid.*, pp. 118 a 123, epígrafe El Juez como Funcionario.

Por otra parte, y refiriéndonos ya a las personas encuadradas en dicho grupo jerarquizado, me parece un claro fraude la pretensión de distinguir entre función jurisdiccional –supuestamente ajena a la jerarquización–, por una parte, y por otra, exigencia de disciplina, política de nombramientos o situaciones administrativas propias de todo funcionariado. Es indudable que el juez no puede dividir su persona entre la condición de autoridad y la de funcionario. Por ello, ante el enjuiciamiento de un conflicto que tenga trascendencia política, social, económica y análogos, el juez enmarcado en un cuerpo funcionarial, o al menos un gran número de ellos, “mirarán hacia arriba y hasta hacia los lados” antes de tomar la decisión jurisdiccional. Que ésta se verá fácilmente predeterminada por los efectos que considere el juez que, para su situación personal, puede originar la decisión que adopte, es algo difícilmente discutible. De aquí que yo piense que los jueces no pueden formar “un cuerpo” como prevé el art. 122.1 CE y que el juez no puede ser “funcionario”. Es una autoridad en sí y para la ciudadanía, que no debe tener superiores ni inferiores, ni debe estar sometido a ninguna responsabilidad disciplinaria. Basta con la responsabilidad civil y penal, siempre que estén reguladas de forma que sean exigibles por el ciudadano con garantía real de eficacia. Porque el juez no debe tener que responder ante nadie más que, civil y penalmente, ante los propios conciudadanos. Únicamente son éstos quienes justifican su función y le legitiman en ella, además de que le pagan, lo cual tampoco es un grano de anís a estos efectos.

Un ejemplo de la poca estima de esa responsabilidad ante la ciudadanía nos la ofrece el juez Baltasar Garzón. Defiende denodadamente la independencia y la imparcialidad de los magistrados y, aun cuando los jueces sean igualmente un poder, les adjudica una supuesta función política *nueva* de confrontación con los demás poderes –de interferencia, al parecer, en la acción de los partidos, pues, si no es así, no acertamos a ver dónde está *la novedad*–, diciéndonos que “para hacer frente a los nuevos fenómenos criminales y a la nueva función política actual que le ha correspondido vivir a la Justicia en la confrontación con los demás poderes, es preciso reivindicar... el respeto a su ejercicio con autonomía e independencia.” Pero, cual si se tratara de algo marginal o menos importante, se limita a intercalar donde hemos puesto puntos suspensivos, que “amén

del control de ésta [de la Justicia, se entiende] por el propio ciudadano y el sometimiento a la ley”²⁰. En realidad, ese control y ese sometimiento no es algo marginal y como de paso, no debe sumarse al acervo de los *obiter dicta*, sino que constituye lo verdaderamente importante para legitimar la función del juez, sin dejar de valorar, por supuesto, la necesaria independencia e imparcialidad que se deben garantizar al juzgador y de las que debe estar dotado.

El juez Joaquín Navarro nos da una extensa referencia de temas que, acerca de los jueces, fueron tratados en el XXVII Congreso del PSOE; pero no parece poder ofrecer el menor indicio de debate o mención de la responsabilidad civil y penal del juez²¹. Por fin, al reseñar el primer Congreso de Justicia Democrática de enero de 1977, nos viene a dar lo que el llama un “decálogo” de los principios constitutivos del Poder judicial, entre los cuales aparece que “será democráticamente controlado... mediante la participación activa del pueblo en la administración de justicia, a través del jurado y de tribunales mixtos, con participación de jueces no profesionales; mediante el ejercicio de la acción popular” y algunas otras iniciativas de interés, que acaban por la mención “de la exigencia de responsabilidades civiles, penales y disciplinarias a los miembros del Poder Judicial que en ellas incurran”²². De estas y otras medidas, creo que lo único destacable en materia de responsabilidad de los jueces es la posibilidad de “tribunales mixtos” que podrían servir para la exigencia de responsabilidades civiles y penales, ya que hablar, en general, de la exigencia de esas responsabilidades no pasa de ser mero desahogo verbal: la ley las preveía y las prevé, pero no ofrecía ni ofrece el medio eficaz de ponerlas en práctica. Además, mezclar esas responsabilidades con la responsabilidad disciplinaria es un grave error, puesto que, como es patente y vamos a ver a continuación, esta responsabilidad es un atentado a la independencia judicial. Por último, hay que puntualizar que, en mi opinión, para función tan importante se necesitan tribunales no mixtos, sino integrados por personas ajenas a las profesiones jurídicas.²³

²⁰ Garzón, Baltasar.- Prólogo para Juristas. En Navarro, Joaquín, ob. cit., p. 46.

²¹ Vid. Navarro, Joaquín, ob. cit., pp. 79 a 83.

²² Navarro, Joaquín, ob. cit., p. 85.

²³ Mariscal, José Gabriel.- La Responsabilidad de los Jueces, DEIA, 23 de junio de 2006, p. 26.

Dentro de esta línea sobre la impunidad civil y penal de los jueces y el atentado a la independencia que supone la responsabilidad disciplinaria, podemos citar aquí lo que dicen Andrés Ibáñez y Movilla Alvarez en la obra más arriba mencionada. Se pronuncian como sigue: “La fundamentación de la responsabilidad de los jueces en criterios sobre todo de disciplina es algo que también forma parte de la «herencia napoleónica» y corresponde íntimamente a ese modo de articular la organización judicial como «carrera». Su característica fundamental en este punto como ha escrito Fassone, –siguen diciendo– es «de una parte la afirmación de una sujeción elástica, latente y penetrante, que liga al juez ‘hacia arriba’; de otra parte una sustancial garantía de impunidad del juez ‘hacia abajo’, que lo desvincula de una responsabilidad efectiva frente al usuario de la justicia». Esto es tan cierto –siguen diciendo los mismos autores– que, aunque se habla formalmente de diversos tipos de responsabilidad (civil, penal, disciplinaria), desde la época de las codificaciones y desde luego en la actualidad, una indagación sobre la jurisprudencia en la materia podría demostrar que en la práctica cualquiera de ellas que no sea la disciplinaria no pasa de ser «una mera hipótesis de escuela»”.²⁴

Sobre el contenido jurisprudencial, yo mismo he tenido ocasión de acercarme a algo más de un siglo de jurisprudencia penal con el resultado que expuse en su día de la siguiente manera: “Basta considerar las sentencias recogidas en el Repertorio de Aranzadi para ver que si hay alguna sentencia judicial que afecte a Magistrados de verdad –no a jueces municipales, comarcales o de paz– sobre la base del delito de prevaricación, es una auténtica singularidad. Yo no he encontrado ninguna desde 1930 a 1954 y sólo una –y ella absolutoria– desde 1885 hasta mediados de julio de 1994.”²⁵ Últimamente hay unas cuantas sentencias más²⁶, pero

²⁴ Ob. cit.- p. 139. Citan la obra de E. Fassone titulada “Il giudice tra indipendenza e responsabilità”.

²⁵ Mariscal, J. Gabriel de.- Los Jueces, Problema Pendiente (I). DEIA, 26.10.95. pp. 15-16. Lo citado está en la pág. 16. En realidad, la investigación desbordó los límites del Repertorio de Aranzadi, como puede verse por el período (1885-1994) al que finalmente se refiere.

²⁶ Sentencias condenatorias del TS, sobre la base de prevaricación, posteriores a 1994 que he encontrado, son: S. 4.07.96 (RJ 1997/5426, no afecta a un juez de carrera); S. 15.10.99 (EDJ 1999/25736); S. 11.12.01 (EDJ 2001/56021); S. 20.01.03 (EDJ 2003/312); S. 20.05.04 (RJ 2004/5536); S. 28.06.04 (RJ 5074/2004). Hay algunas Sentencias más, absolutorias, y una serie de Autos desestimatorios de la pretensión de que continúe el procedimiento.

alguna de ellas se refiere a un juez que no es ‘de carrera’, sino del cuarto turno, y ninguna de ellas aborda casos de las características que tienen aquéllos a los que me refiero en este trabajo²⁷.

En definitiva los mismos autores citados terminan diciendo forzosamente algo que todo profesional del derecho conoce y es que “deberá convenirse en la existencia de una virtual situación de irresponsabilidad real de los mismos [los jueces] frente a los destinatarios de la justicia”.²⁸

Esta pintura de la judicatura, y lo que es más grave la misma Constitución²⁹, nos la presentan como una ‘carrera’, cuerpo vitalicio y cerrado sobre sí mismo, sometido a una jerarquización incompatible con la independencia de sus miembros cuando en la decisión se juegue algo política, social o económicamente significativo, y finalmente blindado frente al ciudadano. Tan blindado, que hay una constante y pavorosa jurisprudencia, apoyada en algunas normas de la LOPJ, que nos deja estupefactos al hacernos ver que el ciudadano denunciante de una tropelía judicial, ni puede recurrir las decisiones sobre iniciación y fallo del expediente disciplinario, ni es, en principio, interesado a efectos de legitimación en el procedimiento contencioso-administrativo que se interponga contra la resolución término del expediente administrativo.³⁰ El cuerpo

²⁷ Vid. p. 18.

²⁸ Ob. cit. En la misma p. 139.

²⁹ Art. 122.1 ya citado.

³⁰ Son muy numerosas las sentencias del Tribunal Supremo en la materia. Pueden verse, p.e., las de 14.12.05 (Sala 3ª, Sección 7ª, EDJ 2005/289172); 16.11.05 (las mismas Sala y Sección, EDJ 2005/214100) y 2.11.05 (las mismas Sala y Sección, EDJ 2005/207368). Estas sentencias basan su argumentación y su decisión en la “ausencia de interés legítimo” del denunciante, tal como se entiende el concepto en el art. 24.1 CE y en el art. 19 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa vigente, según la interpretación que el Tribunal Constitucional ha dado de dicho interés, y además en los artículos 422.1, 423.2 y 425.8 LOPJ. Sólo hay alguna sentencia excepcional que admite el interés legítimo del denunciante en casos muy limitados y precisos.

No podemos comentar aquí la argumentación en cuestión. Sólo apuntar que, si se acepta la responsabilidad disciplinaria, cuando un ciudadano denuncia una irregularidad no de la Administración de Justicia en abstracto, sino de un juez determinado, es evidente el interés público de la corrección como advertencia al juez, y a los demás jueces, de que deben funcionar bien. Porque ese interés es general, es de todos. Por tanto, la corrección tiene una evidente utilidad jurídica para el denunciante y, lo que es más importante, para toda la ciudadanía interesada en el buen funcionamiento de los jueces y, por tanto, representada en esa denuncia. Si no hay ese interés público, –para mí evidente– la denuncia sería una mera venganza o un ejercicio frívolo de gimnasia jurídica. Ambas cosas me parecen radicalmente inadmisibles. Ahora bien, si existe ese interés público indudable, cómo se puede negar en derecho el interés y, por ende, la legitimación del denunciante para intervenir en el proceso e instar que se

como tal y sus miembros son, pues, en sí, un poder prácticamente absoluto frente a la ciudadanía.

Y como todo esto me parece inadmisibles en un Estado que se llama a sí mismo Democrático y de Derecho, pienso que están de más normas como las del Libro II, y las del Capítulo III, Título III, del Libro IV, todos ellos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y cualesquiera otras coincidentes o complementarias. Por lo mismo, es también preciso regular de otra manera los temas del Título I, Libro IV, del mismo Cuerpo legal, es decir, la supuesta Carrera Judicial, ingreso y ascenso en la judicatura, provisión de plazas, situaciones y demás.

En definitiva, de forma evolutiva y con todas las cautelas que exige cuestión tan delicada, el sistema judicial en sus puntos básicos debe ir estructurándose de una forma que responda a principios no siempre concordantes con los que rigen su estructura vigente. En otro caso, seguiremos teniendo una justicia notablemente coja, proclive a hacer agua por muchas partes y que, en la práctica, resulta no sólo poco eficaz, sino mediatizada y carente de independencia en los conflictos de mayor importancia y envergadura para la sociedad. Por añadidura, su irresponsabilidad frente al ciudadano le facilita la tendencia a convertirse cada vez más en una instancia de poder despótica que representa un serio peligro para la libertad y la seguridad jurídica de los ciudadanos y una amenaza a la estabilidad del sistema político. Por tanto, una estructura difícilmente compatible con la idea de democracia, como acabo de sugerir. Sobre esto dice muy acertadamente el juez Navarro que "...la existencia de un poder judicial independiente de todo control jurídico y democrático... equivale a una especie de inmunidad o irresponsabilidad... tanto más grave y peligrosa cuanto sus detentadores son funcionarios reclutados por oposición y carentes de cualquier investidura democrática directa."³¹

aplique la Ley? Otra cosa será que el denunciante tenga o no razón, pero negar la legitimación es un dislate y, si esa negación tuviere amparo en la ley -cosa que no veo por ninguna parte-, es claro que las normas deberían revisarse. Insisto en que estoy partiendo de que se acepte la procedencia de la responsabilidad disciplinaria, porque, en mi opinión, este tipo de hechos no debe dar lugar a esa clase de responsabilidad, sino a responsabilidad civil o penal del juez.

³¹ Ob. cit., p. 111. Una de las críticas que se puede hacer a este trabajo del juez Navarro es que, a lo largo del mismo, da la impresión de que "el poder" es sólo el Ejecutivo o el de los Partidos, mientras que el judicial sería un mero contrapeso que no encerraría los riesgos de todo poder, lo que es, sin duda, un error de bulto. Por ello, me parece que esta cita no era de esperar dentro de la línea general de su obra.

4.- Las llamadas Asociaciones profesionales constituídas al amparo del artículo 127.1 CE son, en mi opinión, otra de las piezas maestras de la ausencia de verdadera independencia del juez y de amenaza general a la independencia de la judicatura. Sin hacer un análisis exhaustivo, basta considerar que en el Consejo General del Poder Judicial, antes mencionado, son mayoría –12 sobre 20 (art. 122.3 CE)– los jueces; que los candidatos al Consejo son presentados por las mencionadas Asociaciones y distribuidos en proporción al número de afiliados de cada Asociación³², y que las facultades del Consejo General son prácticamente totales en relación con el gobierno de la Judicatura: sistema de ingreso, designaciones, inspección, régimen disciplinario,³³ etc. La influencia directa o indirecta que en el *status* de cada juez pueda, por tanto, tener esta desafortunada “invencción”, es de difícil determinación a priori, pero, sin duda, previsiblemente enorme. Negarlo es cerrar los ojos a las elementales exigencias de seguridad, comodidad, ascenso, prestigio y, en definitiva, de estabilidad y vanidad que constituyen la materia fundamental de la persona humana. También de la de los jueces. Las normas vigentes ponen al alcance de estas inefables Asociaciones todos los medios para interferir directamente y a través del Consejo General en todos esos campos, haciendo a la judicatura y al juez tributarios de las orientaciones y tendencias que manifiesten.

Parece estar en consonancia con este sentimiento de amenaza a la independencia cierta suspicacia que reflejan frente a los Sindicatos judiciales existentes en Francia el juez Pierre Bézard, Presidente éste de la sección comercial del Tribunal de Casación, y la ya citada juez Boizette. Ninguno de ellos critica negativamente a tales entidades. Sin embargo, el juez Bézard, que confiesa “haber engrosado discretamente los primeros batallones del Sindicato de la magistratura” y que “después se ha ido de puntillas”, añade que es preciso estar orgulloso de la época inicial, pero que “luego, las cosas han resbalado un poco”³⁴. A su vez la juez Boizette, al ser

³² LOPJ, art. 112.3.

³³ LOPJ, arts. 110, 132 y 133, etc.

³⁴ “...j’ai discrètement grossi les premiers bataillons du Syndicat de la magistrature... Et puis je suis parti sur la pointe des pieds...Après, les choses ont un peu dérapé.” Greilsamer et Schneidermann, ob. cit., *Pierre Bézard*, Président de la chambre commerciale de la Cour de cassation, p. 37.

preguntada si está sindicada, contesta rotundamente: “Jamás. Y trataré de no estarlo nunca. Me parece bueno que se haya dicho de mí que soy a-sindical. Es verdad que si algún día tengo un problema grave, me encontraré sola, pero en fin... No encuentro en ninguno de los sindicatos existentes la representación precisa de mis opiniones. Y no me gusta sentirme parte de un enganche.”³⁵

Todo lo expuesto me hace pensar que, sin negarles posible razón en ciertos aspectos, es ingenua la idea de Andrés Ibáñez y de Movilla Alvarez sobre la influencia benéfica de estas Asociaciones. Ni siquiera de las de espíritu democrático. Dicen estos autores que “los medios judiciales de algunos países de nuestro ámbito cultural... han registrado interesantes procesos de transformación interna, a impulsos, entre otras cosas, de movimientos asociativo-judiciales de carácter democrático y de una mayor permeabilidad a instancias sociales”.³⁶ Sea cual fuere la posibilidad, y hasta la realidad, de algún influjo benéfico, esta idea ‘asociativa’ me parece en sí perversa, cuando de los jueces se trata. El poder de esas agrupaciones y su participación, no meramente ‘en la política’, sino ‘en la política de partido’ es, al menos aquí, indudable, lo que es un abuso y una corrupción por parte de quienes no se han sometido a la decisión directa del electorado. En un sistema que pretende ser democrático, quien quiera hacer política partidaria debe presentarse a elecciones y someterse al juicio de sus conciudadanos. Otra cosa es un fraude.

5.- Sobre la presión de los medios y de la consiguiente opinión pública no me parece necesario añadir mucho más a lo ya dicho en la introducción de estas reflexiones sobre la independencia de la judicatura y de los jueces. Creo que para ilustrar el fenómeno se puede mencionar la incomunicación que de los miembros del Jurado prevé el artículo 56 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo. Sin duda esa incomunicación pretende evitar la contaminación que pudiera surgir de comentarios de los miembros del Tribunal con personas inte-

³⁵ “Jamais. Et j’essaierai de ne jamais l’être. Je trouve que c’est une bonne chose qu’on ait dit de moi que j’étais a-syndicale. Il est certain que si un jour j’ai un problème grave, je serai seule, mais enfin... Je ne trouve dans aucun des syndicats existents la juste représentation de mes opinions. Et je n’aime pas me sentir embrigadée.” Ibid., p. 60.

³⁶ Ob. cit., p. 121.

resadas de una o de otra manera en la causa. Estimo, sin embargo, que intenta también apartarles de la indudable contaminación derivada de los comentarios, opiniones, presunciones, elucubraciones, críticas y demás que, según la experiencia del día a día, aparecerán inevitablemente en todos los medios durante la tramitación del juicio. En esta línea procede mencionar aquí la idea que expone Quintero Olivares acerca de los llamados 'juicios paralelos', es decir, de la apertura de debates en los medios sobre casos sometidos a procedimientos judiciales, que despiertan paulatinamente creciente interés sociológico y "preocupación por la trascendencia o impacto que puedan suponer para la libertad de acción y decisión de los tribunales"³⁷. En mi opinión, la influencia de los medios es indiscutible y, en la mayoría de los casos, difícilmente evitable.

4. IMPARCIALIDAD

a) *Idea de la imparcialidad*

A diferencia de la independencia, que se nos presenta como ausencia de presión externa, la imparcialidad se mueve en el campo de la actitud que el juez adopta *desde su interior, desde su propia conciencia*.

Damos por descontado que todos los factores de dependencia pueden influir también, y sin duda influyen con facilidad, en esa actitud interior del juez, pero aquí nos ceñimos a los movimientos que actúan desde la vida y la persona del propio juez.

Haciendo un análisis histórico de independencia, imparcialidad y apoliticidad, Andrés Ibáñez y Movilla Álvarez estiman que, como ya hemos apuntado anteriormente³⁸, "...la independencia sólo significó verdaderamente separación o alejamiento de la sociedad, al tiempo que la llamada apoliticidad era pura y simplemente la adscripción o integración en el marco de la política dominante. De manera, en fin, que la imparcialidad no podía tener otro

³⁷ Quintero Olivares, Gonzalo.- La Justicia Penal en España, p. 31, Aranzadi, S.A., Pamplona, 1998.

³⁸ Vid. notas 12 y 13.

sentido que el puramente técnico-procesal de que el juez no fuera formalmente «parte»...”³⁹. Veamos esto con más detenimiento.

Por supuesto que la imparcialidad implica que el juez no sea ‘formalmente’ parte, es decir, que no tenga tal condición en el plano teórico de la norma procesal, ni en el ámbito de hecho del procedimiento. ¡No faltaba más! Pero, sin duda, la imparcialidad es mucho más que eso. Es lo que el Canciller López de Ayala llama no hacer ‘sobrepujamiento’⁴⁰, según hemos visto anteriormente. En el diccionario actual ‘sobrepujar’ es ‘exceder una cosa o persona a otra en cualquier línea’⁴¹. Así pues “fazer sobrepujamiento” consiste en que el juez actúe de forma que una o varias de las partes del proceso, o el encartado o, por el contrario, el fiscal, el denunciante o querellante cuando se trate de proceso penal, excedan a las demás, tengan más peso en la balanza de la justicia que otros comparecientes. Pero entiéndaseme bien: no porque las pruebas den más peso a una parte que a la otra u otras, lo que es el juego normal de todo litigio, sino porque el juez se inclina “por quexa, por saña...o porque sea loado que es de buen regimiento”, esto es, pierde el necesario equilibrio procesal por insinuaciones, por manía a alguna de las partes, o bien finalmente porque trata de conquistar parabienes. Se supone que esto último de los que ostentan de alguna manera el poder. El Canciller tantas veces mencionado tiene observaciones lapidarias en las cuatro estrofas siguientes a la que acabamos de citar. Revela las debilidades de algunos jueces en su época, principalmente por razones de dinero o de la calidad del encartado⁴²

³⁹ Ob. cit., pp. 120-121.

⁴⁰ Vid. nota 8, Estrofa 349.

⁴¹ Diccionario de la Real Academia Española, vigésima edición, 1984, voz ‘sobrepujar’.

⁴² No me resisto a transcribirlas para placer del lector. Dice así: Estrofa 350: “Por los nuestros pecados en esto fallaçemos/los que cargo de justicia en algunt logar tenemos./Si algunt tienpo acaesçe que alguno enforquemos./esto es porque es pobre o que loados seremos.” *Actualización:* “esto” se refiere a la estrofa anterior, es decir, a “fazer sobrepujamiento”; “fallaçemos por ‘faltamos’”; “algunt” por ‘algún’; “logar” por ‘lugar’; “acaesçe” por ‘sucede o acaece’; “enforquemos” por ‘ahorquemos’. Estrofa 351: “Si touiere el malfechor alguna cosa que dar./luego fallo veinte leyes con que lo puedo ayudar./e digo luego: “Amigos, aquí mucho es de cuidar./si deue morir este omne o si deue escapar.” *Actualización:* “touiere” por ‘tuviere’; “omne” por ‘hombre’. Estrofa 352: “Si va dando o prometiendo algo al adelantado,/alongarse ha su pleito fasta que sea esfriado;/e después, en una noche, porque non fue bien guardado, fuxo de la cadena: nunca rrastro le an fallado.” *Actualización:* “adelantado” era el ‘justicia mayor de reino, provincia o distrito determinados’; “alongarse” por ‘alargarse’; “fasta” por ‘hasta’; “esfriado” por ‘enfriado’ es decir, pérdida de la expectación o del inte-

En resumen, que la imparcialidad no sólo supone no ser formalmente parte, sino fundamentalmente no ser parte en el plano material; supone que el juez toma distancia respecto de los intervinientes en el procedimiento y de la discusión objeto del mismo, no se inclina emocional o interesadamente hacia uno u otro lado, y se limita a examinar las pruebas y a aplicar el derecho que el resultado de esas pruebas requiera.

b) Circunstancias que afectan a la decisión del juez desde dentro

Hasta aquí habíamos examinado lo que son preferentemente injerencias exteriores en la función de la judicatura en general y de cada juez en particular. Ahora debemos reflexionar sobre aquellas circunstancias o elementos que actúan en él internamente, desde la vida y la conciencia del propio juez. Por eso hablamos de circunstancias que le afectan desde dentro.

Aunque, como queda dicho, todas las instancias que afectan a la independencia del juez pueden influir, e influyen de hecho con frecuencia, en su imparcialidad, hay otros ingredientes que pesan más bien sobre el equilibrio que implica la idea de imparcialidad. Lo que mueve al juez desde dentro de su persona y de su conciencia no le hace “dependiente” en el sentido que hemos dado a la dependencia, es decir, mediatizado por algo “externo”, sino que puede hacerle más bien “parcial”. Le puede impulsar a tomar partido por alguno o varios de los litigantes, o bien por o en contra del encartado, de los denunciados o querellantes, o bien del fiscal, si de litigio penal se tratare.

1.- La función y la conciencia del juez

Empecemos por entender lo que, en mi opinión, constituye la naturaleza jurídica de las decisiones de los miembros de la judicatura y la estructura psicológica de las mismas.

rés iniciales; “fuxo” por ‘huyó’; “cadena” por ‘prisión’; “rastro” por ‘rastros’; “an” por ‘han’; “fallado” por ‘hallado’. Estrofa 353: “Si el cuitado es muy pobre e non tiene algún cabdal,/non le valdrán las Partidas ni ningunt decretal: “Cruçifige, cruçifige”, todos dizen por el tal,/ca es ladrón manifiesto e mereçe mucho mal.” *Actualización*: “cuitado” por ‘encartado, imputado o acusado’; “cabdal” por ‘caudal’; “ningunt” por ‘ningún’, “dizen” por ‘dicen’; “ca” por ‘porque o pues’; “meresçe” por ‘merece’.

Examinemos por lo pronto una de las piezas maestras de la operación en la que consiste la aplicación del derecho, una de las funciones que ha de hacer el juez para emitir una sentencia: la interpretación de la norma.

La exigencia de los revolucionarios franceses de considerar al juez como mera “boca de la ley” está fundada en motivos que hoy en día tendrían que considerarse también, dada la exageradísima, y a mi juicio peligrosísima, extensión de su ámbito de competencia que muestra pretender la judicatura, según se desprende de diversas actuaciones y de manifestaciones de algunos de sus miembros. Pero es sin duda una exigencia teórica radical que no tiene en cuenta la realidad. La tarea de aplicar el derecho no es una operación puramente automática. Más aún, no puede serlo. Exige siempre una decisiva labor de interpretación. Más o menos amplia, pero presente en todos los casos.

Es ésta una cuestión que explica Francisco Ferrara con su competencia y claridad características mucho mejor que yo. Criticando las razones de los defensores de la creación libre del derecho, dice: “¿La ley no es más que un folio de papel impreso? También el discurso es una combinación de sonidos. Pero lo escrito, como la palabra, son el vehículo a través del cual se manifiesta el pensamiento: pues bien, la ley es un documento que incorpora un contenido de pensamiento y voluntad, que expresa un mandato... es la objetivización de una voluntad normativa... la ley es el resultado de una *voluntad colectiva*, la síntesis de la voluntad de varios órganos estatales. Pero esto ¿qué importa? Es siempre la manifestación de una voluntad. Se puede decir: ¡el legislador es el Estado!... Se podría decir con más exactitud «*voluntad del Estado que adquiere su expresión en la ley*». Pero eliminados estos apuntes terminológicos, llegamos al concepto de que la ley tiene un *contenido espiritual* que el intérprete ha de deducir y desarrollar, tiene una *vis ac potestas* que debe ponerse a la vista... Es errónea por consiguiente la deducción de aquellos... que quieren reducir la ley a la letra desnuda, y restringir la función del intérprete a captar únicamente el sentido verbal, lingüístico del texto. Si la ley es la expresión de una voluntad, de un mandato, es legítimo acudir a la razón del mandato, al propósito que indujo a dictar aquella disposición.

Y puesto que el derecho objetivo es una regulación de las relaciones sociales, es legítimo investigar qué intereses ha querido proteger el Estado, y por consiguiente integrar la norma conforme a esta directriz... Por tanto, sólo después del control de los fines que la ley se propuso, de los resultados que quiso conseguir y de la conexión con otros principios, puede establecerse el contenido espiritual inmanente en la ley.”⁴³. Queda, pues, evidenciado que el juez tiene una función de intérprete que se ejerce teniendo en cuenta no sólo el texto, sino también, cuando menos, el contenido espiritual y el fin de la ley, así como su conexión con los demás principios del sistema jurídico⁴⁴.

Tras lo expuesto por Ferrara hay que decir algo más a mi entender de gran importancia. Como todo ‘producto’ del ser humano, la ley es algo imperfecto. Presentaría inevitablemente de por sí contradicciones, reales o aparentes, oscuridades de expresión y, tomando el conjunto del sistema de Derecho, desajustes de todo tipo. Pero, si añadimos a ello que las leyes se hacen con frecuencia de prisa, sufren modificaciones que unas veces son coherentes con la ideología que les dió origen, pero otras veces obedecen a ideales sociales, políticos y hasta religiosos muy diferentes, responden a situaciones que han podido cambiar poco o mucho y sufren un larguísimo etcétera de avatares, no ya en su elaboración,

⁴³ “La legge non è altro che un foglio de carta stampata? Anche il discorso è una combinazione di suoni. Ma lo scritto come la parola sono il veicolo attraverso il quale il pensiero si manifesta: ora la legge è un documento che incorpora un contenuto di pensiero e volontà, che esprime un comando...è l’obbiettivizzazione d’una volontà normativa...la legge è il risultato d’una *volontà collettiva*, la sintesi della volontà di più organi statuali. Ma che importa ciò? È sempre la manifestazione di una volontà. Si può dire legislatore è lo Stato!... Si potrebbe dire più esattamente «*volontà dello Stato venuta ad espressione nella legge*». Ma eliminati questi appunti terminologici, noi arriviamo al concetto che la legge ha un *contenuto spirituale* che tocca all’interprete di dedurre e di svolgere, ha una *vis ac potestas* che deve mettersi in luce...Erronea è dunque la deduzione di questi ...che vogliono ridurre la legge alla nuda lettera, e restringere la funzione dell’interprete a cogliere soltanto il senso verbale, linguistico del testo. Se la legge è l’espressione d’una volontà, d’un comando, è legittimo risalire alla ragione del comando, allo scopo che indusse a dettare quella disposizione. E poichè il diritto obbiettivo è un ordinamento dei rapporti sociali, è legittimo indurre quali interessi lo Stato ha voluto proteggere, e quindi integrare la norma secondo questa direttiva...E dunque dopo il controllo dei fini che la legge si propone, dei risultati che volle raggiungere e della connessione con altri principi che si può stabilire il contenuto spirituale immanente nella legge...” Ferrara, Francesco (padre).- Potere del Legislatore e Funzione del Giudice, en *Scritti Giuridici*, I, pp. 16-17, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1954. La cursiva es del texto original.

⁴⁴ Vid. también Ferrara, sobre la necesidad de que el intérprete tenga en cuenta, además, la conexión recíproca de las normas jurídicas del sistema, la de éstas con los principios de los que derivan y la influencia de las leyes nuevas sobre las más antiguas. Ob. cit., pp. 18 y 19.

sino también durante su vigencia, -asunto éste del que también se hace cargo Ferrara, aun cuando por razones de espacio yo no lo transcriba- es fácil entender que la complejidad del edificio legislativo resulta con frecuencia muy enrevesada. Pensar, por ello, en la “boca de la ley” no pasa de ser una ilusión: la ley no tiene una “boca”, sino una serie prácticamente innumerable de bocas.

En su función de aplicar el derecho el juez tropieza, pues, con la naturaleza de la norma ya en sí compleja y con la maraña normativa que nos envuelve. No le queda, por tanto, más remedio que ‘interpretar’ la ley en su texto, en su origen histórico, en su desarrollo legislativo, en su referencia al resto de la disposición en la que se encuadra y al conjunto del sistema normativo vigente y en su alcance en el momento de la aplicación. Esto, y no otra cosa, es lo que dispone sensatamente el artículo 3º-1 del Código Civil, cuando dice textualmente que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. La naturaleza jurídica de la decisión del juez consiste, por tanto, en ser una interpretación de la norma.

Hay algo que se olvida fácilmente y con frecuencia, al hablar de imparcialidad (y politización) de los jueces y de sus decisiones jurisdiccionales. En el texto de Ferrara transcrito unas líneas más arriba, he dejado un inciso reservándolo para este momento. Refiriéndose a la necesidad de investigar los intereses que el Estado ha querido proteger con la norma añade: “Como se ve, el intérprete hace también una estimación de intereses, de juicios de valor, pero investiga *aquellas estimaciones* que ha hecho la ley, no las que á él le plazcan tomándolas del sentimiento o de las convicciones personales”⁴⁵. Pues bien, esto exige una matización, porque este texto de Ferrara tal cual me parece utópico: refleja lo que debería ser en teoría, pero no lo que es; ni siquiera lo que es posi-

⁴⁵ .”Come si vede, l’interprete fa pure un apprezzamento d’interessi, di giudizi di valore, ma induce *quegli apprezzamenti* che la legge ha fatto, no quelli che gli piace di far lui desumendoli dal sentimento o dalle personali convinzioni.” Ob. cit., p. 17. La cursiva es del texto original.

ble que sea. Refleja, por ello, más que una realidad una tendencia, por lo que digo seguidamente.

El juez es una persona humana. Como tal, tiene su conciencia. La conciencia de un sujeto humano está integrada por sus convicciones filosóficas, políticas y sociales, su cultura y su religión, su arreligiosidad o su irreligiosidad; en definitiva por su herencia, su socialización y su evolución en el esfuerzo personal, emocional e intelectual. Esto integra, por una parte, lo que llama Ortega las "creencias": es decir las convicciones en las que se está, desde las que se vive, "que constituyen el continente de nuestra vida" y que, "precisamente porque son creencias radicalísimas se confunden para nosotros con la realidad misma". Y ello es así porque "no hay vida humana que no esté desde luego constituida por ciertas creencias básicas y, por decirlo así, montada sobre ellas". Mientras el hombre cree, no piensa sobre ellas, ni se someten a crítica, porque es ésta una tarea muy penosa. Sólo cuando en la conciencia surge la duda, el ser humano "piensa", produce "ideas" con las que intenta imaginar la solución de esas dudas para, una vez resueltas, regresar a la tierra firme de las creencias.⁴⁶ También las "ideas" forman, pues, parte de la conciencia del ser humano y, por ende, de la del juez. A la hora de interpretar, lo hará, en forma absolutamente inevitable, "con arreglo a su conciencia". Además, es su obligación hacerlo así, siempre que, al hacer esa operación, no incurra en infracción de las normas legales. Y es su obligación, porque en la lectura, entendimiento e interpretación de la norma jurídica debe ser, como toda persona éticamente recta, coherente consigo mismo. Ahora bien "su" conciencia está modelada obvia e inexorablemente por sus "creencias" y por las "ideas" que su pensar haya generado, tal como acabo de indicar. De aquí que las "creencias" y las "ideas" que tiene cada juez, son una de las claves de sus interpretaciones jurídicas, al margen de "independencias" e "imparcialidades", imaginadas, a veces mal entendidas y peor explicadas para hacer posible una demagogia absolutamente rechazable. Es cierto que el intérprete debe intentar anteponer a sus apreciaciones las que haya hecho la ley, tender con esfuerzo a darles preeminencia, pero bien se ve que no cabe que las estimaciones del intérprete sean *sólo y necesariamente* "aquellas...que ha hecho la ley".

⁴⁶ Ortega y Gasset, Jos.- IDEAS Y CREENCIAS, en OO. CC. vol. V, pp. 378-409, principalmente, pp.384 y 394. Revista de Occidente, Cuarta edición, Madrid, 1958.

El margen de interpretación, frecuentemente muy amplio, y la necesidad de operar ‘en conciencia’, dan, por tanto, como resultado que los jueces puedan adoptar, y de hecho adopten, decisiones de contenido diverso en asuntos semejantes. Particularmente cuando están en juego valores morales, políticos, o económicos de envergadura. La conclusión no debe ser acusar a la persona individual del juez de ‘parcialidad’, sino tener claro que una ‘objetividad absoluta’ es empresa imposible para el ser humano. La interpretación sitúa en cierta medida al Derecho en el campo de la ‘opinión’ y esa ubicación no sólo es legítima, sino inevitable. Ahora bien, esta conclusión plantea otro problema de hondo calado político y es el de la legitimidad del conjunto de la judicatura.

Si la justicia emana o debe emanar, en verdad, del pueblo (art. 117.1 CE), la necesidad de interpretación de la norma y el carácter inevitable de la influencia de las creencias e ideas del juez en esa función convierten en una ramplonería, enorme y fraudulenta, de apariencia democrática, conformarse sin más con lo que hemos llamado “legitimidad por la legalidad”. Yo no creo que la judicatura deba responder “exactamente” al mapa ideológico del país. Se aproximaría a ello, si fuera resultado de un proceso electoral⁴⁷. Pero es también evidente que una desproporción enorme entre ‘la conciencia’ del conjunto de los jueces respecto del pano-

⁴⁷ Creo con John Stuart Mill que la elección popular no sería un buen sistema de reclutamiento; no garantizaría, en efecto, prácticamente ninguna de las cualidades que, a mi entender, son indispensables en un juez, porque iría orientada fundamentalmente por intereses de facción, cuando no por experiencias personales anteriores, positivas o negativas. Este autor se expresa así: “Of all officers of government, those in whose appointment any participation of popular suffrage is the most objectionable are judicial officers. While there are no functionaries whose special and professional qualifications the popular judgement is less fitted to estimate, there are none in whose case absolute impartiality, and freedom from connection with politicians or sections of politicians, are of anything like equal importance.” *Representative Government*, Chapter XIV., pp. 339-341, J. M. Dent & Sons Ltd, London, last reprinted 1976.- *Traducción*.- “De todos los agentes de gobierno, los agentes judiciales son aquéllos en cuyo reclutamiento cualquier participación de sufragio popular es máximamente objetable. Mientras que no hay funcionarios respecto de los cuales la estimación de su calificación especial y profesional mediante el juicio popular sea inadecuada, no hay ninguno en cuyo caso sean de importancia sin igual la absoluta imparcialidad, y la ausencia de conexión con políticos o grupos de políticos.” En realidad, después de estas afirmaciones se dedica a razonar por qué tampoco es buen sistema, a su entender, para privarles de su cargo. Del conjunto de su razonamiento sobre la inadecuación del procedimiento electivo para tal finalidad se deduce que el objeto del sufragio popular no es discernir sobre cualidades tales como serenidad, imparcialidad y justicia, que son las que deben adornar al juez, por lo que no es fórmula apta para elegirlos. En cuanto a la privación del cargo no es objeto ahora de nuestro trabajo.

rama ideológico de la ciudadanía, producirá un paquete de aplicaciones de la norma, de fallos, sensiblemente ajeno al espíritu de la comunidad popular. Con ese resultado no puede hablarse, a mi entender, de que la justicia emana del pueblo; sólo emanará ‘de una parte del pueblo’. Será, pues, parcial en su conjunto y la legitimación de dicho conjunto difícilmente podrá sostenerse con fundamento razonable.

Que esa proporción no la da la legalidad vigente parece fuera de toda duda. Las actuaciones del CGPJ y, sobre todo, el resultado de ciertas votaciones⁴⁸, acusan una desproporción significativa entre el número de jueces pertenecientes a las Asociaciones tendentes a posturas conservadoras y el número de los que integran la única Asociación de espíritu más abierto al futuro⁴⁹. Y esto revela que el modelo legal de reclutamiento no se ajusta con una fidelidad mínima al criterio constitucional, lo que, a mi entender, devalúa la legitimidad de la judicatura española. Por lo mismo, es interés de todos –también de los jueces– inventar medidas legales que, con las debidas cautelas y el necesario respeto a los principios constitucionales, a las personas y situaciones, inicien el proceso encaminado a corregir tal situación.

2.- La seguridad económica

No merece la pena insistir mucho en este punto, porque se trata de algo claro, aun cuando no, por ello, menos importante. Es

⁴⁸ Vid. Mariscal, J. Gabriel de, *Jueces y legitimidad democrática*, donde se recoge la votación para elegir miembros de la Sala de Gobierno del TSJPV con el resultado de 12 a 1 a favor de la APM. DEIA, 17 de noviembre de 2004, p. 24.

⁴⁹ “Es cierto que Justicia Democrática fue muy minoritaria. Pero sus planteamientos no lo eran tanto, pues fueron apoyados por muchos jueces, fiscales y secretarios judiciales...”, dice Navarro, Joaquín, Ob. cit., p. 70. Al margen de que la afirmación de “muchos” jueces, etc., no permite una cuantificación, si, además, se asegura que sus planteamientos no lo eran “tanto”, parece que para el autor seguían siendo muy minoritarios, aun cuando menos minoritarios de lo que permitía percibir la adscripción a Justicia Democrática. En cualquier caso, hay que comprobar si ese carácter minoritario sigue subsistiendo hoy en día, como parece por los resultados de ciertas votaciones, de las que sólo he ofrecido un botón de muestra. A su vez, el portavoz de la mayoría conservadora del CGPJ, D. Enrique López, ante el escándalo que había provocado el nombramiento de varios magistrados, todos de la asociación o asociaciones más conservadoras menos dos, contestó que era lógico el resultado, puesto que *la proporción de magistrados conservadores era de diez a uno respecto del de magistrados de líneas más abiertas*. Vid. Mariscal, J. Gabriel de, *Jueces y legitimidad democrática*, citado en la nota anterior.

evidente que hay personas menos vulnerables que otras a la penuria económica. Pero la insuficiencia de retribución y de medios de vida origina por lo común problemas familiares, inquietud, y desequilibrio que pueden abocar a una situación verdaderamente angustiosa. Y una persona necesitada y angustiada se siente insegura y difícilmente podría tener el sosiego que requiere el enjuiciamiento imparcial de los asuntos sometidos a un procedimiento jurisdiccional.

Tampoco puede olvidarse la tendencia de la persona a la codicia, que puede tentar, y tienta en ocasiones, a algunos jueces. Pero esto entra ya dentro de lo que es groseramente punible y que no es objeto de estas reflexiones.

En cambio parece de interés tener en cuenta una posibilidad que apunta el juez Bézard. Empieza por decir lo siguiente: "... en los magistrados hay –qué le vamos a hacer– pudor de hablar de dinero ... una especie de timidez, de discreción nos hace recular ante la reivindicación. Desde que uno de nosotros se decide, teme verse acusado de ponerse en evidencia, de buscar algo...Es un ámbito un tanto temeroso...Pero la penuria se ha acentuado por dos razones. En primer lugar, el Ministro de Justicia...tiene menos peso presupuestario que en ciertas épocas. Además, me interesa subrayar el hecho de que el derecho se ha convertido en algo fundamental. Mucho más que antes"⁵⁰. Después de esta introducción, añade: "Vea Vd. los profesionales procedentes de la Escuela Politécnica, los de la Escuela Nacional de Administración, los cate-dráticos de derecho que entran en despachos de abogados. El ámbito del derecho crece. En los conflictos se recluta a juristas que son pagados convenientemente. Esta evolución hace que la situación de los magistrados aparezca aún más modesta. Su reclutamiento va a verse afectado por ello..."⁵¹. Y concluye: "...la función

⁵⁰ "...il y a, que voulez-vous, une pudeur à parler d'argent chez les magistrats...une espèce de timidité, de discrétion nous retient de revendiquer. Dès que l'un de nous prend position, il a peur de se voir accuser de se mettre en avant, de chercher quelque chose...C'est une maison un peu frileuse...Mais le malaise s'est amplifié pour deux raisons. D'abord, le Garde des Sceaux...a moins de poids du point de vue budgétaire qu'à une certaine époque. Ensuite –je tiens surtout au fait suivant-, le droit est devenu quelque chose de fondamental. Beaucoup plus qu'autrefois". Greilsamer et Schneidermann, *Ob. cit.*, pp. 37-38.

⁵¹ "Vous avez des polytechniciens, des énarques, des agrégés de droit qui entrent dans des cabinets d'avocats. La place du droit grandit. On recrute dans les contentieux des juristes que

pública se vacía... La justicia que tiene un papel esencial que jugar como árbitro, no tendrá pronto los medios de hacerle frente. Ante la atracción de lo privado los jueces brillantes se decidirán rápidamente... Entonces nos iremos por el desagüe, en el límite se reclutarán candidatos mediocres.”⁵²

La pregunta es clara: ¿Ocurre lo mismo entre nosotros? El mercado jurídico de aquí presenta dos facetas tan contradictorias, como reales. Por una parte un enjambre de abogados a los que resulta muy difícil encontrar trabajo. Alguno lo ha calificado, y no sin razón, de ‘proletarización de la profesión’. Por otra parte, grandes despachos de abogados y consultorías pluridisciplinarias a los que se pueden aplicar las reflexiones del juez Bézard sobre la expansión del campo del derecho. Probablemente en unos años se acentúe el peligro de vaciamiento del ámbito jurisdiccional, si no se pone al día la retribución de los jueces. Al ritmo actual de la historia pueden ser muy pocos años. Sea lo que fuere, es un punto que debe hacernos reflexionar seriamente, porque sin menospreciar la función de otros profesionales del derecho, creo que una buena justicia es esencial en cualquier Estado y nos interesa a todos.

5. POLITIZACIÓN

a) *Lo que entiendo que no es ‘politización’*

1.- La cruz de la judicatura

Considero que toda decisión judicial está abierta a valoraciones morales de tipo general. Si por política entendemos “lo que interesa o afecta a la *polis*”, toda decisión judicial estaría igualmente abierta a valoraciones políticas de tipo genérico. Creo, por ello, que,

l'on paie convenablement. Cette évolution fait apparaître encore plus modeste la situation des magistrats. Le recrutement va s'en trouver marqué”. Ibid. p. 38. *Aclaración:* los politécnicos son los profesionales salidos de la Escuela Politécnica; los enarcas, los procedentes de la Escuela Nacional de Administración (E.N.A.). Es así como he traducido los términos “polytechniciens” y “énarches” respectivamente.

⁵² “... la fonction publique se vide... La justice, qu'à un rôle essentiel à jouer comme arbitre, n'aura bientôt plus les moyens de faire véritablement face. Devant les appels du privé le choix sera vite fait pour des juges brillantes... Alors on va s'assécher, on va à la limite recruter des gens médiocres...” Ibid., p. 38.

cuando se habla de “politización de la justicia” no nos estamos refiriendo a esa clase de valoraciones, sino a valoraciones morales o políticas *estrictamente partidarias*, que pueden planear sobre una resolución judicial, en particular sobre algunas, y que implican la acusación de falta de independencia y de imparcialidad.

Es indudable que esa estigmatización se practica, pero ese juicio desfavorable es la cruz de toda administración de justicia: el juez necesariamente da la razón a una parte y se la niega a otra. Es humano, aun cuando no justo, ni siquiera acertado, que la parte desfavorecida reaccione con frecuencia mal. No ya en el terreno político o de las influencias de todo tipo, sino en el de cualquier ciudadano que se siente frustrado, porque no se han satisfecho sus aspiraciones. El que se sienta decepcionado por la decisión, buscará cualquier razonamiento moral, político, jurídico o simplemente de orden práctico para criticar la decisión desfavorable. Unas veces con fundamento y otras muchas sin ninguna base. Esta cruz del juez es una de las razones fundamentales que me mueven no sólo a respetarle, sino hasta a tenerle un profundo afecto, por más que a algún espíritu fuerte el aspecto emocional le pueda parecer cursi.

Con todo, ha de evitarse la exageración en este punto, del que se usa y abusa con facilidad para encubrir o justificar actuaciones judiciales que son verdaderas fechorías. Esa cruz no es carga exclusiva del juez. Toda persona que tiene un cargo público o privado en el que es preciso tomar decisiones, tropezará frecuentemente con la necesidad de satisfacer a unos y decepcionar a otros y con la consiguiente necesidad de enfrentar el juicio desfavorable y hasta la inquina, cuando no la persecución, de los perjudicados. Sin embargo, no se percibe la obsesión de rodearle de protección especial frente a ese riesgo. Particularmente si el cargo se ejerce en el campo privado, pese a que, a veces, los riesgos que corren esas personas son mucho más graves que los que, en general, afectan a un juez, y a que la tarea que desempeñan es tan importante o más para el país que la función judicial. De aquí que sin olvidar la evidente necesidad de defender la libertad y la independencia en la tarea del juez, me parece también necesario no agudizar en exceso el problema, como a veces se tiende a exigir.

Desde luego, no es lo mismo –tampoco en el campo del riesgo extrajudicial– la frustración de cualquier ciudadano de a pié, que la de un partido o la de un personaje influyente por cualquier motivo o hasta la de un periodista de cierto prestigio. Los seres humanos tendemos con cierta facilidad a corrompernos y, cuando se nos descubre un fallo, sentimos la tentación de defendernos con todos los medios a nuestro alcance; muchos de ellos rechazables desde el punto de vista ético, y otros totalmente inadmisibles. Ese estímulo suele ser, por lo común, demasiado fuerte, como para que una buena porción de ciudadanos renuncien a ello, si tienen, o creen tener, alguna posibilidad de éxito. Cuando esos ciudadanos tienen influencia en el terreno social, político, económico o simplemente propagandístico, es lógico pensar que pueden hacer daño. Ahora bien, creo que en tales casos la mera acusación de “politización” de la justicia como reacción, p.e., de un Partido, carece de la mínima posibilidad de éxito social, aun cuando a algunos jueces les pueda parecer otra cosa. En general, el ciudadano sabe por intuición que esa acusación es “interesada” y, si no hay otras razones de mucho más fundamento y peso –en concreto, un auténtico mal funcionamiento de la justicia, percibido como tal y como riesgo por la ciudadanía, como está ocurriendo con demasiada frecuencia–, la acusación es, en mi opinión, absolutamente ineficaz y no deslegítima, en modo alguno, a la institución.

2.- ‘La politización’ legítima

En esta materia conviene no perder de vista algo elemental. En primer lugar, el Poder Judicial, como todo Poder del Estado, es sin duda un Poder político. En este punto tienen razón algunos de los autores que venimos citando⁵³.

Hay cierta *politización* que, a mi juicio, es plenamente legítima. Como ha quedado expuesto al hablar de la ‘imparcialidad’, el juez es

⁵³ “La necesaria revisión del concepto de independencia... deja fuera de duda que la misma no es en modo alguno función de la imposible neutralidad ideológica, sino precisamente la forma específica que el magistrado tiene de ser político. No como transmisor meramente pasivo de opciones de política del derecho adoptadas en otras sedes y subrepticamente filtradas en el momento interpretativo, sino como quien tiene que moverse inevitablemente dentro de márgenes no pequeños de discrecionalidad...” Andrés Ibáñez y Movilla Álvarez, ob. cit., p. 122. En cambio la apreciación de estos autores, de que –citando a Lazzaro– el juez debe colaborar con el poder legislativo en la *dirección* política del Estado...” (pp. 122-123), me parece, sin más matices, errónea y peligrosa.

una persona humana de carne y hueso, con unos principios, unas convicciones, unas concepciones y una visión del mundo y de la vida determinados. Por otra parte, el juez no es un autómata que conoce la legalidad y la aplica literalmente sin el menor esfuerzo interpretativo personal. El juez aplica la legalidad, pero, además, la interpreta. Con margen mayor o menor, según los casos, situaciones y claridad de la norma y del espíritu de ésta. Todo ello es idea conocida⁵⁴. Es evidente, por ello, que esa interpretación difícilmente será exactamente la misma en un juez de convicciones y espíritu conservadores, que en uno convencido de que la realidad es dinámica, histórica, y de que, por tanto, su deber es ir hacia adelante. Tal diferencia puede calificarse de “politización”, pero, si se la califica así, sería una politización no sólo legítima, sino inevitable.

A pesar de lo claro que es esto, me da la impresión de que es algo que “se siente”, y suscita reacciones desfavorables en gentes, influyentes o no, cuando tienen puntos de vista, creencias y concepciones diferentes o contrarias a las del juez. Mi opinión es que, llegados a este punto, al juez sólo se le puede exigir una cosa: que se ajuste a la norma en lo que es clara y que, en donde haga falta interpretación, ofrezca, dentro de lo que la norma permita sin distorsión, una solución lo menos desfavorable posible para la mayoría de los intereses en juego. Naturalmente eso no significa que todo el mundo se sentirá en paz con la resolución, pero, al margen de los casos de intereses irracionalmente defendidos, muchas personas solemos percatarnos de ese esfuerzo del juez y frecuentemente se llega a aceptar su acierto, aun siéndonos desfavorable la decisión. Cuando hay quienes no son capaces de llegar a entender el esfuerzo honesto del juez en la interpretación de la legalidad, sólo queda intentar comprender por qué adoptan una posición desfavorable, ya que no siempre tiene que ser por mala fe. En todo caso, creo que habitualmente no se suelen considerar estos matices de la actividad del juez y que es un “deber ético y político” difundir esta manera de entender la justicia y, por tanto, de fomentar en la convivencia social las reacciones adecuadas correspondientes frente a las decisiones judiciales.

⁵⁴ “El juez no puede ser un autómata. Es un ciudadano como los demás”. Navarro, Joaquín, ob. cit., p. 69.

Debe quedar claro con todo, que el hecho de aceptar en su justos términos la inevitable influencia de la conciencia del juez en la interpretación de la ley, no puede ser obstáculo, para que si el juez, por parcialidad o por ignorancia, no se mantiene ‘dentro de la norma’, entre en juego y se le exija la responsabilidad civil o penal, según los casos. Porque como dice el juez Bézard antes citado, refiriéndose a una ley francesa determinada, “la ley es la ley”⁵⁵ y “si me niego a aplicar la ley...me convierto en un terrorista judicial. Es traicionar nuestra misión, nuestra ética.”⁵⁶. La escasa posibilidad práctica de que el ciudadano pueda exigir eficazmente esas responsabilidades es un fallo fundamental de nuestro sistema, como ya hemos apuntado anteriormente.

b) Qué entiendo por politización de la justicia

Hechas estas aclaraciones, creo que en el terreno jurisdiccional hay dos fenómenos totalmente rechazables: *el esfuerzo por introducir criterios políticos en la acción del juez, en vez de aceptar el ajuste a técnicas y principios jurídicos para llegar al fallo jurisdiccional, y la tendencia a sacar la política desde su propia arena para trasladarla al ámbito de las actuaciones judiciales*. En ambos casos la imbricación perversa de política y justicia, como anteriormente he indicado, es un atentado mortal a la separación de poderes, clave de un Estado Democrático de Derecho. Una exposición objetiva de lo que es “politización” en el campo de la jurisdicción exige, a mi entender, considerar ambos fenómenos. Creo que esto es un asunto de suma importancia política, social y jurídica. Para el primero reservamos el término ‘politización’; al segundo lo llamaremos, con una de esas horribles palabras de moda, ‘judicialización’.

Por ser algo patente, no creo necesario hacer la observación de que los factores que atentan a la independencia y a la imparcialidad del juez constituyen otras tantas posibilidades de “ensuciar” políticamente la tarea de la judicatura desde instancias varias, a veces inverosímiles, así como en formas y dimensiones diferentes

⁵⁵ “...la loi est la loi.” Greilsamer et Schneidermann. Ob. cit., p. 33.

⁵⁶ “...si je refuse d’appliquer la loi..., alors je deviens un terroriste judiciaire. C’est trahir notre mission, notre éthique.” Ibid., p. 34.

de carácter y alcance insospechados por la imaginación más calenturienta.

1.- Politización de la justicia

1.1.- *La politización de la justicia tiene un primer aspecto que se manifiesta cuando una persona, un grupo o una institución influyentes y, descendiendo a lo concreto, un personaje de la política, de la cultura, de la economía, de la religión, o un partido, un sindicato, una asociación importante, o cualquier grupo de presión pretenden con mayor o menor grosería o sutileza interferir en la decisión del juez. Es típico que esta clase de injerencias tenga lugar, de una u otra forma, a partir del Ejecutivo.*

Esa conducta revela una tendencia sumamente peligrosa. Aspira, sin duda, a que el juez se ajuste a los criterios de una política determinada y a los intereses que la sustentan y promueven, y, si pudiera, haría lo posible por forzar al juez a ello, es decir, a que el juez conforme sus decisiones con la política que interesa a la persona o grupo que presiona. En una palabra, que uno de los aspectos de la verdadera politización de la justicia consiste en la injerencia de los Partidos, de los políticos, del Ejecutivo, en las decisiones judiciales, directamente o a través de los distintos grupos de presión social y económica, con el doblegamiento del estamento judicial ante estas presiones, bien por coincidencia ideológica o de intereses, bien por debilidad, y con el consiguiente quebrantamiento escandaloso del principio democrático de independencia de Poderes. Es evidente que esta pretensión y las conductas consiguientes deslegitiman a las instituciones y, *si logran algún éxito en sus propósitos*, al Poder Judicial. Pero esto último, *sólo en caso de éxito*. Espero que no resulte excesivamente fácil. *Lo decisivo, pues, en este caso es que se pretende orientar y hasta determinar desde fuera el resultado de la acción de jueces y tribunales.*

No es fácil, naturalmente, tener datos fidedignos como para dar opinión firme sobre si, en situaciones que pudieran caer bajo esta rúbrica, ha habido injerencia exterior o simplemente ha bastado la parcialidad política del juez o, del tribunal sin necesidad de ninguna intervención externa. Las sospechas pueden ser, y son, fuertes, pero,

dada la complejidad de la vida, pronunciarse sólo a base de sospechas implica riesgo indudable de errar. Con esta salvedad, parece posible insertar en esta hipótesis decisiones sorprendentes, cuando menos en apariencia, como la de la querrela del Fiscal de 3 de julio de 1981 contra el Senador Miguel Castells. Fué condenado por sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1983, con desestimación del recurso de amparo por sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de abril de 1985 y corrección de todo ello por sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de abril de 1992. El proceso se desencadenó a partir de un artículo en el que el Senador denunciaba la desaparición de un número importante de personas sin que el Estado hubiera hecho nada por investigar lo sucedido⁵⁷. Otro caso puede ser el cierre, a mi juicio ilegal e improcedente, del diario Egunkaria por el juez Del Olmo por auto de 19 de febrero de 2003⁵⁸, hoy con la acusación del fiscal retirada y, cuando esto escribo, en trance de eventual sobreseimiento⁵⁹; o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid condenando a penas notables (3 y 5 años de privación de libertad) a dos policías que detuvieron a dos militantes del PP en la manifestación de la A.V.T. de 22.01.05, donde fué agredido el Ministro Bono, como pudo contemplar en televisión todo ciudadano que tuvo ganas de verlo⁶⁰. Finalmente, para terminar este florilegio de ejemplos, todo el caso del miembro de ETA, De Juana Chaos, ha dado lugar a unas distorsiones legales desde el pri-

⁵⁷ Sentencia TEDH, 23 de abril de 1992, HECHOS, I, 1, 2, y 3, y Declaraciones finales con tres votos particulares concordantes. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1988-2002 pp. 908-918. Publicación de las Cortes Generales, 2003. El inconveniente de este procedimiento es que el TEDH tiene que resolver sobre infracciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en este caso, condena al Estado por infracción del art. 10 (libertad de expresión). Pero así no sabemos nada de la indudable inviolabilidad que ostentaba el Senador, ni de su inmunidad, ambas, a mi entender, infringidas por las decisiones jurisdiccionales dictadas en el Estado. En cualquier caso, el Senado, al conceder el suplicatorio, incurrió en un grave y craso error, al igual que todos los órganos judiciales intervinientes, lo que hace pensar razonablemente en el sesgo político de todas estas actuaciones.

⁵⁸ Dio lugar a la Declaración de 26 de febrero de 2003 sobre la ilegalidad, inconstitucionalidad y nulidad de pleno derecho de la medida, suscrita por más de trescientos abogados; a la convocatoria de una Junta Extraordinaria en el Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia a petición de más de doscientos colegiados, a la que accedió razonada y valientemente la Junta de Gobierno y que se celebró el día 29 de abril de 2003; a la aprobación de un documento crítico, razonado conforme a derecho, en esa Junta; a la denuncia de la Junta como "manipulación" nacionalista por el vocal del CGPJ, D. Juan Pablo González en El Correo de 1.05.03 p.22. y a la contestación a dicha crítica con el título "Tergiversación" por el que suscribe este trabajo, publicada en la revista Réplica y Dúplica, de la Asociación de Derecho Penal "Res Publica", Año IV, nº 38, mayo 2003, pp. 4 y 5.

⁵⁹ DEIA, 15 de diciembre de 2006, portada y p. 32.

⁶⁰ DEIA, 9 de mayo de 2006, p. 34.

mer momento, inexplicables para la idea más elemental de la estricta legalidad que debe presidir la aplicación del derecho penal, por lo que resulta difícil pensar que esas decisiones obedecen sólo a convicciones judiciales⁶¹.

1.2.- Acceso de lo político a lo judicial por la acción de los partidos o de ciudadanos individuales o asociados.

Hay un segundo aspecto de politización de la justicia. *Es una conducta distinta de la injerencia a la que me he referido anteriormente*. Ya no se trata de la anuencia judicial a la invasión del campo jurisdiccional por instancias de los otros Poderes de la organización política. Acudir al juzgado para resolver cuestiones de discrepancia política, frustraciones causadas por no aceptar el acierto del adversario o simplemente su diferente punto de vista, e intentar de este modo encontrar un apoyo espurio a la inepticia propia, es un abuso de la institución judicial y una cobardía. *Se trata ahora de que quienes llevan la política al juzgado para defender sus aspiraciones, son, o bien los políticos abdicando de sus responsabilidades como tales, o bien cualesquiera ciudadanos empeñados en hacer política, imprudente y abusivamente, sin presentarse a las urnas.*

Estamos hartos de oír y ver querellas criminales y denuncias que deberían entrar en el capítulo de la calumnia, o de la acusación

⁶¹ Noticias sobre secuelas de este caso en DEIA, 27 de agosto de 2006, p. 40 y 14 de diciembre de 2006, p. 36. No hubiera sido necesario incurrir en este dislate, auténtico esperpento jurídico a mi entender, si tuviéramos una política menos impulsiva e ideologizada y más consciente de lo que, al margen de ideologías, exige un buen sistema jurídico penal. Sé que hay muchos juristas opuestos a lo que voy a decir, pero creo que su discrepancia no obedece a un criterio razonable, sino a prejuicios teóricos. En nuestras sociedades hay una serie de delitos gravemente amenazadores para la convivencia, cometidos por sujetos de corrección no siempre previsible –terrorismo, violencia entre sexos, ciertos delitos sexuales, explotación de la droga y otros- que, una vez acertadamente suprimida la pena de muerte, están exigiendo, junto a la pena ordinaria, una pena de cadena perpetua debidamente regulada, es decir, sometida a revisión periódica. Otro tanto se puede decir de los grandes delitos económicos y financieros: una elemental justicia requiere evidentemente que, al lado de la pena ordinaria por su comisión, se prolongue, en su caso, la prisión hasta tanto no se devuelvan en su totalidad las sumas detraídas. No se trata de enterrar a nadie en vida, sino de compaginar la vida del delincuente con las necesarias garantías de libertad y de seguridad, o simplemente de justicia, que deben darse a la sociedad. Si hubiera existido ese instrumento penal, no se hubiera planteado el jeroglífico legal que ha llevado a De Juana Chaos a ser juzgado por un delito, cuya realidad es difícilmente inteligible, siendo, además, la pena impuesta exorbitante. Tampoco serían necesarias esas condenas a 100, 500, 3.000, 38.000, etc. años de prisión, espantapájaros penales que ningún ciudadano en sus cabales entiende, sobre todo si es lego en derecho.

y denuncia falsas (arts. 205, 215.1, 456 y 457 del Código Penal) y que parecen claros botones de muestra de esta corruptela. Ejemplos hay muchos, sobre todo últimamente: así la querrela interpuesta ante el TSJPV contra el Lehendakari debido a su reunión con Batasuna por el Foro de Ermua con la adhesión del grupo llamado irónicamente Manos Limpias⁶²; la denuncia presentada por otro de estos grupúsculos, España y Libertad, contra el Presidente del PNV por el mismo motivo⁶³; la denuncia del PP ante el TSJPV contra una serie de dirigentes del PSE por idéntico fundamento⁶⁴; la querrela interpuesta por el mencionado Manos Limpias contra el Presidente del Gobierno también por contactar con Batasuna⁶⁵.

No voy a citar ninguna más, porque las mencionadas son las de última hora en estos momentos. Tengo que decir, sin embargo, que, cuando los jueces entran a considerar algunas de estas querrelas o denuncias abusivas con base en el derecho a la tutela judicial efectiva, convertida en estos casos en mero pretexto, como lo acaba de demostrar el auto del Tribunal Supremo rechazando la querrela indicada contra el Presidente del Gobierno⁶⁶, lejos de ejercer esa tutela, se podrían tornar en cómplices de todos estos mercenarios del derecho con disfraz de políticos y, como decía el juez francés Bézard, convertirse en terroristas judiciales⁶⁷. Realmente la admisión frívola de querrelas y denuncias de este tipo y de otras sobre materias sensibles –p.e., sobre el sexo, o sobre la actividad empresarial– resulta aterrador para todo ciudadano consciente de las eventuales consecuencias de tal conducta judicial: la posibilidad de verse implicado sin ton ni son en un procedimiento penal, da al traste con el requisito esencialísimo de la presunción de inocencia y con la seguridad jurídica de las personas; uno y otra se convierten en un mito, con el consiguiente desasosiego y la lógica alarma social que ello genera. No hablo de perseguir la ilegalidad punible o la corrupción de uno u otro tipo. Las distintas ilegalidades y corrupciones pueden ser delito y, por tanto, campo propio de la competencia judicial. Estoy hablando de las *querellas-propaganda*, interpuestas sin el menor funda-

⁶² DEIA, 16 de junio de 2006, p. 31.

⁶³ DEIA, 18 de junio de 2006, p. 25.

⁶⁴ DEIA, 11 de julio de 2006, p. 16.

⁶⁵ La Vanguardia, 8 de diciembre de 2006, p. 11, y DEIA, 8 de diciembre de 2006, p. 30.

⁶⁶ Vid. nota 65 anterior y El Correo, 9 de diciembre de 2006, p. 20.

⁶⁷ Vid. nota 56.

mento, cobardía y abuso grave de la justicia con el único objetivo de desprestigiar al adversario, o de obtener réditos electorales, o de mera venganza, o de todo ello a la vez. Últimamente las está habiendo en masa y frente a ellas los jueces deberían ser implacables por honradez profesional y cívica, persiguiendo inmisericordes a los que las presentan, tengan el rango jerárquico que tengan, como autores de calumnia (Código Penal, art. 215.1, inciso segundo), o bien de acusación y denuncia falsa. Con todo mi respeto, otra cosa me parece una burla, un fraude a los derechos e intereses generales de la ciudadanía, ya que sólo con la persecución de este tipo de conductas se contribuye, de verdad, a difundir la paz social y una cultura jurídica de confianza en la legitimidad mediante la legalidad. Y este segundo paso es lo que se echa de menos, p.e., en el auto del Tribunal Supremo aludido: la falta de derivar el tanto de culpa al juzgado o tribunal competente.

2.- Judicialización de la política

Hay otras fórmulas de imbricación perversa de política y justicia. Tienen dos manifestaciones. La primera se origina por el acceso extrajurisdiccional de los jueces a la arena política. La segunda consiste en la invasión del ámbito político partidario por el Poder Judicial en el “ejercicio” de las funciones encomendadas a los jueces y a sus órganos de gobierno por el ordenamiento constitucional y legal. Esto es lo que suele llamarse bárbaramente “judicialización” de la política. En realidad se trata de que el juez, consciente o inconscientemente, suplanta por iniciativa propia, fuera del ejercicio de la función jurisdiccional o mediante ella, la acción de los representantes populares, de los Partidos políticos y, si a mano viene, hasta del Ejecutivo. Esta suplantación se produce de formas muy variadas, todas ellas incompatibles, en mi opinión, con el Estado Democrático de Derecho.

Antes de entrar en su análisis, permítaseme que de nuevo diga algo más, ya que lo considero de particular importancia, aun cuando, sin duda, no encierra la menor novedad.

Observación previa.

Nuestra convivencia no es que sea respetuosa con el derecho, cosa que sería deseable y laudable. Hay una paradoja que no

deja de ser sorprendente. Frente a una mentalidad ajurídica generalizada, aparece un fantasma no menos peligroso: el de creer que todo tiene que reducirse al derecho y a su aplicación; el de tener al derecho por una panacea que puede resolver todo conflicto, toda necesidad, y al que necesariamente hay que acudir en todo caso. Dentro de esta línea se halla la opinión de que la racionalidad es patrimonio exclusivo del derecho y de los juristas⁶⁸.

Esto –que se lo he creído oír también a algún juez, por cierto especialmente respetado por mí, porque lo tengo por juez excelente– es simplemente falso, y, en mi opinión, es una falsedad alimentada de una forma interesada por instancias judiciales y por actitudes y declaraciones políticas de Partido. La vida es infinitamente más compleja que el ámbito jurídico. El derecho es una parte infinitesimal de la vida humana: aquella en la que se dan conflictos interpersonales, individuales o de ámbito más amplio, que sólo pueden encontrar solución pacífica -no digo buena, ni menos acertada- mediante la intervención de una instancia que se exige sea independiente e imparcial y se la supone tal. Hay un campo enorme y variado –la ciencia, el arte, la política, el amor, la religión, algunos aspectos de la economía como es el riesgo empresarial, etc.– en el que el derecho tiene poco que decir, donde los conflictos pueden y deben resolverse racionalmente por procedimientos ajenos a poder ser al derecho y donde, cuando el derecho interviene, suele estropear mucho más de lo que arregla, en contradicción manifiesta con lo que es precisamente su vocación: dirimir conflictos pacíficamente; no generarlos.

⁶⁸ Denunciando enérgicamente –por supuesto, con razón– esa ‘alergia’ de nuestra sociedad a lo jurídico, Quintero Olivares exagera un tanto e incurre, a mi juicio, en ese defecto. Leemos así: “...El otro fuelle que alimenta la llama de los juicios paralelos... puede sintetizarse en una idea: existe una «auténtica» justicia del pueblo que es diferente de la justicia de los juristas y ni siquiera coincide en el objetivo de alcanzar la verdad, pues también hay dos verdades... Llegamos así a la llamada justicia popular, de la que el juicio paralelo sería una especie de representación de salón. Cuando se adjetiva de «popular» cualquier cosa relacionada con el derecho y la justicia hay que echarse a temblar (pensemos en Tribunales populares, sentimientos populares, veredictos populares). Todo lo que se escuda en la idea de «popular» en el fondo no es sino una invitación a elegir la senda del irracionalismo despreciando la racionalidad de los derechos y garantías del ciudadano y del justiciable...”. Ob. cit., pp. 32-33. Evidentemente hay una espita demagógica en muchas apelaciones a lo popular; pero identificar toda apelación al pueblo con la irracionalidad y reducir la racionalidad a la justicia de los juristas y a las garantías jurídicas, me parece un “soplamos” imprudente al art. 117.1 CE y una visión excesivamente estrecha de la realidad. Los aspectos racionales, o al menos razonables, de la realidad desbordan por todas partes el campo del Derecho. Eso sin contar con que también el lado irracional tiene un lugar importante en el ser de la persona y no puede ser defenestrado sin más.

Precisamente por ello, entiendo que el ámbito de la jurisdicción no es de chicle, adaptable a los intereses y aspiraciones de este o aquel juez, de este o aquel tribunal. El ámbito jurisdiccional está delimitado por el campo del derecho y por la competencia específica de los demás Poderes: del Legislativo particularmente, pero también del Ejecutivo. Por ello es completamente falso entender cualquier norma, y entre ellas el artículo 118 CE, sin limitaciones ni precisiones. Cuando la decisión judicial infringe grave y manifiestamente la norma aplicable, es ineficaz en sí misma, sin necesidad de ningún recurso, como es lo obligado y como prevé expresamente, p.e., el número 2 del artículo 410 del Código Penal. Si la decisión judicial se sale del ámbito de la competencia jurisdiccional e invade la competencia de los otros Poderes de la organización política, es igualmente nula en derecho, sin que, por supuesto, ninguno de estos Poderes tenga que recurrir *necesariamente*⁶⁹ a ningún remedio procesal ordinario.

Es cierto que el ámbito competencial de cada Poder no está ni puede estar trazado con cartabón y regla, pero los conflictos que se suscitan en ese marco, sitúan al sistema en el ámbito estricto y más elevado de la política con mayúscula y la solución razonable nunca debería empezar en el campo jurídicoprocesal -aun en las hipótesis que pudieren gozar de una previsión legal de tal naturaleza-, sino en el del diálogo e inteligencia políticos. Es lo que sensatamente se esforzó por conseguir el actual Presidente del Congreso ante la manifiesta desobediencia del Presidente del Consejo del Poder Judicial al requerimiento de comparecencia⁷⁰. Actuar de otra manera será, como norma, lesionar el prestigio de las instituciones, introduciendo en ellas un germen de deslegitimación gravísimo, e invadir campos ajenos, o ponerse en riesgo de invadirlos por parte de uno u otro de los Poderes.

Pues bien, una invasión de las competencias constitucionales de otras instituciones se produce con la intromisión de lo judicial en lo político a través de lo que pretende ser derecho, o se dis-

⁶⁹ Hay una Ley de Conflictos Jurisdiccionales que contempla situaciones conflictivas entre el Ejecutivo y los jueces y tribunales, pero no hay ninguna disposición de conflicto cuando éste se suscita entre el Legislativo y el Judicial.

⁷⁰ DEIA, 17 de marzo de 2006, p. 37.

fraza como tal. El fenómeno se produce, como he dicho, de varias formas.

Primera fórmula: las manifestaciones de contenido político emitidas por miembros de la judicatura o de sus Asociaciones.

Entiendo que los jueces son ciudadanos y tienen derecho a la libre expresión. Sin embargo, dada su función jurisdiccional unida al principio de separación de poderes, no son, ni deben ser, jurídicamente libres, como cualquier otro ciudadano, para emitir, fuera del ejercicio de su función, opiniones relativas a la política de los demás Poderes del Estado, de miembros de esos Poderes o de Partidos políticos o Sindicatos. Si no fuera así, carecería de fundamento que la intervención, directa o indirecta, de los miembros de la Judicatura en cuestiones que el Estado de Derecho encomienda a otros Poderes estén vedados al juez. El artículo 117.4 y el artículo 127.1, ambos CE, constituyen dos barreras jurídicas patentes contra las injerencias de los jueces en la vida política del Estado. También carecería de sentido el razonamiento de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la del caso Prager y Oberschlick contra Austria, donde el Tribunal decide que la conducta del demandante no queda amparada por el art. 10 del Convenio, “especialmente porque los jueces criticados están sujetos a la obligación de discreción que les cierra la vía a la reacción”⁷¹. Es decir, que el juez no está autorizado jurídicamente a reaccionar frente a las críticas de matiz político de sus ciudadanos, salvo en el ejercicio de las acciones que le puedan corresponder con arreglo a derecho. Lo primero sería, y es, hacer política; lo segundo derecho.

⁷¹ TEDH, Sentencia de 26 de abril de 1995. La misma colección citada anteriormente, (1988-2002) II, FUNDAMENTOS DE DERECHO I, B, 3, 34. Previamente da otra razón más que discutible, a mi entender, en lo que se refiere a la protección de la Judicatura, y es que, “como garante de la justicia, valor fundamental en un Estado de Derecho, su acción requiere la confianza de los ciudadanos para poder prosperar.” Lo cual no deja de ser cierto, pero es precisamente esa garantía de la justicia la que legitima la crítica más acerba por cualquier ciudadano que tiene conciencia de que se está atacando al Estado de Derecho. Y, además, en un Estado democrático todo ciudadano tiene derecho a la crítica, tenga o no razón, siempre que la ejerza sin incurrir en el atentado craso a la dignidad de la persona. Otra cosa supondría que los jueces y tribunales pueden actuar impunemente como se les antoje, amparados no sólo por la ley, sino por el silencio impuesto anticonstitucionalmente a sus conciudadanos. Nota.- La traducción de lo que figura en el texto mismo de este trabajo es mía y no coincide exactamente con la de la recopilación de la colección indicada, porque entiendo que dicha traducción no se ajusta bien al texto inglés.

Dentro de este capítulo, procede subrayar que no coincido con Andrés Ibáñez y Movilla Alvarez en lo referente a que el juez “ejerza” su adscripción a una alternativa política concreta. Sugieren estos autores -opinión de Movilla Alvarez- que “pretender que el juez por la función que ejerce pueda quedar al margen de las grandes opciones en que se debate la sociedad en que actúa; que pueda estar por encima de las diversas alternativas válidas que son savia de una sociedad pluralista y democrática; que eluda su compromiso político en aras de una imposible y no deseable asepsia, es pretender que dimita de aquello que más le puede acercar a sus conciudadanos, a los demás hombres; es privarle de una dimensión que le permite acercarse y participar en los reales problemas, en los conflictivos intereses de una sociedad a la que no puede ser ajeno”. Y, añaden, que “es evidente que el artículo 127 –se entiende que CE- no podrá ser objeto de interpretaciones ampliatorias, estando por tanto los jueces autorizados a mantener todo tipo de relación que, amparada por la Constitución, no se concrete en vinculación orgánica a un partido o sindicato”⁷². Discrepo también con las opiniones del juez Navarro sobre este particular.⁷³ Por supuesto que no me estoy refiriendo a manifestaciones o declaraciones sobre el acierto o desacierto, la suficiencia o insuficiencia de carácter técnico de cualesquiera normas de carácter general que los jueces pueden y deben hacer, aunque también me parece que habrá ocasiones en las que sea difícil trazar la frontera entre la aportación profesional y la opinión política.

Los motivos de mi discrepancia son varios. En primer lugar, una cosa es tener la propia opción ética, jurídica y política, algo más que legítimo inevitable para cualquier persona que piensa, y otra muy distinta bajar a exponerla en un caso que no es el propio. Por otra parte, si el juez no ha de ser parte material del procedimiento, que es lo que le exige su necesaria imparcialidad y su independencia, es decir, la necesidad de que no haga “sobrepujamiento”, tiene que dejar, en mi opinión, su compromiso político a las puertas del estrado y sustraerse en toda la medida de lo posible a

⁷² Ob. cit., pp. 134 y 135 respectivamente.

⁷³ Navarro, Joaquín, ob. cit., epígrafe “La Honestidad de la Mujer del César: ni Partidos ni Sindicatos”, pp. 123 a 129.

las alternativas de la sociedad pluralista y democrática. Es claro que “ejercer” la adscripción a una alternativa política cualquiera le acercará a los ciudadanos, como dicen Andrés Ibáñez y Movilla Alvarez. Pero no a todos los ciudadanos, sino a los que coincidan con ella, y evidentemente le alejará de los demás. Evitar ese resultado es el sentido de los artículos 117.4 y 127.1, ambos CE, que, efectivamente no deben ser objeto de interpretaciones ampliatorias; pero sin que tampoco puedan calificarse como permitidos por esas normas los fáciles subterfugios que hacen posible no pertenecer a un partido o a un sindicato, pero formar parte de “tinglados” que, sin sujetarse a un proceso electoral, cumplen funciones muy parecidas, si no son las mismas. El ejemplo más claro es el de las Asociaciones judiciales, tan constitucionales por estar previstas en la Constitución, como inconstitucionales por ser, a mi entender, incompatibles con la independencia preconizada por el artículo 117.1 de la misma, según he manifestado anteriormente

Finalmente, me parece en cualquier caso más prudente y mejor para la salud del sistema el parecer de la juez Boizette, cuando, al ser preguntada sobre este asunto, dice que el juez “...como todo ciudadano, tiene derecho a tener opiniones, pero los usuarios de la justicia no lo tienen a conocerlas. Por ejemplo, yo he tenido cuidado siempre de no permitir que ande un periódico por la mesa de mi despacho. No quiero que se sepa si leo *Le Monde*, *Le Figaro* u otro”⁷⁴.

De acuerdo con lo expuesto, declaraciones de Magistrados, de portavoces de las Asociaciones judiciales, de miembros del Consejo General del Poder Judicial opinando frente a la opinión pública sobre opciones y decisiones del Parlamento, del Gobierno o de partidos políticos son, a mi entender, las principales manifestaciones de este peligroso fenómeno. *Esta fórmula de politización*

⁷⁴ “...comme tout citoyen, il [le juge] a le droit d’avoir des opinions, mais les justiciables n’ont pas à les connaître. Par exemple, j’ai toujours veillé à ne jamais laisser trainer un journal sur mon bureau. Je ne veux pas qu’on sache si je lis *Le Monde*, *Le Figaro* ou un autre titre.” Greilsamer et Schneidermann. Ob. cit., p. 60. Nota: Traduzco “justiciables” por “usuarios de la justicia”, porque “justiciable”, por muy de moda que esté, además de su desagradable proximidad fonética a “ajusticiable”, me parece, al igual que “administrado”, un término que huele a “súbdito” y elude, por ello, el noble concepto de ciudadano. En cambio al “usuario” legítimo le corresponde un derecho sobre lo que usa. Así el ciudadano tiene derecho a usar el servicio de la justicia, porque es público y porque lo paga.

consiste en que son los miembros de la judicatura quienes se lanzan indebidamente a la arena política. Las hemerotecas rebosan de este tipo de actuaciones. Seguidamente ofrezco algunos botones de muestra.

Han incurrido, a mi juicio, en “manifestación invasora” –tanto cuando se manifiestan en contra, como algunas veces cuando lo hacen a favor de otro Poder del Estado- la APM y así mismo su portavoz en el País Vasco pronunciándose sobre la inexistencia de desobediencia del Presidente del CGPJ al negarse a comparecer ante la Comisión de Justicia de la Cámara y sobre una supuesta extralimitación del Congreso de los Diputados por requerirle de comparecencia⁷⁵. En sentido contrario, también incurren, a mi entender, en el mismo defecto las Asociación JpD manifestando su acuerdo con dicho requerimiento de comparecencia⁷⁶. Otro ejemplo de esta “invasión” –con independencia de que tengan o no razón- lo ofrece JpD cuando aprueba en su Congreso de Vitoria-Gasteiz un documento sobre el proceso de pacificación de Euskadi, cuya gestión corresponde evidentemente a los políticos y particularmente al Gobierno del Estado y a su Presidente⁷⁷, o cuando asegura que la querrela contra el Lehendakari es insostenible e irrazonable desde un punto de vista técnico y jurídico⁷⁸. Un ejemplo más es otra intervención del portavoz de la APM en Bizkaia que pide la dimisión de dos Consejeros del Gobierno Vasco⁷⁹. Finalmente una intervención más, relizada recientemente por el mismo portavoz de la APM, que confunde, desafortunadamente a mi juicio, la exigencia del deber de un juez de someterse a la ley en su función y de no iniciar procedimientos que algunos ciudadanos estimamos carentes de fundamento jurídico e innecesariamente peligrosos para la vida política del país, con un supuesto empeño de unos u otros políticos de doblegar en cualquier sentido la voluntad de los jueces⁸⁰. Quienes investidos de la condición de jueces hacen este tipo de declaraciones, no pueden, a mi entender, quejarse de que

⁷⁵ DEIA, 13, 15 y 16 de marzo de 2006, pp. 28, 32 y 34 respectivamente.

⁷⁶ DEIA, 15 de marzo de 2006, p. 32.

⁷⁷ DEIA, 10 de junio de 2006, p. 28.

⁷⁸ DEIA, 11 de junio de 2006, p. 30.

⁷⁹ DEIA, 22 de marzo de 2006, p. 32.

⁸⁰ DEIA, 9.12.06, p. 27.

les respondan con la misma moneda, es decir con la crítica política más dura, y menos ampararse con cierto tinte de amenaza en una hipotética deslegitimación de la magistratura.

El CGPJ baja a la arena política en numerosas intervenciones públicas de sus vocales y de su Presidente. Por ejemplo, hace un estudio sobre la constitucionalidad del Estatuto de Catalunya sin que se lo pida el Congreso y su Presidente sale a la palestra manifestando que el texto de dicho Estatuto es inconstitucional⁸¹. Por lo demás, el actual CGPJ nos ha obsequiado, prácticamente desde que existe, con unas votaciones por bloques ideológicos, incomprensibles para el criterio profesional de cualquier jurista. Más incomprensible aún, si el tal jurista, como es mi caso, ha tomado parte en Órganos colectivos encargados de aplicar la ley. No he visto nunca que el grupo de vocales del Órgano se haya dividido por sus ideas o concepciones de ningún tipo, en vez de por lo que entiende, con mayor o menor acierto, que es ajustado a Derecho. En este aspecto la politización del CGPJ ha sido, y es, a mi entender escandalosa. Resulta aleccionador en este punto escuchar, una vez más, al juez francés Bézard diciendo que, en el asunto Nucci, “la sección de instrucción está compuesta por cinco jueces del Tribunal de Casación. Formábamos un grupo de reflexión y trabajo muy consensual, *a pesar de que yo no tenía sobre muchas cosas la misma concepción que otros colegas.*” Seguidamente al autor del libro que le pregunta si “han conseguido olvidar sus etiquetas políticas y enfrentar el asunto como técnicos del derecho”, le responde: “Por supuesto, como juristas.” Más adelante comenta que “un debate, una deliberación es siempre un momento en el que puedes vencer y ser convencido.”⁸². Esto es lo que debe esperarse de cualquier Órgano colectivo de juristas y no unas votaciones subordinadas a unas u otras ideologías.

⁸¹ DEIA, 26.01.06, p. 28

⁸²Se trataba del asunto del Ministro de Cooperación Christian Nucci sobre malversación de varios millones de francos de dinero público por la asociación Carrefour del desarrollo. “...La commission d’instruction est composée de cinq juges de la Cour de cassation. Nous formions un groupe de réflexion et de travail extrêmement consensuel, *même si je n’avais pas, sur bien des choses, la même conception que d’autres collègues.*”

“Êtes-vous parvenus à oublier vos étiquettes politiques et à aborder le dossier Nucci en techniciens du droit?”

“-Bien sûr, en juristes...” p. 31.

“Un débat, un délibéré est toujours un moment où vous pouvez convaincre et être convaincu.” p. 33. Greilsamer, Laurent, et Schneidermann, Daniel.- Ob. cit.. La cursiva no es del original. La pongo yo para destacar el texto correspondiente.

Creo que no está de más hacer referencia aquí a algo que suele molestar a algunos jueces, pero que, además de parecerme jurídicamente impecable, lo creo absolutamente necesario: es la crítica parlamentaria respecto de todos los Poderes, incluida la crítica respecto de sí mismo. Sería de desear que tal función se ejerciera con mucho más rigor, con mucha más racionalidad, razonabilidad y habitualidad. El Legislativo es el único Poder con legitimación popular directa y el único legitimado para ordenar la convivencia como considere oportuno, mientras respete el bloque constitucional. Legitimado también, con ciertas condiciones –las exigidas para que pueda tener carácter de Asamblea Constituyente–, hasta para modificar dicho bloque, como es obvio. Pero para ordenar es imprescindible criticar lo existente. Y criticar sin contemplaciones. Ése es, a mi entender, el fundamento real de la inviolabilidad de los diputados y no las elucubraciones tópicas e infundadas calificándola de privilegio que suelen hacerse, a mi juicio con manifiesta ineptitud. Bien está la inquietud y hasta la beligerancia por la igualdad, pero sin olvidar que tan importante derecho exige precisamente diferenciar las situaciones diferentes. Y la condición de los representantes populares en el ejercicio de sus funciones es, desde el punto de vista constitucional y legal, sustancialmente diferente a la de todos los demás ciudadanos, jueces incluidos.

Acceso de lo judicial a lo político. Otras fórmulas

Hay una segunda forma de que el Poder Judicial invada el campo de la política de los representantes populares, de sus Partidos y hasta del Ejecutivo, si a mano viene. Y se produce, además, en *dos subfórmulas* perfectamente diferenciables, que expongo a continuación

La primera se origina en la función de gobierno de la Judicatura. Presenta multitud de variedades. Una de ellas consiste en utilizar una apariencia de derecho para conculcarlo. No tengo ahora referencia disponible de las actuaciones del Consejo General del Poder Judicial en casos como el de los magistrados de la Sala Cuarta de la Audiencia Nacional o en el del juez Del Olmo, pero, a mi entender, un caso de esto es, por ejemplo, la diferencia de

trato del Consejo en la absurda protección al juez Grande-Marlaska, en vez de iniciar una investigación de sus actuaciones, cuando menos discutibles⁸³, y en la posterior denegación de protección al juez Garzón con fútiles motivos⁸⁴. Estos hechos, reflejo de posiciones políticas partidarias, deslegitiman peligrosamente no sólo al Órgano, sino a todo el sistema constitucional. Creo que están destrozando el esfuerzo judicial basado en la legalidad democrática y en la difusión de la misma, porque van creando la sensación cívica de que las garantías del sistema se han convertido en una farsa. *Me parecen, pues, decisiones clara y exageradamente partidistas adoptadas por el Órgano de gobierno de los jueces.*

Otra fórmula de invasión se produce en el ejercicio mismo de la función jurisdiccional. Aquí pueden suceder, a su vez, dos cosas: que la acción jurisdiccional se vea impulsada o determinada por el Ejecutivo y hasta por la acción de un partido determinado, lo que coincide con el primer aspecto de politización de la justicia que hemos contemplado, es decir, la intromisión desde fuera en el ejercicio de la función jurisdiccional, o bien que *la orientación partidista del enjuiciamiento obedezca a iniciativa exclusiva del juez o tribunal*. Ya decía anteriormente que no será fácil discernir en cada caso si se trata de una u otra forma de imbricación, es decir, con intervención a partir del Ejecutivo o sin ella, pero, después de haber hablado anteriormente sobre la primera fórmula⁸⁵, ahora sólo me refiero a la segunda. Ejemplos de esta peligrosa corruptela podrían ser los mismos que los mencionados al hablar del primer aspecto de la politización de la justicia, si es que aquéllos no fueran consecuencia de un impulso del Ejecutivo. A ellos puede añadirse la ampliación, a mi juicio antijurídica, de la Sentencia del TS de fecha 27 de marzo de 2003, sobre ilegalización de Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, a la disolución del grupo parlamentario de Sozialista Abertzaleak, así como la consiguiente pretensión del Alto Tribunal de imponer al Presidente y a los demás miembros de la Mesa del Parlamento Vasco una conducta determinada, que, por añadidura, ni siquiera está amparada por el

⁸³ DEIA, 28 de junio de 2006, p. 32; El País, 28 de junio de 2006, p. 24

⁸⁴ DEIA, 11 de octubre de 2006, p. 36.

⁸⁵ Vid. epígrafe "1.- Politización de la justicia", primer aspecto: pretensión de interferir en la decisión del juez, p. 47.

Reglamento de la Cámara⁸⁶. Ampliación y pretensión de imposición que tuvieron lugar por Autos de fechas de 24 de abril y 20 de marzo⁸⁷, ambos, de 2004, dictados en ejecución de la Sentencia mencionada

En algunos casos también puede ser ejemplo de esta acción de lo judicial al campo de la política la de adelantar o retrasar decisiones judiciales para que tenga lugar o para que se evite un efecto político determinado. En otros puede ser ejercicio de prudencia para no producir perturbaciones innecesarias. En la línea de producir efectos políticos perniciosos, entendemos que podría incurrir el TSJPV si, como está dando la impresión, prorroga la decisión del proceso iniciado al Lehendakari⁸⁸, sobre todo después de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo rechazando admitir la absurda querrela de Manos Limpias contra el Presidente del Gobierno del Estado. Sólo a modo de ejemplo, y probablemente como decisión dictada por la prudencia, puede aducirse también aquí el aplazamiento acordado por el Tribunal Supremo hasta 18 de enero de 2007 para dictar sentencia sobre el carácter terrorista o no de las organizaciones Jarrai, Haika y Segi de Batasuna⁸⁹.

6. OBSERVACIONES FINALES SOBRE POLITIZACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN

Dicho cuanto precede sobre independencia, imparcialidad, politización y judicialización, estoy muy de acuerdo en que estas dos últimas “etiquetas”, referidas a los órganos judiciales, pueden estar originadas, a veces, por la aplicación incompetente de un mismo criterio a situaciones realmente diferentes y que, como tales, han recibido solución distinta por el órgano judicial

⁸⁶ En mi opinión, el art. 24.2 es la norma que faculta únicamente al Presidente de la Cámara para interpretar el Reglamento en caso de duda o supliendo las omisiones, con la aprobación de la Mesa y de la Junta de Portavoces, cuando se proponga dictar una resolución de carácter general, como era preciso en este caso, en el que el Reglamento no tiene ninguna previsión sobre supresión de Grupos Parlamentarios.

⁸⁷ Vid. Gaminde, Angel, y Mariscal, J. Gabriel.- Parlamento Vasco y Tribunales.-Artículo publicado, sin indicar los autores, como separata de la revista Réplica y Dúplica, Año V, nº 42, Segundo trimestre de 2004.- La corrección del anonimato se halla en la misma revista, Año V, nº 43, Tercer trimestre de 2004, p. 18.

⁸⁸DEIA, 8 de diciembre de 2006, p. 30; La Vanguardia, 8 de diciembre de 2006, p. 11; El Correo, 9 de diciembre de 2006, p. 20; DEIA, 9 de diciembre de 2006, p.27.

⁸⁹La Vanguardia, 22 de noviembre de 2006, p. 23.

correspondiente. También estoy de acuerdo obviamente con el hecho de que, en ocasiones, se refieren a situaciones “patológicas”⁹⁰, siempre que esta calificación no se utilice en el sentido de “excepcionalísimas”. Me temo que se están dando situaciones “patológicas”, si no con demasiada frecuencia –desde hace cinco o seis años casi a diario–, por lo menos con una resonancia clamorosa que silencia lo que funciona bien –probablemente una mayoría del estamento judicial– y arroja una sombra de sospecha espesa sobre todo el sistema.

Deseo también aclarar que hay algunas cuestiones apuntadas a lo largo de este trabajo acerca de las cuales entiendo que reducirse a la mera acusación de politización es un tópico que aporta muy poco o no aporta nada, y me parece de interés hacer algunas observaciones sobre la existencia o no de debate en torno a las mismas. Me refiero, desde luego, no a debate en foros especializados, sino a *debate público en prensa, radio y televisión principalmente*.

Una primera cuestión es la exigibilidad de un perfil moral del juez y la participación social en su definición. Creo que discusiones sobre ello –si no se limitan a “hacer ruido”– deberían aportar luces y sugerencias abundantes en torno a determinados aspectos de ese perfil. Y no me parece cierto que, al margen de hablarse de “politizaciones”, no haya habido alguna preocupación por el perfil moral del juez. Tal vez sea una excepción, pero puedo citar bastantes artículos míos sobre el tema; algunos de tiempos casi “remotos”⁹¹. Naturalmente yo no tengo ningún mérito especial, lo que, en buenos principios intelectuales, no debería ser obstáculo para examinar mi doctrina y mis argumentos, máxime teniendo en

⁹⁰Ibarra, Juan Luis.- “Ética y Justicia en el País Vasco. Juzgar en tiempos turbulentos”, p. 5. Conferencia pronunciada en la sociedad El Sitio, de Bilbao, el 18 de diciembre de 2000. Publicada en La Tribuna de “El Sitio”: 125 años de expresión libre en Bilbao (1.875-2.000)”, Ansoain (Navarra), 2001. pp. 695/729. Cedita por cortesía del propio autor. De hecho partes importantes del trabajo que el lector tiene ante su vista, se incluían en una carta mía al Ilmo. Sr. Ibarra, comentando esta conferencia. Mis citas son del ejemplar mecanografiado cedido por el autor.

⁹¹ Imagen del Juez y Acceso a la Judicatura (DEIA, 21.11.87, p. 10); Los Jueces, Problema Pendiente (I) (DEIA, 26 de octubre de 1995, p. 15-16); Los Jueces, Problema Pendiente (II) (DEIA, 27 de octubre de 1995, p. 16); Los Jueces, Problema Pendiente (y III) (DEIA, 28 de octubre de 1995, p. 14); ¿Qué Jueces Queremos? (DEIA, 21 de mayo de 1996, p. P. 16). Hay bastantes más, pero creo que sobran como ejemplo de preocupación por el tema. De todos modos, los tengo a disposición del curioso lector.

cuenta que soy un abogado ejerciente con normalidad desde hace más de cuarenta años, en los que he disfrutado no poco de la justicia y he padecido algunos de sus defectos. Sin pretensión de nada, tal circunstancia me parece apuntalar, en principio, una autoridad excepcional, muy superior a la de ciertos catedráticos y jueces mucho menos experimentados.

Sobre la necesidad de fiscalización de la conducta del juez, es decir, sobre la exigencia de responsabilidad y no sólo de la “depuración técnica de las formas de control jurídico sobre la arbitrariedad judicial”⁹², también me he ocupado con cierta frecuencia. Es claro que “la justicia emana del pueblo” y que los jueces deben ser “responsables” (CE, art. 117.1). Pero ha de tenerse en cuenta que, como todas las tareas de *exigir responsabilidad a otros*, es ésta una cuestión sumamente delicada y dejo otras consideraciones para el apartado de conclusiones de este trabajo.

Debo decir también que no creo que pueda afirmarse con carácter general que estas dos cuestiones hayan sido, de verdad y a fondo, parte del debate público en ningún momento, como asegura Ibarra⁹³. Menos que en ninguno, durante la transición política. Y menos aún dentro del ámbito estrictamente político de ese supuesto debate público. Puede haber habido, y seguir habiendo, jueces que se hayan comportado con criterios nuevos. Hay, sin duda, algunos trabajos intelectuales estimables. También se han tocado algunos de estos temas –los menos comprometedores– en Congresos de Partidos y de Asociaciones judiciales menos conservadoras. Es cierto también que algunos francotiradores, más o menos periodísticos, hayamos enfrentado la cuestión, como es mi caso, según acabo de exponer en los dos párrafos precedentes. Pero esto, además del peligro de subjetividad, y en algún caso de frivolidad, que encierra, ni permite decir que ha habido un debate, ni sirve evidentemente para abordar una cuestión de la envergadura que supone crear una estructura judicial moderna, eficaz y solvente, es decir, competente, responsable y bien afincada en la legitimación que supone “proceder del pueblo” (CE, art. 117.1).

⁹² Ibarra, Juan Luis.- Ob. cit. p. 6.

⁹³ Ibarra, Juan Luis.- Ob. cit., p. 6, párrafo cuarto.

Me refiero naturalmente a la estructura básica, a lo referente a ámbitos jurisdiccionales, reclutamiento de jueces, su responsabilidad y garantías, a la competencia y los límites de la jurisdicción en relación con la competencia de los demás Poderes.

Lo que se dice, se escribe y se oye, se limita a repetir, por lo general, con matices de modernización más bien superficial, tópicos que se aceptan desde siempre, y no se sabe por qué, a no ser por rutina y desidia o por intereses de grupo menos confesables, así como aceptaciones de la situación existente con una beatería laudatoria y un temor reverencial indignos de una sociedad democrática. Un ejemplo de esto es la, a mi juicio, falsedad ya aludida de que las decisiones judiciales tienen como único remedio los recursos, siempre, cualquiera que sea su contenido y frente a cualquier institución, mientras que se pasa sobre ascuas en tema tan delicado como son ciertos conflictos jurisdiccionales y la responsabilidad civil y penal del juez, cuando no se dice estúpidamente que se respetan siempre las resoluciones de los jueces. Tal vez parezca un juicio muy duro. Creo que el examen detallado de los textos legales vigentes daría lugar a una opinión mucho más severa: como era de esperar y como seguramente es lo normal y hasta lo políticamente no diré correcto, pero sí acertado, los puntos cruciales de todas estas conductas están inspirados por el temor de crear incomodidad o rechazo de los estamentos afectados. De aquí que, en realidad, no habiendo debate real, tampoco haya habido ninguna reforma realmente digna de tal nombre. La estructura judicial, no digo este juez o aquél, sigue, en lo fundamental, como estaba en tiempos anteriores. No ya en los de la Dictadura, sino incluso con anterioridad. Me parece una estructura anacrónica, alejada de la ciudadanía, (sin que esto quiera decir que no deba ser independiente, pero independiente no de los ciudadanos, sino de los demás Poderes del Estado), en ocasiones poco eficaz y en ciertos momentos positivamente peligrosa.

Añadiré que, a pesar, de todo y de lo que, a veces, parecen creer los jueces –me parece que no lo creen, pero que tienen interés en hacerlo ver así–, la judicatura es profundamente respetada para gran número de ciudadanos, sobre todo si no han tenido relación directa con ella, porque, ante tanta corrupción, abusos, fres-

cura y falta de respeto al interés general por parte de toda clase de estamentos, sienten necesidad de creer en una instancia razonablemente afincada en el terreno de la honradez. Y esa instancia es, para muchos de ellos, la justicia. Quizá, por ello, tenga razón, quien afirma “que el contexto social favorecía una sobreactuación jurisdiccional del imaginario político democrático”⁹⁴.

En efecto, en nuestra democracia el contexto social ha visto el sobredimensionamiento de la actuación judicial como tutela democrática y como aplicación de los principios democráticos a la realidad. Pero ello no modifica el hecho de que, para mí, ese sobredimensionamiento, como cualquier exageración en campos delicados de la convivencia, sea un error peligroso, que no se justifica por el hecho de que el texto constitucional acoja “una carta de derechos fundamentales y libertades públicas de simultánea naturaleza ética y jurídica”⁹⁵. Y no se justifica, porque, como añade el mismo autor, la propia Constitución se encarga de imponer a todos los Poderes públicos –no sólo al Judicial– la obligación de respetar el Derecho y la obligación de promover las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean un hecho (CE, art. 9). Yo no veo, por tanto, ninguna cobertura jurídica ni política para una intervención más acusada de los jueces en este campo que la estrictamente autorizada por el derecho vigente, ni más exigible que la que debe exigirse a los demás poderes del Estado.

Finalmente no debemos olvidar que los jueces, al igual que los políticos, no son marcianos ni habitantes de otro planeta; son nuestros hijos e hijas, nuestros hermanos y hermanas, nuestros padres y madres. Reflejan, pues, también el contexto social en que vivimos y que nos constituye. Si, pues, hay tanta frescura, corrupción y falta de respeto al interés público en el ámbito social y político, no hay fundamento alguna razonable para suponer que la magistratura sea algo muy diferente. Forzoso es concluir que ha de estar afectada por proporciones semejantes de frescura, corrupción y escaso interés por la cosa pública. Los jueces no son, por supuesto, peores que los demás, pero tampoco mejores, como, a juzgar por muchas manifestaciones

⁹⁴ Ibarra, Juan Luis.- Ob. cit. p. 6, párrafo séptimo

⁹⁵ Ob. cit., p. 6, último párrafo.

suyas y de otros inconscientes, se nos quiere hacer creer a los ciudadanos. Pensar y vivir otra cosa es soñar, y soñar peligrosamente, aun cuando la ciudadanía tal vez sueñe a veces.

7. CONCLUSIONES

Después de esta prolongada reflexión me parece imprescindible concretar su contenido en algunas proposiciones que espero no sean excesivamente largas, empezando por recordar que me estoy refiriendo solamente al enjuiciamiento de asuntos de gran relevancia política, social, económica y financiera, en algunos casos, religiosa, y otros de envergadura.

1.- Ante todo es claro que en este tipo de asuntos se pueden dar, y se dan, con cierta facilidad conflictos, reales o ficticios pero interesados, manifiestos o solapados, entre los tres pilares del Estado Democrático: las representaciones populares, los gobiernos y los jueces. La necesidad y el interés público de mantener la separación sin merma de la coordinación de todos estos “poderes” me hace concluir tres cosas.

La primera que es necesario delimitar mejor constitucional o legalmente, según los casos, el ámbito de las respectivas competencias. Precizando mejor, p.e., el sentido de la inviolabilidad, extendiendo la inmunidad a los miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, porque son también “Estado”, si es que realmente creemos en el acierto constitucional del llamado Estado de las Autonomías, y situando claramente en las respectivas Asambleas la facultad de decidir cuándo ampara la inviolabilidad y cuándo no a cualesquiera representantes populares; suprimiendo el artículo 3-a de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en todo lo que se refiere al Congreso de los Diputados, al Senado y a las Asambleas Legislativas Autonómicas, porque puede ser un verdadero pretexto para justificar la injerencia indebida de los jueces en el ámbito del Legislativo; aclarando los límites constitucionales y legales de la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Es decir, que se requiere prevenir y, en lo posible evitar, los conflictos aludidos.

La segunda es que debe regularse la preferencia absoluta de la gestión política, no judicial, de los conflictos que puedan surgir en el ámbito de las relaciones entre estas Instituciones.

La tercera y última que no basta una Ley de Conflictos Jurisdiccionales; hay que prever una fórmula procesal adecuada para arbitrar la solución a toda clase de conflictos institucionales, cuando todo el esfuerzo de la gestión política se demostrare manifiestamente insuficiente.

2.- Si convenimos en que la estructura de la Judicatura como “carrera”, la condición de funcionarios y consiguiente jerarquización de sus miembros, la responsabilidad disciplinaria y las asociaciones judiciales son un obstáculo grave para la independencia del juez, el interés de todos, jueces, gobiernos, políticos y ciudadanos exige que todo ello se elimine, haciendo que el juez sea lo que realmente debe ser: nada más y nada menos que una autoridad.

Esto lleva consigo la contrapartida, tan constitucional como evidentemente necesaria, de que es preciso convertir en realidad práctica la responsabilidad civil y penal del juez frente al ciudadano. Otra cosa nos dejaría una judicatura omnipotente, como ya lo es hoy prácticamente frente a la ciudadanía, ante la cual se presenta, irreal e injustamente, pero con gran eficacia, como impoluta, infalible e impune. Una judicatura carente de contrapesos y tendente, como todo lo humano, a la autosatisfacción y a la ceguera para sus propios defectos y errores, constituye una fuente de arbitrariedad y de despotismo sumamente peligrosa para todo el Estado.

3.- Respecto de la relación de los medios con la justicia, deben ser, sin duda, libres para informar y opinar, dada la importancia que tienen en un sistema democrático; pero deben informar bien y opinar eludiendo lo que sea claramente insulto. Son la fuente principal de la formación de la opinión pública, igualmente básica en democracia. Deben, pues, esforzarse por no deformarla. En particular, y ya que estamos reflexionando sobre los jueces, es de interés que se haga una pedagogía informativa seria sobre lo que es la función de enjuiciar, sobre la posición del juez en ella y sobre las influencias inevitables y legítimas de la personalidad del juez en su tarea.

Creo, con todo, que se trata de un campo muy lábil en cuanto a sus fronteras y, aun no siendo particularmente enemigo de una ley de prensa, no me parece fácil hacer regulaciones en la materia. Decir qué es informar bien y qué informar mal, qué es y qué no es deformar, distorsionar, manipular, qué es y qué no es insultar, puede ofrecer, salvo para casos flagrantes, un abanico de opiniones tan amplio como sea el número de quienes opinan. Sólo el desarrollo de una ciudadanía exigente con sus informadores y la categoría intelectual, moral y cívica de quienes, de un modo u otro, intervenimos en los medios, pueden garantizar un marco aceptable de buena información. Desde la atalaya del ciudadano la respuesta a esta necesidad me parece clara: no facilite fondos a los medios que cree que deforman la realidad, es decir, no los vea, no los oiga, no los compre, al menos habitualmente, porque también hay que informarse de las opiniones que no nos gustan, aun cuando sean distorsiones y manipulaciones de la realidad.

4.- La retribución de los jueces debe ser evidentemente generosa y actualizarse convenientemente, es decir, anualmente por lo menos. Es éste un punto en el que creo, además, necesaria una reflexión sobre los efectos de lo que se viene llamando extensión del ámbito del derecho, para examinar si estamos ya, o todavía no, en esa situación entre nosotros y, en caso afirmativo, prever los efectos de retribuciones muy superiores de juristas que trabajamos en el campo privado, sobre un eventual éxodo de los miembros de la judicatura o sobre la posible aparición de una alarmante falta de candidatos competentes para ella. Creo que, en este punto, la creación cada vez de más despachos de abogados de gran número de integrantes, de composición pluridisciplinar y de localización plural, así como de consultorías de características semejantes y la arribada de Letrados de otras zonas de la Unión Europea son una pista que debemos tener en cuenta.

5.- Debe quedar claro para todos –políticos, jueces y ciudadanos en general– y debe ser objeto, como acabo de decir, de una pedagogía informativa, que las decisiones judiciales se hallan influenciadas inevitablemente por lo que he llamado “las creencias y las ideas” de cada juez, lo cual hace absolutamente imposible la existencia de una objetividad inmarcesible, de una imparcialidad

angélica. Pero esto significa que, de una parte, hay en el juez un sesgo y una politización que, por inevitables, han de estimarse legítimos, y, por otra, que la legitimidad de la judicatura, si es que la justicia emana realmente del pueblo, sólo será posible cuando su composición se ajuste ideológicamente en mayor medida a la composición ideológica de la población.

6.- Sensatez, experiencia de la vida, respeto a sus conciudadanos, conocimiento de la comunidad de ciudadanos en que va a ejercer su cometido, conciencia viva de la responsabilidad de su función, personalidad recia y competencia profesional son características importantes que deben estar garantizadas en todo juez. Y no teóricamente. No vale suponer que cada candidato las posee. Ha de haberlo demostrado con anterioridad a su acceso al cargo. Es muy claro que, de todas ellas, la selección a través de oposición o concurso y con un tiempo de escuela sólo garantiza la competencia profesional.

7.- Lo indicado en los dos puntos precedentes exige renovar el procedimiento de selección de forma que accedan candidatos de un espectro ideológico más amplio, sin merma del derecho constitucional de cualquier ciudadano a acceder a cargos públicos, y que se garanticen razonablemente las cualidades que debe tener el juez y no únicamente su competencia profesional. Evidentemente no se puede ser juez a los veintiséis o veintisiete años, según hemos expuesto.

8.- Lo que propongo es, pues, principalmente una modificación de la regulación de aspectos importantes de la relación entre las Instituciones básicas del Estado y una reestructuración de la judicatura en puntos de gran trascendencia, como son la supresión de toda idea funcionarial y jerárquica, para instaurar el *status* único de autoridad que debe tener el juez, el reclutamiento de los candidatos y la responsabilidad ante el ciudadano en el ejercicio del cargo. Pues bien, esto me lleva a hacer algunas reflexiones más.

Modificaciones de este calado no se pueden elaborar, y menos poner en práctica, de prisa, sin sentido del interés común, sin conciencia de estar actuando para toda la ciudadanía ni volun-

tad de obrar en consecuencia, sin lealtad y honestidad, sin pensar, sin reflexión ni debate, como es obvio. No se trata de hacer de los jueces una excepción sin fundamento; esta actitud es imprescindible a la hora de concebir y regular el reclutamiento y la responsabilidad de las personas que acceden a cualquier cargo de responsabilidad público o privado. En el caso de los jueces, porque, p.e., ni se puede admitir la impunidad que ampara hoy en la práctica su situación profesional, ni se puede dejar al juez en manos del rencor de quienes no han conseguido en un procedimiento judicial sus propósitos, sean económicos, sociales, políticos o de la naturaleza que se desee. A primera vista la solución factible parece sencilla⁹⁶. Sin embargo, a la hora de plasmarla en términos de normativa concreta habrá que estimular el cerebro para ver alguna luz que merezca la pena en este asunto; que suponga garantía para el ciudadano, para el sistema y, desde luego, también para el juez. Como digo, cualquier regulación de este tipo, me parece, en verdad, un asunto tan crucial, como difícil. Mientras no apliquemos alguna fórmula eficaz y equilibrada –hoy inexistente, a mi entender– para resolver el problema de la independencia y de las garantías personales del juez unido todo ello al de su responsabilidad ante la ciudadanía, el sistema judicial estará en situación inestable con grave perjuicio del Estado Democrático de Derecho Y esto es sólo un aspecto de la necesaria reforma. Otros, como el la retribución de los magistrados o el del procedimiento y condiciones de selección de los candidatos, son tan candentes y complejos, o más que éste.

En resumen, se propone una tarea que desborda los intereses partidistas, electorales, y no digamos otros intereses menos confesables, pero que se presta a suscitar toda clase de tensiones de esa clase. Pese a ello es necesario enfrentarla, porque lo exigen la salud del sistema democrático, las garantías jurídicas de la ciudadanía, y la dignidad y el prestigio de la magistratura.

José Gabriel de Mariscal⁹⁷

⁹⁶ Vid. Mariscal, J. Gabriel de.- La Responsabilidad de los Jueces.- DEIA, 23.06.06.p. 26.

⁹⁷ Abogado Vocal de la Junta Directiva de la AVD-ZEA. Ex-vocal de la Comisión Arbitral.

BIBLIOGRAFÍA

I.- CLÁSICOS

Cicerón, Marco Tulio.- *De Senectute*

Cornelio Nepote.- *Liber de Excellentibus Ducibus Exterarum Gentium*

López de Ayala, Canciller D. Pero.- *Rimado de Palacio* (Castalia, Madrid 1987),

II.- OBRAS Y OTROS TRABAJOS JURÍDICOS

Andrés Ibáñez, Perfecto, y Movilla Alvarez, Claudio.- *El Poder Judicial*. Tecnos, Madrid 1986.

Ferrara, Francesco (padre).- *Potere del Legislatore e Funzione del Giudice*, en *Scritti Giuridici*, I, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1954

Gaminde, Angel, y Mariscal, J. Gabriel.- *Parlamento Vasco y Tribunales*.-Artículo publicado, sin indicar los autores, como separata de la revista Réplica y Dúplica, Año V, nº 42, Segundo trimestre de 2004.- La corrección del anonimato se halla en la misma revista, Año V, nº 43, Tercer trimestre de 2004, p. 18.

Garzón, Baltasar.- *Prólogo para Juristas*. En Navarro, Joaquín, *Manos sucias*

Greilsamer, Laurent, et Schneidermann, Daniel.- *Les Juges parlent*. **Pierre Bézard**, Président de la chambre commerciale de la Cour de Cassation del Tribunal de Casación, y **Édith Boizette**, Premier Juge d'Instruction à Paris-. Fayard, 1992

Hans Kelsen.- *Reine Rechtslehre*, Verlag Franz Deutcke Wien, Zweite Auflage, Unveränderter Nachdruck, Wien, 1976.

Ibarra, Juan Luis.- *“Ética y Justicia en el País Vasco. Juzgar en tiempos turbulentos”*. Conferencia pronunciada en la sociedad El Sitio, de Bilbao, el 18 de diciembre de 2000. Publicada en “La Tribuna de “El Sitio”: 125 años de expresión libre en Bilbao (1.875-2.000)”, Ansoain (Navarra), 2001. pp. 695-729. Cedita por cortesía del propio autor.

Mariscal, José Gabriel de.

- *La Responsabilidad de los Jueces*, DEIA, 23 de junio de 2006, p. 26.

- *Los Jueces, Problema Pendiente (I)*. DEIA, 26.10.95. pp. 15-16.

- *Jueces y legitimidad democrática*, DEIA, 17 de noviembre de 2004, p. 24.

Navarro, Joaquín.- *Manos Sucias.*- Ediciones Temas de Hoy, S. A, Madrid 1995

Quintero Olivares, Gonzalo.- *La Justicia Penal en España*, p. 31, Aranzadi, S.A., Pamplona, 1998

III.- OBRAS DE FILOSOFÍA

Ortega y Gasset, José.- *Ideas y Creencias*, en O. C. vol. V, pp. 378-409, principalmente, pp. 384 y 394. Revista de Occidente, Cuarta edición, Madrid 1958.

Stuart Mill, John. - *Representative Government*, J. M. Dent&Sohns Ltd, London, last reprinted 1976

UNA FACETA MENOS CONOCIDA DE JESÚS DE GALÍNDEZ: EL GALÍNDEZ ESTUDIOSO DEL DERECHO VASCO¹

1. INTRODUCCIÓN

Jaun-andreok, arratsalde on guztioi eta eskerrik asko zuek egingadako gonbidapenagatik. Eta benetan esan behar dizuet Jesús de Galíndezi egiten zaion omenaldian parte hartzea ohore eta poz handia dela niretzat. Señoras y Señores, buenas tardes a todos. Para mi, participar en el homenaje que se le rinde a Jesús de Galíndez es un honor y un gran placer. Reitero una vez más mi agradecimiento a los organizadores de estos actos por haberme invitado a los mismos, me congratulo de su feliz iniciativa de homenajear a un gran hombre como Jesús de Galíndez y, naturalmente, les agradezco a todos ustedes su amabilidad por haber venido a escucharme hoy aquí.

Como ya saben, este año 2006 celebramos un triste aniversario, el de la desaparición de Jesús Galíndez en Nueva York, en el mes de marzo de 1956. Son, como dice el lema de los actos de homenaje en su memoria, “50 años de ausencia”, una ausencia que nos embarga de tristeza pero que en ningún caso puede supo-

¹ Conferencia pronunciada en el marco de los actos de homenaje a Jesús de Galíndez, en el cincuenta aniversario de su desaparición. Amurrio, 25 de mayo de 2006.

ner el olvido. Por eso, me satisface especialmente poder tomar parte en los actos de homenaje a su memoria y aportar mi pequeño “granito de arena” en la merecida causa de la recuperación de su memoria y de su obra.

Seguramente muchos de ustedes conocen los aspectos más relevantes de su vida que han sido tratados profusamente en artículos, libros, documentales, películas, etc. Durante estos días se ha hablado y se volverá a hablar mucho de ellos. Sin embargo, hay un aspecto de la personalidad de Jesús de Galíndez menos conocido por el público en general y que creo que debería ser resaltado de un modo especial: su faceta como estudioso del Derecho en general y del Derecho Vasco en particular. En una conferencia acerca de Galíndez y la República Dominicana, impartida por el Dr. Bernardo Vega, el pasado 27 de septiembre de 2005, organizada en su honor por el Instituto de Estudios Vascos de la Universidad de Deusto, que tengo el honor de dirigir, conjuntamente con la Fundación Sabino Arana y con el patrocinio de la Embajada de la República Dominicana en España, ya tuve ocasión de reivindicar brevemente en público el relevante lugar que Galíndez ocupa en el estudio y difusión del derecho vasco. Mi intención hoy aquí es profundizar en este aspecto de su vida, menos conocido por el público en general.

La obra de Galíndez se inscribe en el círculo de destacados estudiosos del derecho vasco que desempeñaron importantes cometidos en el servicio a nuestro Pueblo. Me estoy refiriendo por ejemplo, al Lehendakari José Antonio Aguirre, con su obra *Las Constituciones Vascas. Aparición y desarrollo de los Códigos Nacionales*, o al Lehendakari Jesús M^a de Leizaola, con su libro *Contribución de los vascos a la formación y a la ciencia del Derecho*, o a D. Manuel de Irujo con su libro *Instituciones Jurídicas Vascas*. Pues bien, en algunas de sus obras a las que hoy me referiré, Galíndez hizo una importantísima aportación al estudio del Derecho Vasco, que hoy quiero destacar. Pero su sensibilidad jurídica no se detuvo aquí; su sentido de la justicia, su lucha por el respeto a los derechos humanos, su valiente apuesta por la libertad, estuvieron presentes a lo largo de toda su vida. Siempre mostró una especial sensibilidad en este campo y la demostró con hechos: destacó por su labor humani-

taria como Letrado asesor de la Dirección General de Prisiones, al lado de otro gran jurista, también nacionalista vasco, D. Manuel de Irujo, que fue Ministro de Justicia de la II República española. Esta preocupación por la libertad, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la búsqueda de la justicia y la lucha por un auténtico Estado de Derecho, estuvieron presentes a lo largo de toda su vida, a ellas se dedicó en cuerpo y alma y pagó el mayor precio que se puede pagar en este mundo, porque entregó su vida por ellas. Por eso, en este año 2006, en el año declarado de la “Memoria Histórica”, cuando se cumplen 50 años de su desaparición, como jurista y como vasco, me produce una especial satisfacción que actos como el de hoy sirvan para desagrar su memoria y para rendirle el homenaje que merece.

2. JESÚS DE GALÍNDEZ, UN JURISTA “DE CUERPO ENTERO”

La azarosa vida de Galíndez, casi novelesca en algunas facetas, es relativamente conocida, pero hay una faceta, de la que me ocuparé a continuación, mucho menos conocida: me refiero a su condición de jurista, de “jurista de cuerpo entero”, podríamos decir y a su aportación al estudio y la difusión del Derecho. Jesús de Galíndez empezó a estudiar desde muy joven todo lo relativo al derecho de su Pueblo, el Derecho Vasco. Nacido en Madrid, pero originario de Amurrio, bien pronto dedicó a la tierra de sus ancestros, sus primeros estudios jurídicos. Estudió la carrera de Derecho en la Universidad Central de Madrid y ya desde su época de estudiante, empezó a escribir sobre el derecho de su tierra. En 1933, publicó en Madrid, su obra *La Muy Noble y Muy Leal Tierra de Ayala y su Fuero*. Un año más tarde, en 1934, apareció publicada en Bilbao *La legislación penal en Vizcaya*. En febrero de 1935 pronunció una célebre conferencia en el Hogar Vasco de Madrid, titulada *Fantasía y realidad en torno a las Juntas Vascas*, publicada ese mismo año en Bilbao. Se licenció en Derecho en 1936 y fue ayudante en la cátedra de Derecho Civil de dicha Universidad, de la que era responsable el Profesor Felipe Sánchez Román.

Durante la guerra civil, encontramos a Galíndez como Agregado Jurídico y encargado de la Sección de Presos y

Desaparecidos del Comité-Delegación del Partido Nacionalista Vasco en Madrid, preocupado por proteger a los vascos que residían allí. Su labor humanitaria en favor de todo tipo de presos, en unas circunstancias tan difíciles, desde su puesto como Letrado Asesor de la Dirección General de Prisiones, al lado de D. Manuel de Irujo, que había sido nombrado Ministro de Justicia de la II República, ha sido unánimemente reconocida. Tras la victoria franquista, Galíndez, como tantos otros, hubo de exiliarse y acabó recalando en la República Dominicana, donde fue nombrado por el Lehendakari Aguirre responsable de la Delegación del Gobierno Vasco en aquel país. Profesor de Ciencia Jurídica en la Escuela de Derecho Diplomático y Consular de la República Dominicana, fue nombrado también Secretario del Instituto de Legislación Americana Comparada de la Universidad de Santo Domingo e incluso llegó a ser Asesor Legal del Departamento de Trabajo y Economía del Gobierno dominicano. De esta época son sus obras *Los problemas actuales del matrimonio y el divorcio ante los conflictos de leyes* (Buenos Aires, 1942), la célebre *La aportación vasca al Derecho Internacional* (Buenos Aires, 1942) y las tituladas *Programa de elementos de ciencia jurídica* (Ciudad Trujillo, 1945) y *Principales conflictos de leyes en la América actual* (Buenos Aires, 1946).

A principios de 1946 abandonó la República Dominicana, dirigida con mano de hierro por el dictador Leónidas Trujillo y se instaló en Nueva York, donde, una vez más, sirvió en la Delegación del Gobierno Vasco en aquella ciudad, por indicación del Lehendakari Aguirre. Durante esta etapa, su producción jurídica abarca varios trabajos como, por ejemplo, la comunicación *Raíces vascas en la doctrina del P. Vitoria*, que envió al I Congreso Vitoriano, celebrado en Buenos Aires (1946). Un año más tarde, en 1947, publicó también en Buenos Aires la que, sin duda, es su obra más conocida e importante: *El Derecho Vasco*. En 1948, en el marco del Congreso Internacional de Estudios Vascos, celebrado en París, destacan trabajos suyos como los titulados *Valor de los Fueros Vascos considerados según las circunstancias históricas y Semejanza entre los Fueros de Vizcaya y Ayala*. En 1949, apareció en México su obra *El divorcio en el derecho comparado de América*. En 1951, destaca su texto *Protección de algunos derechos humanos en documentos constitucionales vascos, especial-*

mente en los siglos XV y XVI, que envió como comunicación a la Conferencia de la International Bar Association, celebrada en Londres. Nombrado Profesor de Derecho Público Hispanoamericano y de Historia de la Civilización Iberoamericana en la Universidad de Columbia, publicó en México en 1952 su estudio *La inestabilidad constitucional en el derecho comparado de Latinoamérica*. A lo largo de toda esta época, escribió también gran cantidad de artículos y pronunció muchas conferencias sobre todos estos temas a los que me acabo de referir.

Sus estudios sobre política, historia, filosofía, etc. fueron también muy destacados. Entre ellos, y aunque no versen específicamente sobre asuntos jurídicos, citaré tres, especialmente importantes porque, sobre todo los dos últimos, tuvieron una relación directa con su posterior secuestro y “desaparición”, dada la profunda repercusión que tuvieron, granjeándole la animadversión y el odio del dictador dominicano Trujillo. Se trata de *Nueva Fórmula de Autodeterminación política de Puerto Rico* (México, 1935), *Iberoamérica. Su evolución política, socio-económica, cultural e internacional* (Nueva York, 1954), y especialmente su tesis doctoral en Filosofía en la Universidad de Columbia *La era de Trujillo: un estudio casuístico de dictadura hispanoamericana*, que no pudo defender personalmente, pues la larga mano del dictador se encargó de silenciar su voz para siempre. En marzo de 1956 tuvo lugar su “desaparición” en Nueva York, de la que este año se cumplen, precisamente, cincuenta años. Su tesis fue publicada ese mismo año en Santiago de Chile y en 1957, se publicó en Buenos Aires otra obra póstuma, dedicada precisamente a su Tierra, *La Tierra de Ayala y su Fuero*, la tierra donde él quería que reposasen sus restos, en la finca familiar de Amurrio, junto al chopo, en lo alto de la colina, desde donde se divisan las montañas de su querida Ayala, a solas con su tierra y su lluvia. Por eso, me he emocionado al ver el monolito que se ha levantado en su memoria, y aunque la crueldad humana haya impedido que sus restos mortales reposen allí como era su deseo, el alma de Galíndez, siempre estará unida a ella.

Pero no nos quedemos sólo en una triste evocación de su figura, rindámosle un merecido homenaje difundiendo sus ideas y sus conocimientos sobre el derecho, como a él le hubiera gustado, como

buen profesor que era. Por eso, es para mi un honor y un placer exponerles brevemente sus ideas sobre el derecho en dos ámbitos, empezando por sus ideas sobre el Derecho de su querida Ayala y continuando con las características generales del Derecho vasco.

3. DESCRIPCIÓN DEL DERECHO DE AYALA

Galíndez se preocupó específicamente de divulgar el Derecho de su querida Ayala en numerosas publicaciones, entre las que destaca su obra *La Tierra de Ayala y su Fuero*. En ella describe tanto el derecho público como el derecho privado vigente en Ayala. La Muy Noble y Muy Leal Tierra de Ayala, estuvo integrada por cinco cuadrillas: Lezama, La Sopeña, Amurrio, Llanteno y Okondo (Oquendo) y en estas Cuadrillas se contaban hasta treinta y cinco lugares que, desde la Edad Media y hasta la abolición foral en el siglo XIX, celebraban sus Juntas en el campo de Zaraobe.

Galíndez nos describe el régimen jurídico por el que se regía la Tierra de Ayala que está compuesto en primer lugar, por el Fuero consuetudinario. De 1373 data el denominado *Fuero de Ayala*, promulgado por D. Fernán I Pérez de Ayala. En 1469 se le añadieron nuevos artículos, lo que se conoce generalmente como el *Aumento* de 1469, aprobado y promulgado por García II de Ayala y Herrera, los cinco Alcaldes, y algunos Diputados elegidos por la Junta General de Zaraobe, en la iglesia de Santa María del Cabello, en Quejana. Mediante la Capitulación de 1487, la denominada *Escritura de iguala y avenencia entre la Tierra de Ayala y D. Pedro de Ayala, conde de Salvatierra y Señor de Ayala*, los ayaleses renunciaron a sus antiguas leyes acogándose al derecho castellano que regía en el resto de la Provincia de Álava, reservándose tres normas básicas: la prohibición de la prisión por deudas, el nombramiento de sus cinco Alcaldes (entre ellos un Alcalde Mayor) y la célebre libertad absoluta de testar que procedía del capítulo XXVIII del Fuero Antigo y que, junto al denominado *usufructo poderoso*, aún se mantiene vigente hoy en día (en los artículos 131-145 de la Ley del Parlamento Vasco 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco).

La Tierra de Ayala era un Señorío, dependiente del Señor de Ayala, quien confirmaba y sancionaba las normas aprobadas por las Juntas de la Tierra de Ayala y desempeñaba algunas funciones judiciales, compartidas con los Alcaldes. Pero su órgano fundamental eran las Juntas, que se reunían en el campo de Zaraobe, situado en las afueras de Amurrio, camino de Respaldiza y estaban formadas por los distintos Concejos de la Tierra. Estas Juntas, se reunían una vez al año, el día de San Miguel (29 de septiembre) y eran convocadas mediante el repique de campanas. Las Juntas tenían facultades legislativas (aprobaron Ordenanzas), funciones electivas (ya que elegían los cargos más importantes de la Tierra, que debían responder de su gestión ante ellas, cargos entre los que destacan, en primer lugar, los cinco *Alcaldes* –uno de ellos, *Alcalde Mayor*– que eran también Jueces y junto a ellos elegían también *Diputados-Regidores* para el Gobierno del Territorio, un *Síndico-Procurador General*, representante del mismo, dos *Alcaldes de Hermandad* –jueces cuya competencia se limitaba a los denominados “delitos de Hermandad”–, *Escribanos*, un *Bolsero-Tesorero*, etc) e incluso funciones judiciales (en casos concretos como los crímenes de banderizos, etc.). Todos los que ocupaban estos cargos debían ser vecinos de la Tierra y una vez elegidos, juraban sus cargos en la iglesia de Santa María de Respaldiza, durando su mandato un año.

La Tierra de Ayala se incorporó a la Provincia de Álava en 1463 y formaba parte de la denominada Cuadrilla de Ayala junto al Valle de Llodio, la villa de Artziniega, el Valle de Arrastaria y el Valle de Urkabustaiz. A partir de la derogación foral, en el siglo XIX, la Tierra de Ayala se desgajó en varios municipios, creándose los municipios de Amurrio, Ayala, Lezama y Okondo. Los cuatro pueblos de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti, que habían pertenecido a la Tierra de Ayala, fueron incorporados a la villa de Artziniega, pero aún sigue rigiendo en ellos el Fuero de Ayala. Por su parte, ya en el siglo XX, los antiguos municipios de Lezama y Arrastaria se integraron en el Ayuntamiento de Amurrio. Hoy en día, la Cuadrilla de Ayala, se compone de cinco municipios, Amurrio, Artziniega, Ayala, Llodio y Okondo (Oquendo).

4. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO VASCO

Otra de los temas a los que Galíndez dedicó gran parte de sus esfuerzos fue el estudio del Derecho Vasco. Al hablar de “Derecho Vasco”, inmediatamente identificamos la expresión con la de “Fueros Vascos”. Galíndez explicó muy bien en su obra *El Derecho Vasco*, en qué consiste este término. “Fuero” –dice– viene a significar en castellano, privilegio, franquicia o exención que se concede a una determinada localidad o población. Sin embargo, en el Derecho Vasco, el *Fuero* no es un privilegio, ni una exención, sino que es la norma general. Nuestros *Fueros* son la recopilación de costumbres y leyes generales aplicables en todo el Territorio y a todos sus habitantes, no privilegios concedidos por un Señor feudal, y constituyen la fuente fundamental de la organización jurídica de la que los vascos hemos gozado durante siglos. Los *Fueros Vascos* fueron esencialmente consuetudinarios y sólo a partir de los siglos XIII y XIV se empezaron a recoger por escrito. De hecho, los primeros documentos jurídicos escritos que empiezan a aparecer en nuestra tierra son aquellos que fijan los derechos del Señor al acceder al poder dinastías extranjeras, el derecho penal (al que Galíndez dedicó sus primeros estudios, como el contenido en su obra *La Legislación Penal en Vizcaya*, publicado en 1934) y sólo posteriormente las costumbres relativas a la vida civil.

En su obra *El Derecho Vasco*, Galíndez realizó una excelente síntesis de cuáles eran las características del Derecho Vasco y enumeró las –a su juicio– cinco más importantes:

a) *Autonomía orgánica*: Existía una gran descentralización en la organización político-administrativa vasca en cada uno de sus niveles (por territorios, municipios, barrios, cofradías, etc.), de tal manera que cada organismo era libre en su esfera propia y todos eran iguales en su escala: los municipios entre sí y los Territorios entre sí. Así, cada Territorio o Región vasca conservó plenamente su personalidad política y jurídica y, dentro de cada Territorio o Región, también los municipios la conservaron igualmente.

b) *Democracia*: La democracia vasca no se fundaba en el individuo sino en la familia, en el caserío. No votaban las personas sino los cabezas de familia (*etxeko jaunak*) que representaban a la casa y tenían responsabilidad en la vida colectiva, pues eran ellos los que delegaban sus poderes en las Asambleas Locales, que a su vez delegaban los suyos en las Juntas Generales, que eran las encargadas de elegir a las Diputaciones, que eran controladas por aquellas al finalizar su mandato, a través del “juicio de residencia”. En opinión de Galíndez, la soberanía residía finalmente en el Pueblo, existiendo una cierta división de poderes (el legislativo, residenciado en las Juntas Generales; el ejecutivo, a través de Diputados y Síndicos y el judicial, a través de Alcaldes y también de Jueces, Tribunales y Oficiales nombrados por el Señor) y garantizándose especialmente los derechos individuales, por lo que podría decirse que el sistema vasco constituía una genuina forma de democracia.

c) *Amplio juego de la costumbre*: El derecho vasco es en origen, esencialmente consuetudinario y sólo posteriormente se codifica. De tal manera que, cuando en el siglo XIV las dinastías se adueñan de nuestros Reinos y Señoríos, se codifica el Derecho, pues determinar cuáles son sus atribuciones y los derechos de la generalidad de los ciudadanos es la única garantía contra sus posibles ambiciones. Además, surge el derecho penal escrito porque el Señor es el administrador de la justicia criminal y sólo posteriormente se codifican las costumbres privadas.

d) *El caserío, fundamento del Derecho Vasco*: Galíndez considera al caserío fundamento y célula primaria del edificio político y social vasco, pues es el centro alrededor del cual gira la democracia vasca. Él es quien está representado en las Asambleas locales, que eligen a la otra gran institución fundamental del entramado jurídico vasco: las Juntas Generales. El caserío y sus tierras o “pertenecidos” no son de propiedad individual del que en cada momento sea su titular, sino que son propiedad colectiva de la familia y el cabeza de familia,

el *etxeke-jaun* es, en realidad, un administrador del patrimonio colectivo. El caserío es el centro de la vida familiar, social y política vasca, por ello nuestras instituciones jurídicas velan por que se transmita intacto (pues su parcelación supone su muerte) y porque permanezca en el seno de la familia (Galíndez hace una defensa cerrada de la “troncalidad” como institución primordial para defender la integridad del caserío y equipara su importancia a la que otorga a la libertad de testar o la plena autoridad del “*etxeke jaun*”) y también por ello –dice– a su defensa y conservación se orienta todo el derecho privado vasco. Defiende que estas normas deben aplicarse necesariamente al ámbito rural, aunque es consciente de que en el ámbito urbano, la cosas son distintas y sostiene que pueden aplicarse o no según sean o no útiles para regular el tráfico jurídico urbano y sus necesidades.

e) *Garantías individuales*: Galíndez quiere reivindicar los Fueros Vascos como un tesoro de protección a la dignidad humana y a los derechos fundamentales de la persona, unas garantías (como, por ejemplo, la prohibición de la tortura, la inviolabilidad del domicilio, la prohibición de detención sin mandamiento judicial, las garantías penales del proceso denominado “llamamiento bajo el árbol de Gernika”, etc.) que son pioneras y que incluso anteceden a algunas instituciones universalmente conocidas por su celosa protección de los derechos humanos como, por ejemplo, las garantías de “*habeas corpus*” del derecho anglosajón, etc.

Sin embargo, al hablar de la evolución del Derecho Vasco, Galíndez ya adelantó en su obra algo que otros insignes estudiosos del mismo, como Adrián Celaya, también han sostenido: la idea de que todo este gran patrimonio jurídico vasco, que se fue elaborando trabajosamente en la Edad Media y llegó a su apogeo en los siglos XV y XVI, empieza a declinar lentamente a partir de ese momento hasta que agoniza porque las leyes vascas van siendo minadas poco a poco durante la Edad Moderna. Y después se fosilizó en las Compilaciones, dada la falta de poder legislativo de las instituciones vascas tras la abolición foral, lo que provocó que el derecho vasco

no pudiese ser actualizado, que se produjesen cada vez más lagunas y que se terminase aplicando casi siempre el derecho castellano. Y también reclamó expresamente la necesidad de que el Derecho vasco, legal y consuetudinario, fuese aplicado con escrúpulo y honradez, lo cual sólo se lograría el día que fuesen vascos formados en una Universidad vasca (que reclamó incesantemente), en la que se enseñase el derecho vasco, los que lo aplicasen.

Pero no se detuvo en el lamento por la pérdida de los Fueros Vascos, sino que propuso su evolución y adaptación a los tiempos modernos. Y así, al reivindicar la época foral, no la entendió como la restauración pura y simple de unas instituciones y derechos tal y como eran entendidos antes de la abolición foral, sino que subrayó que lo importante es mantener su esencia. Por eso cuando se reclaman nuestros Fueros, –decía–, no se trata de encerrarnos en un tradicionalismo rutinario y decadente, sino de reivindicar la soberanía de las Juntas y del Pueblo que los crearon, de volver a la gozar de la libertad de la que gozaban los vascos en aquellos tiempos. Se trata de asentarnos firmemente en la tradición, en las bases inmovibles de nuestros antepasados, pero adaptándolas a los nuevos tiempos y recogiendo en nuestra futura legislación cuantas enseñanzas nos ofrezca la experiencia de otros países.

5. CONCLUSIÓN

Es hora ya de concluir mi conferencia, en la que ha tratado de evocar la figura de Jesús de Galíndez, desde la óptica de su pensamiento jurídico. A lo largo de estos minutos, he querido rendir un homenaje a su memoria, dando a conocer algunas ideas de su rico pensamiento jurídico, que siguen estando plenamente vigentes. Y me gustaría para terminar, dejarles un último apunte en este momento crucial para la paz de nuestro pueblo, donde a veces parece que los conceptos de “Patria”, “Nación” y “Soberanía”, entendidos de forma absoluta y excluyente, pueden dificultar aún más la ya de por sí complicada solución al problema. A este respecto, Galíndez también nos dio alguna pista, sobre la que deberíamos reflexionar detenidamente: él habló de crisis del concepto de soberanía y para superarla, propuso, una escala gradual de auto-

nomías, de competencias, de soberanías relativas, que ya estaban en la esencia de la organización de nuestros antepasados, un modelo que no sólo sería aplicable a nuestro País, sino que Galíndez hacía extensivo a otros Estados, que pueden de común acuerdo, delegar determinadas atribuciones en una Federación comarcal, continental o mundial. Porque Galíndez siempre pensaba en vasco, pero con el alma abierta hacia el mundo.

No quiero concluir mi disertación con una nota triste, por muy triste que fuera el final de Jesús de Galíndez. Desde su querido Amurrio, muy cerca de la colina donde él quería que reposasen sus restos, al lado de Zaraobe, lugar sagrado de la Tierra de Ayala, un último mensaje de esperanza de Galíndez resuena en el ambiente: "... los vascos tienen fe en el futuro y van hacia él animados de optimismo. No conservamos añejos rencores, queremos olvidar pasados agravios. Pero tampoco admitimos la prescripción de nuestros derechos indeclinables de soberanía." Y todo ello sin encerrarnos en nuestra tierra y sin "mirarnos el ombligo" constantemente, porque como él mismo decía, nadie debe acusarnos de raquitismo nacional, pues hay que recordar que los vascos estamos desde el primer día integrando las filas de Europa, sin dejar por eso de mantener nuestra personalidad nacional. Por eso, le gustaba decir, y yo me identifico plenamente con sus palabras: "Yo soy vasco ante todo. Pero también soy europeo y lucho por una causa que es mundial."

Muchas gracias a todos. Eskerrik asko guztioi.

Santiago Larrazabal

EL DERECHO DE CONSUMO

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Como pasa muchas veces, antes de que el legislador cree una normativa, existe socialmente una situación de injusticia que demanda una solución para paliarla; así pasaba en el panorama socio-político antes de que naciera el Derecho de Consumo. Aunque a veces la solución normada es rápida, en este caso tardó más de doscientos años, desde la Revolución Industrial en los albores del siglo XVIII hasta la segunda parte del siglo XX, no se consiguió una legislación que protegería los derechos de los consumidores en el mercado, reequilibrando la posición de los mismos frente a los empresarios y limitando y erradicando las posiciones abusivas de estos.

A mi entender, el motivo por el que tardó tanto en llegar esta normativa es porque la Revolución Industrial marcó un profundo cambio en lo económico, en lo político, en lo social y en lo jurídico, ya nada volvió a ser como antes, es el nacimiento de una nueva era de la humanidad, lo que tiene como consecuencia que todo lo que se conocía hasta entonces no sirva, no sea adecuado para aportar soluciones a las nuevas vivencias. Entre las soluciones que se echarán en falta están las jurídicas para regular las relaciones económicas capital-trabajo y producción-consumo, y para cuya regulación nació el Derecho de Consumo.

En lo económico es de destacar la aplicación del maquinismo a la empresa, que consiguió espectaculares progresos técnicos y un aumento de bienes materiales al servicio del hombre, pero tenía otros muchos aspectos negativos. En el aspecto concreto que nos importa señalaré que esto dio lugar a una fabricación en cadena de bienes, productos, etc., que no dejaban más que dos opciones: o se tiraban o se vendían en el mercado. Evidentemente, bajo el prisma de la empresa capitalista esta segunda opción es la que se adoptó. Llegando incluso muchas veces al exceso de crear en los consumidores nuevas necesidades de manera desleal y abusiva a través de una deshonesta utilización de la publicidad.

Durante los siglos XVIII y XIX surgen numerosos estudios para establecer las bases técnicas del Liberalismo Económico basadas en un orden natural que rige las sociedades humanas y en un Sistema económico que sólo puede progresar y funcionar adecuadamente bajo un gobierno estable que deje plena libertad al individuo en la consecución de sus objetivos económicos bajo el lema “laissez faire, laissez passer”. Se puede decir que toda esta corriente doctrinal se concretó en Adam Smith que en 1776 publicó su obra *Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*. Smith, considerado el padre de la Economía Política, creía en un orden natural de conductas que por voluntad del Creador nos impone la naturaleza.

Este autor nos presenta un *Orden natural de mercado* en el que la producción se adecua a las necesidades, siendo el precio el mecanismo que establece o restablece el equilibrio en el mercado.

Dentro de este Mercado el individuo es por tanto el agente económico que realiza elecciones en un mundo de recursos escasos y en el que la contratación se realiza a través del intercambio y en este panorama doctrinal enuncia Smith su Teoría del Consumidor, al que presenta como la “mano invisible” que de manera sabia y casi sobrenatural administraba los medios de producción.

Todo ello necesita de un mercado de competencia perfecta, el cual es punto de encuentro teórico entre oferta y demanda e ins-

trumento de planificación de una economía descentralizada, pero, el mercado en competencia perfecta no existió nunca, sino que las empresas, lejos de luchar entre ellas, se unen limitando de manera artificial la oferta de productos e imponiendo sus precios en él, asimismo muchos sectores funcionan en régimen de monopolio lo que evidentemente tiene las mismas consecuencias. El consumidor deja de ser el “soberano” del mercado que teorizó Smith para sufrir el abuso de los empresarios, consecuentemente hay un fuerte desequilibrio jurídico basado en el desequilibrio económico del consumidor que hace que la negociación, como la concebían los “iusprivatistas”, no exista y que el empresario imponga las condiciones contractuales. Ello es fruto de la que hemos señalado como “fabricación en masa” que debe incidir en el consumo dinamizándolo y trayendo consigo una “contratación en masa” que utiliza, para una mejor eficacia empresarial, una redacción del contrato prefijada por el empresario, el cual se vale de ello para liberarse, entre otras cosas, de la responsabilidad civil que le podría corresponder en caso de daños o de un mal funcionamiento del bien o servicio.

Además de lo antedicho, me parece interesante destacar que nos encontramos con otra serie de problemas que, en la situación económica anterior, “la gremial”, estaban más o menos solucionados, como eran el tema del control de la calidad de las materias primas empleadas en la producción de bienes y la publicidad evitando toda una serie de aberraciones y prácticas deshonestas en esta materia. Aquí al no existir los gremios y con ellos sus jurados nadie se preocupa de estos aspectos, mas si tenemos en cuenta que otro elemento importante de este sistema económico es la empresa capitalista, que se caracteriza por el gusto, por la innovación y el riesgo y además dado que esta empresa esta animada por un espíritu de animo de lucro sin limites de ningún tipo religiosos, filosóficos, o cualquier otro se experimenta, sin ningún tipo de escrúpulo, con los productos, los alimentos, la naturaleza,...etc.

En lo social. El tercer aspecto que yo destacaría asimismo es que, a pesar de que se planteó al individuo como el eje económico de este sistema, la negociación se dará, por el contrario, entre grupos sociales, empresarios de un lado y posteriormente consumi-

dores de otro, esto creará grandes problemas porque los códigos decimonónicos recogen un sistema de contratación entre personas individuales y se basan en un erróneo principio de igualdad económica entre las partes contratantes para acabar sacralizando una libertad casi absoluta de pactos que fue determinando la acumulación de un poder jurídico y económico cada vez mayor, en manos de los empresarios.

En lo jurídico. Como sabemos, el siglo XIX estableció un Derecho de carácter privado para regular las relaciones jurídicas de mercado, que desde el principio presentó una disfunción entre teoría y práctica, respondía como se ha visto a una sociedad de carácter liberal que pone al individuo como el eje del sistema. Todo ello justificaba una hipotética igualdad entre los contratantes que dio lugar a fuertes desequilibrios. Por ello este siglo que dejamos, se ha empeñado en solucionar la crisis jurídica que dejó abierta la codificación. Así a principios de siglo XX se comenzó con un “parcheo jurídico” que a duras penas aportaba soluciones y se cierra el siglo con la construcción de un Derecho de Consumo, fruto de la consagración de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho. Paso a desarrollar brevemente las fases por las que pasó esta transformación, analizando brevemente el papel del Cooperativismo.

El primer paso sería la legislación antimonopolística, dado que el mercado carece de mecanismos de autorregulación capaces de impedir desequilibrios económicos y jurídicos, la primera intervención legislativa fue creando una Normativa antimonopolística y represora de la Competencia que permitiese la existencia de una competencia real y efectiva como principio legitimador del Sistema Económico Liberal; así se dictan leyes sobre prácticas restrictivas de la competencia, sobre marcas, patentes, etc. Esto tiene su paralelismo con la actividad del cooperativismo en dos aspectos, de un lado su lucha histórica contra carteles, trust y eliminación de intermediarios superfluos de cualquier clase; y de otro lado en la creación de un contrapoder de mercado “countervailing power”.

Frente a todo ello o por todo ello surgirá el Derecho de Consumo, en el momento inicial es evidente que no existe, se

gestará por dos vías, tanto por la vía de hecho como por la vía jurídica:

La primera vía es la lógica reacción de los consumidores a través del movimiento asociacionista de consumo, es la denominada “autotutela del consumidor”, dentro de este movimiento y desde los albores de la Revolución Industrial es destacable, a mi entender, el cooperativismo de consumo.

La segunda vía, la jurídica, comenzará tímidamente con una intervención en materia de competencia para terminar con la consagración del denominado Derecho de Consumo

2. NACIMIENTO DEL DERECHO DE CONSUMO: APORTACIONES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS

Como acabo de señalar, el Derecho de Consumo nació fruto de la cuestión problemática surgida durante dos siglos por existir una separación entre la teoría y la práctica del funcionamiento del mercado. El Derecho de Consumo no surgió de la nada sino que fue fruto de las aportaciones teóricas y prácticas que daban soluciones al desequilibrio en la posición de los consumidores frente a los empresarios; *la aportación del Cooperativismo fue decisiva en estos aspectos.*

Así, los teóricos del Cooperativismo enunciaron diversas teorías frente al Liberalismo clásico, con la idea de construir un nuevo Sistema económico que defendiese al consumo y con ello se defendiesen los derechos de los consumidores. Pero este Sistema económico diferente está aún por conseguirse e incluso abandonado por la mayoría de sus teóricos.

En la búsqueda de este nuevo Sistema económico propio, el Cooperativismo ha obtenido grandes logros, a saber:

En primer lugar se ha convertido en un contrapoder, “countervailing power”, en el mercado al reunir en un solo punto el poder de compra, la demanda de un gran número de

consumidores, lo que equivale a pasar del poder de compra del consumidor individual, que francamente nunca existió, al poder de compra del Grupo consumidor, haciendo así de “monopsonio” frente al monopolio de los empresarios oferentes. Esta la idea inicial de la Cooperativa de Rochdale lo que la hizo triunfar como tal, y es el primer eslabón para devolver a los consumidores, su soberanía en el mercado.

Aunque el Cooperativismo de Consumo asociado a la Eurocoop viene a ser una cuarta parte del sector alimenticio, ciertamente está muy lejos de tener un verdadero carácter de “monopsonio”, la influencia del Cooperativismo en el sector de la distribución es mayor ya que hace de “factor dinamizador”, debido a que la cooperativa de consumo es a la vez una empresa del sector que fabrica y comercializa teniendo como premisa unos valores y principios, y el espíritu de servicio, en vez de un lucro ilimitado por lo que abarata costes, da mayor calidad, lo que hace que el resto del sector, si quiere ser competitivo, ajuste también sus productos para adecuarlos a una mayor relación calidad-precio. Por todo ello, esta conclusión sobre el alcance del poder de incidencia del Cooperativismo en el mercado es positiva.

En segundo lugar enunciaron grandes aportaciones teóricas que constituyen, lo que es el contenido del Derecho de Consumo. Efectivamente, desde los denominados precursores hasta el Congreso de la A. C. I. de 1995, pasando por el hito histórico de la Cooperativa de la Rochdale, los doctrinarios del Cooperativismo han asumido plenamente la defensa del consumidor y siempre ha sido una constante su lucha frente a los intermediarios superfluos, su defensa del “precio justo”, su batalla contra la adulteración de productos y contra la ganancia injustificada y su interés constante por la educación, formación e información del consumidor.

Esto es lo que subyace en la cooperativa de la Rochdale, la cual dotó de base espiritual o ideológica al cooperativismo y sus *reglas de funcionamiento debidamente adecuadas a la realidad socio-económica cambiante conforman los denominados “valores*

del cooperativismo” en estos valores están la esencia de todas las corrientes filosóficas y éticas que subyacen en el cooperativismo y además marcan el carácter o el perfil propio de un nuevo tipo de empresa, la empresa cooperativa.

En tercer lugar, el Cooperativismo creó un nuevo tipo de empresa cuya influencia en la creación del Derecho de Consumo y en la protección jurídica de los consumidores es grande y la analizaremos a continuación.

3. ANÁLISIS DE LA COOPERATIVA DE CONSUMO: COMPARACIÓN ENTRE SUS PRINCIPIOS Y EL CONTENIDO DEL DERECHO DE CONSUMO

Se acaba de señalar como los valores cooperativos, han creado un nuevo tipo de empresa, la empresa cooperativa, la actividad de la Cooperativa de Consumo, ha contribuido con su actividad a la defensa de los consumidores, desde la primera Cooperativa “La Rochadle” hasta la más moderna, mantienen un paralelismo entre sus principios y el contenido del Derecho de Consumo.

Centrando el tema, decir que la cooperativa es una empresa diferente pues tiene un perfil propio, es una empresa para el ser humano y se otorga protagonismo a este y no al capital, en ella priman los valores, y no el ánimo de lucro, esto se desarrolla en varios principios o aspectos propios de la empresa cooperativa que paso a analizar comparándolo con el contenido del Derecho de Consumo.

Espíritu de Servicio frente al ánimo de lucro

Como se sabe si se trata de devolver la soberanía al consumidor, el cliente debe volver a ser el centro de la escena, ello implica una atención esmerada un buen trato a la hora de atender.

El servicio frente al ánimo de lucro implica además una adecuada relación calidad-precio en los productos y no fomentar el consumerismo exacerbado.

Lucha contra los monopolios

En la lucha constante contra los monopolios, la cooperativa ha conseguido reducir costes de distribución obligando a las empresas capitalistas a bajar precios lo que redunda en beneficio de los consumidores.

Solidaridad de sus asociados

Para conseguir esto la empresa cooperativa debe ser a su vez solidaria con los consumidores, dándoles información y la posibilidad de obtener un mejor beneficio por su dinero adquiriendo bienes que sean de óptima relación calidad-precio.

Innovación constante

Existe una constante desde los orígenes del Cooperativismo en perfeccionar su acción así como el campo de sus actividades con el objeto de proporcionar nuevos y mejores servicios, todo ello desde la aspiración de solucionar problemas de índole económico y social para procurar un mejor nivel de vida y bienestar.

Todo ello tiene su paralelismo en el segundo de los derechos fundamentales de los consumidores, esto es la defensa de sus intereses económicos.

El propio surgimiento de la cooperativa Rochadle y por supuesto del Cooperativismo en general responde a la necesidad de proteger los intereses económicos del consumidor, que es precisamente otro de los apartados del Derecho de Consumo. En este aspecto el Cooperativismo recogerá la antorcha del “precio justo” enunciado por Aristóteles y Santo Tomás de Aquino.

Asimismo en materia de Responsabilidad Civil el cooperativismo ha sido pionero en acogerse a sistemas arbitrales de consumo y campañas como “precio exacto” que garantizan el correcto cobro de los productos, y “si no esta contento le devolvemos el

dinero” que le compromete a la devolución del producto sin plantear preguntas al consumidor.

Lucha contra el fraude alimenticio

Es uno de los principios fundamentales del cooperativismo de consumo, desde los lejanos tiempos de La Rochdale llevado a rajatabla por la empresa cooperativa.

Es tan intensa esta preocupación para el Movimiento Cooperativo que el primer laboratorio que se constituye en Europa para analizar productos fue en laboratorio cooperativo y a partir de entonces las cooperativas de consumo, desarrollan estos laboratorios donde se analizan exhaustivamente diversos aspectos de los productos alimenticios y se someten a test de seguridad y calidad los productos no alimenticios.

Por último se crean marcas Coop. europeas para los productos de calidad, y se participa con comités consultivos agrícolas y con diversos entes administrativos para la elaboración de proposiciones para directivas sobre mejora de la calidad.

En su batalla contra la venta de Mercancías adulteradas, encontramos la base del Derecho a la salud y seguridad de los consumidores, que es uno de los derechos fundamentales de los consumidores.

Educación

Esta es una de las reglas de oro del cooperativismo y la empresa cooperativa la sigue a rajatabla con un alto índice de acierto ya que son pioneras en la formación del consumidor y muchos nos hemos iniciado en el conocimiento de los derechos de los consumidores a través de las revistas y demás actividades educativas de las cooperativas, otro tanto cabe decir de la Información en que la lucha por un etiquetado en el que constarán todos los datos del producto ha sido realmente notorio y eficaz ya que gracias en parte, a la Eurocoop se ha adoptado una estricta legislación en materia de consumo.

Es la base del Derecho de la Información y educación de los consumidores. Bajo este prisma del Derecho de Consumo, el Cooperativismo ha aportado mucho; en primer lugar forma y educa al consumidor para que conozca sus derechos, (conocimiento de los nuevos derechos de propiedad que se establecen en el mercado) y los reclame. En segundo lugar, el Cooperativismo da una adecuada información de bienes y servicios a través del análisis de los mismos y la publicación de los resultados en los medios de comunicación, lo que contrarresta la desinformadora publicidad de los empresarios.

Gestión democrática

El Cooperativismo inició en la vida democrática al consumidor preparándole para la vía política. Iniciando así su camino como asociación de consumidores, que tiene su paralelismo en el Derecho a crear asociaciones, y que éstas sean escuchadas en aquellos aspectos que les afectan.

4. LA COOPERATIVA DE CONSUMO COMO FACTOR-TRACTOR DEL MOVIMIENTO ASOCIATIVO DEL CONSUMO

El denominado Movimiento Consumerista está formado por diversas asociaciones entre ellas el cooperativismo que es además la primera de dichas organizaciones en el tiempo, ya que el primera vez que el consumidor se organiza en el mercado para reequilibrar su posición es a través de la empresa cooperativa. Además de ello, presenta otros factores que le hacen destacar positivamente: En primer lugar integra la actividad consumerista dentro de su propia gestión empresarial protegiendo directamente a los consumidores la calidad de vida y el medio ambiente; en segundo término, tiene otra ventaja respecto al resto de las asociaciones consumeristas, que es el no tener que recurrir a subvenciones para llevar a la práctica esta actividad de defensa del consumidor ya que dedica parte del retorno cooperativo a la misma. Son numerosos y contundentes los ejemplos de la actividad del cooperativismo como entidad consumerista lo que sin ningún género de dudas le convierte en la primera y más eficaz organización en esta materia.

Esta claro que el cooperativismo ha contribuido eficazmente como asociación de consumo en pro de la defensa de los derechos de los consumidores y su ideología ha servido de inspiración al Derecho de Consumo, dotando de contenido a sus aportados. Pero lo ha hecho de forma anárquica y sin estructuración ya que nunca fue su intención crear Derecho, e incluso me asalta la duda de si el Cooperativismo era consciente de que debía influir en conseguir del legislador un nuevo Derecho, el Derecho de Consumo, yo pienso que en principio no tuvo tal pretensión, sin perjuicio de que en último momento influyese en la redacción de normas de consumo a destacar por su importancia la incidencia de la Eurocoop en un programa comunitario de defensa de los Consumidores y la decisiva influencia del Cooperativismo Vasco de Consumo en la elaboración del Estatuto Vasco del Consumidor, *hoy en día el Cooperativismo como grupo social sigue influyendo en la elaboración de normativa legislativa en esta materia.*

Por lo antedicho me atrevo a decir que aunque directamente no haya creado el Derecho de Consumo, su actividad consumérista ha llegado antes y ha sido más eficaz que mucha de la legislación emanada en torno al Derecho de Consumo. Tal como he comentado en el apartado anterior.

5. CONCLUSIONES: EL DERECHO DE CONSUMO EN LA ACTUALIDAD

Hoy en día y ante la crisis del derecho privado estamos pasando de una técnica descodificadora con una progresiva desaparición de los códigos por inservibles a una regulación por sectores con la creación de leyes de carácter evidentemente complejo donde se ve una “transfusión” de normas de derecho público. Esto se consigue a través de la creación de unas leyes marco “leyes omnibus” que crean el esqueleto jurídico que se ira modificando según lo requieran las circunstancias socioeconómicas, como se ha visto en este trabajo el Derecho de consumo es una de estas leyes sectoriales bajo las que se está articulando hoy en día en Ordenamiento Jurídico; desde esta perspectiva actual hay que

entenderlo como un conjunto de reglas de control de la actividad externa de la empresa en beneficio de sus clientes cuando estos actúen para satisfacer necesidades particulares y que tiene como finalidad la protección de un modelo económico recogido, en aquellos apartados de la Constitución denominados “Constitución Económica” donde encontramos el art. 51, que defiende el derecho de los consumidores.

Bajo este nuevo aspecto del Derecho de Consumo, el Cooperativismo si tiene un papel relevante; aunque en su momento nació para satisfacer exclusivamente las necesidades de sus socios hoy en día ofrecen sus servicios al mercado en general a través de una empresa que como sabemos lleva en su propio objeto empresarial valoraciones finalistas cuales son la defensa de los consumidores del medio ambiente y de la calidad de vida, dicha empresa ha humanizado la economía obligando a las empresas capitalistas a hacer otro tanto para mantener la competitividad. Tímidamente me atrevería a decir que esto es más útil al Derecho de consumo que la excesiva hiperlegislación, riesgo jurídico al que esta sometido hoy el Derecho de consumo de difícil conocimiento y aplicación.

6. BIBLIOGRAFÍA

REAL FLORES, María Jesús. *“Incidencia del Cooperativismo en la Construcción del Derecho de Consumo”*. Tesis doctoral. Bilbao: Deusto, marzo 2000.

María Jesús Real

EPAILETZA EUSKALDUNA: HIZKUNTZ ETA PROZESU ESKUBIDEAK

El poder judicial de Bizcaya está separado del administrativo y lo ejerce su Señor como magistrado supremo de la tierra, que hoy es el rey de España. De consiguiente tan sólo él nombra a los jueces principales del país, que antes eran los merinos y ahora los corregidores, para que ejerzan o más bien le sustituyan en la magistratura de todos los negocios contenciosos que se suscitan entre los moradores de Bizcaya, pero con la circunstancia de que han de ser nacidos 'allende del Ebro' según el Fuero; esto es, de fuera de las provincias bascongadas, a fin de evitar que puedan faltar a la justicia por relaciones e intereses de familia.

J.A. de Zamacola, *Historia de las naciones bascas*

Ez dut inoiz atsegin izan euskara erabiltzea metahizkuntza baten gisa, hauxe da, euskaraz aritzea hizkuntzari berari eta bere biziraupen edo garapenari buruz, eta edozertarako hizkuntza izan behar duela uste dudanez, niri, ezer egokitzekotan, orain arte jorratu gabeko zuzenbidearen gaineko euskarazko ekarpenaren bat dagokidala deritzot. Esaten da hizkuntza gizakien arteko komunikazio tresna dela, baina horretan ez datza hizkuntzaren berezkoa, gogamenaren adierazpidea izatean baizik, eta legelariok ohiki ez daukagu bitartekoa edo baliabidea aztertzeke benetako, baina bai, eta Euskadin euskaraz, giza ondare intelektualaren zati zehatz bate-

an jarduteko. Batzuk euskararen desagertzea edo fosilizazioaren aldekoak beti izan dira, bestetarik pasadizozko mintzaira xehe eta baserriartuaren zaleak, eta zalantzazkoa da euskara maila orotako berbeta nahi dugunok gehienak garenentz gaur egun ere. Horrexegatik garrantzitsua da maila jaso ezohiko batean, zuzenbidea kasu, euskara hutsez lan egiten saiatzea, hizkuntzaren jatorria eta teknolekto juridikoaren zuzentasunarekiko eskrupulua baztertuz, erabileratik ezaguera sorrarazten eta ez alderantziz, jakintza sakon eta teorizazio burutsu batetik erabilera sortzeari ekiten, azken hau prozesu motelago eta ez seguruagoa baita.

Dena dela, aitortu behar da ezer gutxi erabiltzen dela euskara zuzenbidearen esparru errealean, eta horra sarrarazteko agertzen diren zailtasunak serioena Justizia Administrazioan erabat falta zaion tokian datza, eta elebitasunaren faltaren barnean oinarri-oinarrizkoa epaileen erdalduntasun erabatekoa. Hori horrela, legeafer bat dago koofizialtasunarekin Justizia Administrazioan, eta alor honetan euskaldunen hizkuntza-eskubideak urratzen direla ohartaraztera zalantza urriekin bat etor gaitzke, baina prozesuaren helburua ez da eskubide horien bermatzea –auzigaia hori ez denean, jakina–, eta urratze horrek ez luke erabileraren aldeko borroka geldiarazi behar izango, diglosia ez baitu legediak eragiten ez eta nekez “per se” ekiditen.

Hauxe ardura eta hurrengo lerroen xedea.

Bernardo Atxagak maisuki sailkatu ditu hiru multzotan Euskal Herriko herritarrak euskara eta euskal kulturari buruzko jarrera dela-eta: antipatikoak, sinpatikoak eta patetikoak. Antipatikoek baztertzen dute euskara eta euskaldungoa euren bizitzetatik, eta gehienetara jota onartzen dute geure hizkuntza arkeologia-ekai bitxia bezalakoa, eguneroko bizitzan folklore paperean jokatzeke. Tamalez, Euskadin epaile herrikide gutxi izanik, haiengandik mordoa omen da antipatikoak. Patetikoak, aldiz, euskara ikasi, jakin eta edertu ez ezik, bizi ere egin nahi dute euskaraz, edo zertarako mintzabidea, goi mailako hizkuntza legez, normalizatugabeko hizkuntza gutxiagotua izan arren, Frantzia eta Espainian dauden muga politikoen abstrakzioa eginez. Euskaldun sinpatikoak

euskara maite dute benetan, eta euren epelean inbidia zintzoa dute patetikoek militantismoarekiko, baina ez dute sakrifizio bideragarri-rik ikusten euskara hutsez bizitzeko afanean, eta erdararekin parekatze-prozesu sozialean derrigorrezko ahaleginetan oinarritu beharrean pizgarri baikorretan oinarritu behar delakoan daude. Hurrengo berben egilea euskaldun sinpatikoa da seguruen. Ohartu behar da patetismoak pertsonengan sentimendu sakonak, tristeak gehienbat, pizteko kalitateari datzekio, eta ez du, lerrakuntza semantiko okerretik datorrenaren kontra –filmetako ingelesaren itzulpenaren eraginez, apika–, erridikuluaren parekorik ezer esan nahi. Bestetik, sinpatiak pertsonen arteko lotura afektiboa eramaten duena da, besteen sentimenduak norberarenak balira bezala bizitzera eramanez. Ohartu ere egitekoa da, jarrera hauek ez dira nahastu behar ideologia politikoekin, nahiz eta “euskal antipatia” nekez aurkitu dezakegu kontserbadurismo edo liberalismo –behinola sozialismo– espainiar eta frantziarretik kanpo, eta “euskal patetismoa” abertzalego zati baten atributua omen da.

Nire mezua bost zatitan egituratuko dut: lehenik jarrerak laburbiltzeko (1); bigarrenaz konstituzio doktrina zertan den azalduko duena (2); gero nire hitzen mamia eta izenburua eman zuena: hizkuntza eta prozesu eskubideen bereizmena (3); eta laugarrenez neronen proposamena “impasetik” irten eta euskararen erantzuna auzitegien titularrengandik hobetu aldera (4).

1. EPAILETZA ETA EUSKARA: JARRERAK

Epailen egikaritzari buruz tokian tokiko Autonomia-Estatutuek aintzatesten dituen hizkuntz koofizialak kontu egiterakotan, hainbat zuzenbidezko eztabaidetan gertatu ohi den legez, muturreko jarrerak agertzen dira, alde bateko zein aurkako, eta ondorioz, hiru ikuspegi mota, tartekoekin –tartean bat baino gehiago izanik, ñabarduren arabera–.

Xinplea bezain grafikoa denez, narratzaile ospetsuak ohartarazi zigun sailketarekin dihardut, euskara eta Euskadin kokaturik hausnarketa, ez gainontzeko hizkuntza koofizial edo errealtateetan, eta beti epaileak aztergai, ez gainontzeko operadoreak, fiskalak edo idazkari judizialak kasu.

1.1. Jarrera antipatikoa

Lehenengo jarrerak zera aldarrikatzen du: Euskadiko Autonomiadun Elkargoan Aginte Judizialaren kideok, funtzionarioek ez bezala, gaztelania eta euskararen koofizialtasunaren eskakizunei –direnak direnei– atxikimena emateko eginbeharririk ez daukagu.

Iritzi horren biribiltasunari erakargarria deritzo epaile askok, eta juridikoa ez den ikasketa berezi bat haien “statusean” sarrarazteko ahaleginik jo nahi ez dutenentzat, bere errazean, azaltzeko modukoagoa gainontzeko hautakizunak baino. Epaileok, esaten da, estatu botere gisa –herriak hautagabe baina Konstituzioak legitimatuz osatua–, parlamentari eta ministroekin jazoten den parean, horrela nahi badute, askatasun osoz, mintzaira ofizial orokorreko elebakar hutsak izan gaitzkeela. Hain zuzen ere, epaileen zeregina jurisdikzio-ahalgoaren egikaritzea hutsarekin berdintzen duen tesian –botere judizialeko kide kontserbatzaileei betidanik hain laz-tana zaien tesian–, legegile eta gobernu-ahalgoen ordezkariak egiten duten bezalatsu, gaztelaniaz gain beste espainiar hizkuntzaren ezagutzara iristen badira euren jendaurreko irudia eta kultura hobetzarren edo euren alderdiek bultzatzen duten jokabideari lotzarren izango da, baina ez karguak dakarren betepena delako.

Espainiako legeria irakurtzen badugu epaileok Euskadin gure lana gauzatzeko euskara jakitearen ezelango beharrik ez dugulako konklusioa itzalpetuta dagoenera heldu gaitzke. Soilik BJLOko 341. art.an, lanpostu-hornikuntzaren atalean, agertzen da –Elkargoko Foru Zuzenbidearekin bat–, alde batetik, zehazteke balioetsi ahal izateko meritu gisa diskreziozko izendapenetan –Justizia Auzitegi Nagusi eta Probintzi Entzutegetako Presidenteentzako postuak–, eta bestetik, oro har, epaile karreraren igoera edo lekualdaketa barne-lehiaketetarako lehenespenezko meritu gisa, baloratzeko irizpideen finkatzea Araudiari igorrita. Dena dela, jakin behar denez, arautze prozesua eztabaidatua izan da, eta behin baino gehiagotan joan da AGeko Administrazioerikiko Salara, azkenean aintzakotzat hartuz AGeko III Salako 1999.eko urriaren 15ean eta 21ean emandako sententzietan, 1995.eko ekainaren 7ko 1/95 Araudia, Epaile Karrerakoaren afera honi buruzko edukia (108-114.

art.ak) –eraberritu zuena AJKaren Osoko Bilkurak 1998.eko otsailaren 25an hartutako Erabakiak–. Hiru dira ezaugarri garrantzitsuak, bideragarritasun aldetik absurdo eta murriztasunaren ildotetan: Euskararen merituen aintzinasun epealdiaren gehikuntza dakar eskalafoian –txikia, edonola ere, juezentzat urtebete, magistratuentzat pertsonabakarreko organuetan bi urte, eta organo bilduetan hiru urte–, eta beraz, zentzugabeki, lanpostuarekin inolako lotura barik, karreran abantailatuz Erkidego Autonomoetan soil-soilki (a); Hizkuntzaren ezagutza aintzat hartu behar du AJKak interesdunak hala eskatuta, eta Euskadiko Komunitatearentzat onartu duen maila Administrazio Orokorrerako 2. hizkuntza-eskakizunarena izan da –EGA 3. eskakizunaren baliokidea da–, eta orduan ezin mugatuago (b); Agi denez, gaur egun lehenespenezko merituen eskalafoi arruntan bakarrik jokatuko du, eta ez hainbeste izatera ailegatu diren espezializazioen araberrako –Administrazioarekiko, Lan-arloko, Merkataritzako, Adingabeeneko, Emakumeen aurkako Indarkeriareneko, eta abarreko– eskalafoietan (c).

1.2. Jarrera patetikoa

Kontrako muturrean, batzuek –esaterako, “Euskal Herrian Euskaraz”, “Abokatuen Bazkunetako Euskara Batzordeak”, “Justizia Euskaraz”–, nonbait hor, euskararen ezaguera nahikoa Euskadiko epaileen gaikuntza profesionalaren alde aurretiko betepena dela sutuki baieztatzen dute. Hori dela eta, zenbaitetan aurkeztu da epaileen ezespina erabateko erdaldunak izateagatik, edo auzipeturen batek euskaraz ari gura zuenean epaileentzako itzulzailearen ukoa agertu da. Tesia da herritar bakoitzaren –alderdia, hirugarrena, edo legelaria– aukerako hizkuntz ofizialean, eta horregatik euskaraz, jarduteko zeharo kapaz izan behar dutela epaile guztiek Autonomia Elkargoan.

Horrela izango balitz, ez dago dudarik denek hizkuntza esku-bideak zeharo bermatuta izango liritekeela epaile babes eraginkorraren aurrean, eta “desideratum” baten moduan taxuzkoa dirudi.

Ez dakit epaileen artean muturreko iritzi bera daukan inor denik, epaileen betekizun hori izango balitz, ez bailuke bat-batean

bete beharko, era mailakatuan baino, eta elebitasun ofizialarekin batera botere publikoa haragitzen dutenen elebitasun erreala lortzen den heinean, elebakartasunetik elebitasunerako bidea arian-arian kontua baita. Nolanahi ere, betekizuna ez dauka errotzerik indarreango legetzan –Konstituzioaren ikuspuntua gero aztertuko dugu, labur-labur–, eta norbanako hizkuntz eskubideak epaileok aterpetu behar dugun defentsa eskubidearekin nahasteak kutsatzen du iritzi honen sustapena.

Ezin esan gabe iragan, dena dela, jarrera honek indar berezi berria hartu izan duela 2001.eko irailaren 15etik, EAOak Eskualdeetako edo Eremu Urriko Hizkuntzen Europako Gutuna berresteko tresna argitaratu zuenetik, 1992.eko azaroaren 5ean Estrasburgon egin zen gutuna, alegia, eta Konstituzioko 96. art.ak ezarritakoarekin bat, espainiar barne-antolamendu juridikoaren zatia izatera bihurtuta, 10.2. art.ak esleitzen duen interpretatzeko balioaren kalterik gabe. Euskal Autonomia Erkidegoan euskara Gutun horren Hitzaurreak Europako hizkuntza gutxiagotu historiko ofiziala aldarrikatuz gero, 9. art.aren arabera estatu-alderdiek zelanbaiteko konpromisoa hartzen dute prozeduretan jurisdikzio-organoek, alderdietako batek hala eskaturik, eskualde edo guttinen hizkuntzaz gauzatuko dutela (“[they] conduct” ingelesez, “lleven” gaztelaniaz).

1.3. Jarrera sinpatikoa

Erdiko jarrerek, beti ere, asmatzeko ereti gehiago dute errealitateri utsita, eta epailetzaren gutxiengoak defendatzen ditu, litsak litsa, muturrekoei aurkaratuz.

Euskalduntzeko epaileok inolako beteharrik ez dugulako tesiaren aurrean, gure funtzioa ez dela bakarrik ahalgo bat egikaritzea azpimarratu behar da, herri-zerbitzu bat eskaintzea ere baizik. Txanpon beraren aurkia eta ifrentzua dira epaile banakako jurisdikzio-ahalgoa eta taldeko –ez epaileena bakarrik– justiziagintza. Gainera, hiritargoarekin zuzenean elkar erlazionatu behar diren zerbitzu publikoetatik bat da justiziagintza, eta epaileok artez-arte harremanetan sartzeko gara herritarrekin, prokuradore eta abokatuarekin, baita aditu, lekuko eta alderdiekin ere.

Orduan, hala nola herritarrekin zuzeneko harremanak dituzten zerbitzu publikoek, udal, lurralde edo autonomia-administrazioek, zein estatu-administrazio periferiokoek, justiziagintzan talde-lanaren buruek ere, epaileek, jurisdikzio-ahalgoa herri administrazio bati ez dagokion arren, mailakako egokieraren ahalegin arrazoitsuetan barna, eta herritarrentzako onura errealak aintzat hartuz, elebitasunaren etorkizuna bermatu behar dute. Gauza da, KAk emaniko 82/1986 edo 46/1991 epaiek esan zuten legez, hizkuntza batentzat ofizialtasuna horixe dakarrela: *“bere errealitatea eta gizarte-fenomeno bezala duen pisua edozein dela ere, botere publikoek komunikaziorako ohiko tresnatzat aitortzen dutenean, barne komunikaziorako, botere publikoen artekorako, zein subjektu pribatuekin dituzten harremanetarako, balio eta ondore juridiko osoekin”* (2. Oin.); edo KAk emaniko 337/1994 epaiaren iritziz *“botere publikoek, bakoitzaren eskumen-eremuan, bermatu egin behar dute Autonomia-Erkidegoko hizkuntza ofizialeko bat erabiltzeagatik bereizkeriarik ez izateko denok daukagun eskubidea”* (6. Oin.)

Baina berehala epaile guztiak Euskadin euskaldunak izan beharko zirelako jarrera aitzinean, kontzeptu-eragozpen bi agerian daude:

A) Aurreratu dudan bezala, hizkuntza koofizialtasunaren betebeharrak ez dakar berehalakotasunik, mailakako prozesua bai-zik estatu-hizkuntza eta herri-hizkuntza berdintzeko ildoan goldatuz. Dakarrena da haztapen bat beharriaren eta egokitzapen erritmoaren artean, kontuan hartuz ezarpen soziala eta eskari-zerbitzu publikoari esijentzia-bereziaren tamaina.

B) Epaile-euskara teknolekto juridikoaren zati garrantzitsu eta mugierazlea da, bi arazorekin aurre egiten duena:

B.1) Alde batetik, hasiberria delako.

Erromantzeetatik datozen auzo-erdera nagusi (gaztelania edo frantsesa) eta berbeta gutxituek (katalana eta galegoa) ez bezala, euskarak ez du tradizio izpirik izan zuzenbidean, latina eta gaztelania izan baitugu zuzenbidearen hizkera Euskadin orain dela mende laurdenera arte –1936-7.eko hilabete batzuk aparte–. Eta

euskara juridikoa teknolektokumea bada, oro har, epaile-mintzoa jaioberri-berria.

B.2) Bestaldetik, normalizatu barik dirauen hizkuntza batean oinarritutako teknolektoa delako.

Teknolekto guztiek inbertsonaltasuna dute ezaugarri, eta hortara funtzionaltasun eta formaltasuna behar dute. Funtzionalak izateko, zuzenak ez bakarrik, arras zehatzak eta argiak gainera izateko beharra daukate. Eta epaile-mintzoak, teknolekto bezala, gainontzetatik bereizita, ez du terminologia “ad hoc” erabiltzen, baizik eta hizkuntzaren estandarren dauden terminoak esanahi aldatuekin, termino teknikoak sortuz ez berbetan ezpada bihurketa semantikoetan. Azkenik, epaile-hizkeraren formaltasunak, teknolekto juridikoan nabaria baino nabariago, ez dio euskarari jatortasunik eskatzen baizik eta maila jaso, jantzia eta kutsu zaharkitu bat urruntasuna markatzeko ebazpenen egile eta igorleengandik hartzaileenganaino.

Errazki konpreni daitekeenez, euskarak azken urteetan urrats handiak emanda ere, oraindino normalkuntza osoa burutu ez duen mintzaira izanik, epaileok prestakuntza linguistiko berezirik ez dugunez, gaztelaniaz aferatsu ez dugun hainbeste kontu aurkituko dugu euskaraz, euskaldun arruntok edo erdaldunak euskalduntze-koan.

Bapateko euskalduntze unibertsalaren kaltetan kontzeptuzkoa ez den gainerako eragozpena datorkigu epaile karreran gorpuzten den jurisdikzio-batasun zatiezinetik, haren gaurko konposaketarekin eta estatutuaren zurruntasunarekin.

2. KONSTITUZIO DOKTRINAREN “STATU QUO”

Legedian euskararekiko “sinpatiarik” aurkitzen ez badugu, epaile-entzat karreran igotzeko kitzikagarri nemiño batzuetatik kanpo, aitortu beharra daukagu Konstituzioan aintzatesten duen hizkuntz koofizaltasunaren esangurak eremu honetan noraino eraman behar izango gaituen, legegintzan edo legeen interpretazioan gal-

detzean, Konstituzio Auzitegiak erantzun digu jarrera antipatikoari atxikita bete-betean.

Oldozketaren simetria hirukuna gordetzearren, hiru zedarrri ikusiko ditugu.

2.1. Itzalperik eza

Lehenengo saioan, zigor arloko epaiketan hobenduriak interpretaria errefusatu zuela medio –konfiantzazko abokatuak horri eutsirik–, itzalpeko helegitea “a limine” ebatzia zen probidentzia bidez, hain zuzen ere, KAK 1997.eko urriaren 1ean emandakoa. Orduan erabaki zen Konstituzioan ez zegoela inondik inora manurik epaile-organokideak behartzen zituztenik egokiro ezagutzera prozesu-alderdiek eta defentsariak adierazteko nahi zuten hizkuntza koofiziala, ez eta aintzatespenik legetza arruntean. Horratio, bi mintzaira ofizialdun Autonomia-Erkidegoko herritarren hizkuntz eskubideek, ez dituzte betebeharrak berezirik erakartzen esparru honetan epaileentzat Erkidegoan diharduten prozesuetan, eta ondorioz, egitate bidez erdaratzaile bat inposatzen da.

Egia da BJLOko 231.4. art.ak, 16/1994 LOaz gero, erdarara ofiziozko itzulpenen behartasunik ez aurreikustean kasu orotan, ez dakarkiela ere epaileei Autonomia-Erkidegoen hizkuntza ofiziala jakiteko beharkizunik, beraietan kokaturiko organo judizialeko lanpostuak bete nahi baldin badituzte (“...ez haren eduki espresutik, ez, hura interpretatuz, inferitutako eran, ezin da zentzu horretan inposaketarik ondorioztatu, ez eta inplizituki ere”, KAK –Osokoa– emaniko 2000.eko apirilaren 13ko 105/2000 epaiaren berbetan). Baina jakin gabe geratu ginen orduan, zertan aurkiak, oinarrizko eskubide batek, hizkuntza koofizialean prozesuan aritzeko itzulpenik gabe herritarrak duenak –Konstituzioko 3.2. art.aren funtsa– ez daukan, ez orain ez sekula, bere ifrentzua, hain zuzen, ulertu ahal izan diezaioten epaileek Erkidegoan lan egin eta bertako hizkuntza koofiziala jakiteko betebeharra.

Lehenago irakurria genuen KAK –Osokoa– 1990.eko martxoaren 29an emandako 52/1990 epaian, epaile-boterekideen gatzela-

nia erabiltzeko, eta itzulpenak hizkuntz koofizialetik egiteko beharrak –konstituzionaltasuaren blokeak diseinuarekin koherentea, KAren ulerkuntzan– zertan zetzan: “*hiritar guztiek defentsagabezia ez jasateko gozaten duten eskubidea EKko 24. art.ak aurreikusten duenez gaztelania jakiteko betebeharrarekin (EKko 3.1. art.) korapilatzen da, gainerako espainiar mintzairei betebeharrak hori ez dagokielarik*” (41. oin.). Baina ez zen korapilo horren zergatia argitzen.

2.2. Inkonstituzionaltasunaren auzirik eza

Esan berri den nolabaiteko opakotasunetik irteteko abagune aparta, KAK –Osokoa– 2005.eko apirilaren 19an emandako 166/2005 autoarekin aurkeztu zen. Argibideak konbentzitu ez dit baina.

Auto horrek ebatzi zuen Bizkaiko Probintzia-Entzuteagiko 1. Atalag sustatutako –2004.eko urriaren 1eko bere autoan– inkonstituzionaltasun auzia, BJLOko 231. art.ari buruz, ez onartzerik.

Antzeko arazo batean –zigor-arloko Epaitegiaren aurrean auziperatuak itzultzailea arbuiatzearekin bat ospa egitea–, berriro KAK “in limine” ez du mamiaz erabakirik ematen (KALOKo 37.1. art.), nahiz kasu honetan, prozedura-zioak direla eta, auto eta ez probidentzia baten bitartez.

KAaren 166/2005 autoak badauka, nire iritziz, berebiziko garrantzia, eta ohargaberik igaro bide baita, adoretzen ditut “Justizia Euskarazen” bazkideak, kalitatezko iruzkina egiteko. Nik neuk egitea ez zait dotore iruditzen, uzia planteatu zuen epaimahaikidea izanda.

Dena dela, esango dut arrazoitzeko ahaleginen bat nabaritzen da –eskasa, kontuan hartu behar baita aurretiko onartezintasuna agerikotik datorrela: inkonstituzionaltasuna “*argiki funsgabea*”–, baina anabasean, nire aburuz.

BJOLko 231. art.ari buruzko konstituzioaren aurkako zalantzak hiru fronte zeukan auzitan:

1. Konstituzioaren 3.2. art.aren eredurako Hizkuntz koofizialtasuna aipatu dudan Lurraldeetako edo Esparru Urriko Hizkuntzen Europar Gutunaren 9.1.a).i) art.aren estatu-konpromisoaren argipean.

Egia esan, Gutun horretan hizkuntz urritu ofizialean prozesua gauzatzearen konpromisoa, bai zigor bai zibil arloetan, estatu alderdiek haien gain hartzen dute, "zeintzuk epaile-agintarien mugabarruak izan eta horietan bizi eta lurraldeetako edo urritutako mintzoetan ari den pertsonen kopuruak datozen neurri bereziak justifikatzen duenean, mintzaira horien egoera nolakoa diren, baldin eta epaileak ez baditu justizia administrazio onerako oztopotzat jotzen parrafoak [9.1. art.] eskaintzen dituen ahalbideen erabilera...". Horregatik kokatu dut jarrera patetikoaren aldean Gutunari deitzea, guztiz aurkakoa izango balitz hobesten den doktrina –KAK nahiago duen legez– erraza izango litzaiguke esatea –KAK dioen legez– BJLOko 231. art.ak justizia administrazio onerako aurretiazko ponderazioa arautzen duela.

Gutunean konpromiso estatalaren neurrietarako baldintzak, guztiarekin ere, hiztunen kopurua, hizkuntzaren egoera, eta justizia administrazioaren ona dira, baina epailetzaren hizkuntz ezaguerak azken honekin bakarrik zerikusirik izan dezaketelarik, ez bide da onusteko konpromisorik oztopoa finkatzea estatuak berak konpondu ahal eta nahi ez duen ezaguera horien sustapenaren faltan.

2. Konstituzioaren 24.2. art.ak babesten duen "due process of Law", hurrentasun printzipioaren eskaerarekin konektatuta, KAK 2002.eko irailaren 18an emaniko 167/2002 epaiatz gero –zigor-arloko bigarren auzialdirako mugak kondenatzeko lekuko edo adituen frogadela eta– berretsi zen tesi hertsian, hauxe da, pertsona-frogaiturrien eta epaileen artean bitartekaririk egoteko erabateko ukoarena.

3. Zein Autonomia-Erkidegoren lurraldetan izan eta horretako hizkuntza ofiziala erabiltzeko herritarraren eskubideak, eta Konstituzioaren 14. art.ak xedatzen duen bereizkeriaren debekua, justiziagintza prestazio-jarduera izanik, konstituzio-botere estataletik eratorri arren.

Bigarren eta hirugarren puntuak sinpatikoagoak dira, BJLOko 231. art. bere horretan uzteak hizkuntz eskubideen urraketa ekar diezaikeela, justiziagintzan gaztelaniaz beste hizkuntzetako edozeinetan eskubide hori egikaritu asmo dutenei, haien herrikideek izango lituzketen berdintasun-baldintzetan behintzat, eta prozesuaren hurrentasun abiaburua ezarriz egikarituko badira, behintzat. Epaille euskaldun aski barik, arian-arian lortu arren, prozesu eskubideak ez ditu beti hautsiko legeak, baina zigor-arloko kondenatzeko anitzetan bai, eta berdintasuna ere ez du berez baztertuko, baina noiz arte zehazteke gaurko egoera eta araubideari eusteak bai, azkenik, Konstituzioaren 3.2. art.ak aintzatetsitako Euskadiko euskaldunen hizkuntz eskubideen edukia hustea dakarrela, materializaezina bilakatuz, eta “de facto” auzitegi-tan eskura duten ahalbide bakarra gaztelaniaz aritzera derrigortuz.

KAk aplikatzen duen irizpidea argudio horiek bertan behera uzteko, “komunztadura praktikoaren abiaburua” euskaratuko dudana, ezaguna da eta esangura zera duena: haztapenaren terminoetatik bat sakrifikatu behar da, interes nagusiaren gauzatzeko beharrezan landa joan barik. Hala ere, bitxia da auzitegiak euskaraz jarduteari uko egiten baimentzeko –benetan auzigai–, lotura bat bilatzea gainontzeko alderdien defentsagabeziaren eragozpenarekin. Zeren alderdien defentsak, kontraesanekoak, eta prozesu-armen berdintasunak, noski, eskatu ahal izango baitute itzultzailea –azkenean, Konstituzioaren 3.1. art.aren aginduak agindu, gaztelania euskaldun herritarrak ez baleki, arazo bera sortuko litzateke–, baina horiek ez dira epailearen eskubideak inondik inora. Fiskalak eta salatuak bat baletoz euskara erabiltzeko judiziamenduan, noren defentsak babestuko luke epailearentzat itzultzaile baten eskaera? Gaineratuko nuke alderdia Estatua izango balitz, Ministerio Fiskala eta edozein herri administrazioa barru, eskubide horiek edukita ere ezin izango lukeela hizkuntz koofizialaren ez jakitea aurkaratu. Estatuak bere buruari ezarri diezaioke defentsagabezia hizkuntza koofiziala dakitenak euren funtzionario-taldeentzat erreklutatu nahi ez izategatik, edo taldeko funtzionario elebidunetatik bat esleitu nahi ez izategatik, kontrako alderdiak eskatuta prozesuan?

Hortaz KAK bedeinkatzen du gaztelaniaren “naturaltasuna” prozesu-hizkuntza legez, eta Autonomia Erkidegoko lurraldean

lurraldeko berbeta ofizialaren sorospidetasuna auzitegietan. Ondore logikoak zuzenean daramatza epaile gehienak, mintzaira arotzen jakitetik aparte, espainol elebakarrak izaten jarraitzera.

2.3. Autonomia-eskumenik eza

Antipatikotasunaren azken kapitulua epaile euskalduntzearen aurrean Konstituzioaren ikuspegitik, KAK –Osokoa– 2006.eko irailaren 13an eman zuen 270/2006 epaian irakur dezakegu.

Honetan konstituzio-doktrinak arautzeko eskumendun Zuzenbide Publikoko subjektuen formaltasunean aritzen da, eta ez norbanako hizkuntz eskubideen arauketaren beraren esparruan. Epaiak Estatuko Gobernuak sustatutako eskumenei buruzko gatazka positiboa erabakitzen du, Eusko Jaurlaritzako 117/2001 Dekretuaren, ekainaren 27koa, Euskal Autonomia Erkidegoko Justiza Administrazioako hizkuntza-normalkuntzarako neurriak finkatzen duenaren zati handi baten kontra, eta ardatzean gaitzestekoa da, araudi horren 7.1. art. eta 3. xedapen gehigarria deuseztatu arren.

Ezaguna da bereizketa, lehenik botere judiziala –epaile bakoitzarena–(1), alboan botere horren gobernua –gailurrean BJK– (2), biak bakar eta bateratuak eta estatu-eskumen erretserbatua Konstituzioko 149.1.5. art.an, eta aparte justizia administrazioa (3), azken hau jurisdikzio-ahalgoaren eskudunen eta euren burujabetasunaren “muin gogorraz” kanpoan geratzen diren pertsona eta materia baliabideen multzoa, zeinetan mugarrizten baitira, ez era aise askoan, alde batetik justizia administrazioa esanahi hertsian, estatu-eskumena (3.1), eta bestetik justizia administrazioaren administrazioa, Autonomia Erkidegoen esku gera daitekeena, nahiz eta askatasun osorik gabe (3.2). Justizia administrazioen funtzionarioen estatu-taldeentzako plantilla eta lanpostuen zerrenda arautzeko eskumena jaso ahal izan du Autonomia Estatutuan Euskal Autonomia Erkidegoak, justizia administrazioaren administrazioa bezala, eskuraezina zaion funtzionarioen horren “status” juridikoaren muin erkidea errespetatuz, BJLOak unean uneko taxutzen duen eran.

Sententzia honek baieztatzen du Euskadiko justizia-funtzionarioen hizkuntz gaikuntzari eraientza juridiko berezi bat emateko eskumena duela Erkidego Autonomoak BJLOko 530. art.a hurratzen ez badu, eta lege-arau honetan berbeta koofizialaren ahozko zein idatzizko ezaguera meritu gisa ez ezik, baita lanpostuan sarre-
ra izateko ere *“bete behar diren funtzioen izaerari dagokionean eta horrela lanpostuen zerrendetan xedatzen bada”*, eta oro har, arrazoia eta neurria haztatuz, funtzio publikora sartzen ez oztopatzeko hiritar batzuei kausarik gabe (horregatik, lege manu ezereztatu bakarra eskumengabezia egoitzirik, hizkuntz eskakizunen betebeharra lanpostuaren ezaugarri funtzionalek besarkatu barik, euskal gizartean euskararen jakitea garatu ahala epealdi zehatzetan ezartzen zuelako da).

Funtzionarioekin onartzen den aldean, garrantzitsua epaileen esparrurako era arrakastatsuan erasotzen zen beste arauan datza. 117/2001 Euskal Dekretuko 3. xedapen gehigarriak zera zioen: *“Epaile eta magistratuei... dagokienez, Euskal Autonomia Erkidegoko Administrazioak eta Aginte Judizialaren Kontseilu Nagusiak edo Justizia Ministerioak hizkuntza normalkuntzaren alorrean sinatutako edo sina ditzaten hitzarmenetan, 2., 3. eta 4. hizkuntza-eskakizunak hartuko dira kontuan”*.

Eta deigarria da xedapenak arretatzen zuen deuseztapena, horrela esateko, zeharo ekidingarria zen, ezbairik gabe, berehalako ezarpenik ez zeukan manua baitzen, eta Eusko Jaurlaritzak estatu-erakundeekin hitzartu behar izango zuen gerokoaren menpe baitzegoen. Hala eta guztiz ere, aipatutako epaile-botere eta mamiazko justizia administrazioa, eta justizia administrazioaren administrazio *“autonomikoki eskuragarriaren”* bereizmenaren dogmatismoari jarraituz, nola epaileak ez baitaude Erkidegoko eskumenak okupa dezakeen eremu subjektiboan, –idazkari eta fiskalena ere ez–, inkonstituzionaltasuna aldarrikatzen da. Esanguratsua benetan, KAK behin baino gehiagotan sahiestu baditu prebentziozko erabakiak –horretara joz aparteko botuak, Gay Montalvo, Pérez Tremps eta Sala Sánchez jaunena–, orain estatu-eskumenaren aldeko militantismoa hobestea, hain ukigaitza epaileen *“statusa”* baita. Autonomia-Erkidegoak, orduan, ezin espero ere dezake epaile-

ahalmenaren gobernuarekin ituntzea epaileen nolabaiteko euskalduntzea, ez eta Erkidegoan araututako hizkuntza-eskakizunik kontuan hartu.

3. HIZKUNTZA ETA PROZESU ESKUBIDEEN BEREIZMENA

Jarrera ezberdinak errepasatuta eta Konstituzio Auzitegiak hautatu eta sendetsi duena jakinda, suertatzen da nahasmenduren bat, arriskutsua dena, muturrekoek probetxu ezbidetzkoa atera dutelako, eta egoera aldatzeko erantzukizuna nori leporatzea okerbidean jarri duelako.

Ikusi dugun legez, Euskadin epaileak, orain eta egundo ere, euskara jakitearen ezin eskatuzkoaren jarrera ofizialean, alderdien defentsaren eskubidea agertzen da, eta euskal patetismoaren aldekoek epaile gaztelaniaz elebakarrak auziperatuaren babes judizial eraginkorra urratzen duela sostengatzen dute. Modu horretan maila berean kokatzen dira eleaniztasun ofizialdu batean aintzatesitako eskubideak eta prozesu-eskubide zehatzak. Hala ere, bistan dago alderdiak edo bere abokatuak euskara hautatzen badute auzitegian adierazbide gisa –Euskadiko auzitegi batean lege oztoporik ez dena eta eraginkortasun osoa dena–, berez ez duela defentsa eskubiderik hausten, itzultzaile baten erremediora jo denean, eta bistan dago, mintzaira koofizialaren ezjakina den epaileak itzultzailearengana jotzeko ez du babesik bere defentsaren eskubide existentzibakoan.

3.1. Hizkuntz eta prozesu eskubideen disezioa

Argia da dikotomia:

1. Hizkuntz eskubideek legeria formalaren esparruan jokatzen dute, bidezko prozesu baten eskubidea soilik materiazko esparruan zaurtu ahal den bitartean, egitate bidez, kasu zehatzetan, eta haztapen hipotetikorik gabe.

2. Konstituzio doktrinaren beraren arabera ofizialtasunaren estatutu juridikoa ez dago ezarkuntza sozial errearen menean (esate

baterako, Ataunen eta Lanestosan bera da, euskararen papera, mendeetan, hain ezberdina izen delarik). Hautu politikoa da, hala kulturazkoak nola identitatezkoak diren eskakizunetan oinarrituta. Defentsagabezia prozesuan, aldiz, bidezko prozesuaren eskubide subjektibo konstituzionalaren jabeari ezartzen zaion defentsaren defizita da, sekula ezin presumitu daitekelarik, ez eta zigortu afektatuak onartzen denean edo aitzakiazko defizita denean.

3. Halaber, hizkuntza-eskubideek dakarten exijentziari erantzuteko betebeharra botereari bere orokortasunean dagokio, eta epaileen kasuan, botere judizialaren gobernuari, eta ez epaile edo bakoitzari banan-banan hartuta, eta ez da berehala bete behar, mailaka baizik, elebitasunerako bidea ez delako egun bateko kontua. Bestela, epaile –organo bakoitzak prozesu– eskubide konstituzionalen urratzea baztertu ahal eta behar du, eta euren babes ezin izan daiteke arian-arian lortuko den gauzarik, bet-betan lortzeko modukoa, estakururik gabe entzunaldiaren falta edo alderdien ezberdintasunaren aurrean, defentsagabezia eragiten badu (BJLOko 238.3. art.a, eta 84/86, 155 eta 246/88, 145/89, eta 181/94 KAaren epaiak, besteak beste).

Epaile-babes eraginkorrak, era abstraktuan, ez du behartzen epaileak Espainiako hizkuntz koofizialak jakin ditzala, Konstituzioko 24. art.aren bermearen mamiazko edukian, hizkuntza-eskubideek eratoritzen baitizkiote betekizunak prozesu baten epaileari, Erkidego Autonomoko epailetza guztiari baizik. Ondorioz, itzultzaile egokiak doan, defentsarako letradu profesionalaren laguntzaz –gaur ez dago abokaturik gaztelaniaz baino hobeto jardun ahal duenik euskaraz–, eta euskaldunak ia beti epaileari, fiskalari edo idazkariari ulertu diezaiekena elebidunak izanik, gaztelaniaren erabilerak auzitegietan euskeraz aritzea nahiago duen herritarraren aurrean ezin hauts dezake “per se” epaile-babes eraginkorra, epaileak euskara jakin ez edo txarto dakiela eta, zertzelada gehienetan.

Mailen katramila, berez, BJLOko 231.2. art.aren edukian agertzen da. Epaileek Autonomia Erkidegoko berezko hizkuntza ofiziala erabil dezakete –nahiz “naturala” gaztelaniaz erabiltzea da–, “*baldin eta ezein alderdietatik batek egingo ez bada, hiz-*

kuntz hori ez jakiteak defentsagabezia ekar diezaiokeela alegatuta”. Agerikoa da hemen arauak presumitzen duela defentsagabezia, eta teorikoki berdin-berdina izango da jardun judizialak itzultzea norako batean, euskaratik gaztelaniara, eta osterantzean, gaztelaniatik euskarara. Nire ustez, hizkuntza koofizialak ez du sorospidea izan behar, eta ez da nahikorik izango alegatzea euskararen ezjakitea Euskadiko auzitegi batek gaztelaniaz jardun dezan halabeharrez, norbere defentsaren kaltea erakutsi gabe. Gauza bat da itzuli beharra ezjakinarentzat, eta zeharo ezberdina prozesu-hizkuntza inposatzea prozesu-eskubide baten urratzearen akiakuiluaz, egiaztatu barik.

Euskadin ez da aferatsu mintzaira amakomunik ez izatea, denok eskolatuak izan baikara gaztelaniaz, geurezko mintzaira erabiltzeko eskubidearena baizik, baieztapen identitarioa bezala. Euskalduna, gutxiengo elebidun gisan, ez da mespretxatua, ez eta kultur goi-mailan dagoen etnia batean integratu irrikan dabilen taldea. Orduan bereizkeriaren aurkako babesia ez da aski. Gutxiengo boluntarioa da, hedaduran, baliabide positiboen bereizketa eskatzen duena, historian zehar egoera diglosikoa gainditzeko, bere ezaugarri bereziengatik eta eleaniztasunaren beraren balioagatik. Espainiako Konstituzioko 3.1. art.ak ezarri zuen Estatuko hizkuntza ofiziala gaztelania, espainiar guztiek hura jakiteko betebeharra, eta erabiltzeko eskubidea dutelarik, eta gero 3.2. art.ak Espainiako gainerako hizkuntzen koofizialtasuna ezartzekoa Autonomia Estatutuetan utzi zuen. Euskal Estatutuaren 6.1. art.ak jaso zuen ahalmena, gutxiengo euskaldunaren bereizketa positiboaren desirari erantzun zion, eta lurraldetasunaren hautua egin zuen. Zehazkiago, lurraldeka mugatutako eskubide subjektiboa da hizkuntza koofiziala erabiltzekoa Espainiako Autonomia Erkidego zenbaitetan, gaztelaniaz aparteko hizkuntza hautatzeko eskubidea ez baita pertsonalitate-eskubidea erresuma osoan, ez eta ofiziala berez lurralde batean, ez baitago lurralde elebarrak gaztelaniazkoak ez badira. Ordudanik Euskadiko Autonomia Erkidegoko herrialde-tako toki guztietan ofiziala da euskara, elebidunak gutxienak bagara ere, eta horregatik, botere publikoen berbeta ofizialen erabilera –auzitegiarena barne–, euskal norbanakoaren aukera linguistikoaren eskubideak baldintzatzen edo mugatzen du.

3.2. Hurrentasunaren kaltea itzulpenarekin

Defentsagabezia ez datxekio epailearen hizkuntza koofizialaren ezjakintasunari, baina horrek ez du esan nahi prozesu konkretuetan ezin ager daitekeenik epailearen hurrentasun materialaren ezagatik, alderdi, lekuko edo aditu baten komunikazioa jaso bazuen epaileak interpretari baten bitartez. Hurrentasunak ez du distantziaren gabezia esan gura, bitartekotasunaren gabezia baizik, eta definizioz, itzultzailea bitartekari bat da. Koxka ez datza ahozko edo idatzizko mezuaren distortsioan edo zehaztasun faltan, garrantzitsua izanda ere, mezuaren konkomitante den guztian baizik, fraseologia, esaera bereziak, adierazpen moldea, etabar. Xehetasun horiek erdiestaltzen dira epailearengandik hurbila frogaiturri pertsonala ez denean, itzultzailea baita (norberak antzesten du eta interpretariak berrantzesten du), gertakarien dekantazioa aldaraziz.

Interes nagusiko arazoa da hau, Bizkaitar Entzutegiko Lehen Ataleko 2004.eko urriaren 1aren autoan sakonki jorratzen duena, eta hemen bakarrik apuntatzen dut.

Kontuan hartu behar da itzulpen zerbitzuak erdaratzeko auzitegietan beharrezkoa izaten jarraituko du, herritar askok, bertoko zein kanpokoak, euskaraz jakingo ez dutelako, epaileak euskaldun osoak izan arren. Zerbitzu horiek indartu eta hobesteko ahaleginak egin behar dira, baina ez epaileengan pentsatuta, hauek erdaldunak diren bitartean, irregulartasun anitz jasango baitira euskarari atxikitzen duten alderdi eta abokatuek, hurrentasunari pairamena agerikoa utziz: a) Idazki eta agirien itzulpenetan beti ematen dira atzerapenak, normalean hilabetetakoak; b) Ahozko jardunetan, alderdiek, lekukoek eta adituek ia kasu guztietan itzuli ahal izateko bat-bateko etenarazpenak behartzen dira; c) Abokatuen euskarazko alegazio-txostenei distortsia txertatzen zaie, azalpen modua, tonua, enfasia, isilune kontrolpekoak, azpimarraketak, eta adierazmolde tipiko batzuk galduz; d) Itzultzaileek legelariak ez direnez, zati guztiz garrantzitsuak ezin ditzateke ondo itzul edo zuzenean ez dituzte itzultzen; e) Abokatuen duintasun pertsonala ez bada, duintasun profesionala iraintzen da maiz, hertsatze edo tentsioa umiliagarria ezarriz, bere hautua maiseatzen, denontzat hain erraz izanik

erdara arrunt baten jardun izana (hautua baita, abokatuak ia beti aiseago daki-eta erdaraz).

Epaitzari dagokion legediak, orain direla hogeitabost urte konstituzionaltasun blokeak, bereizketa edo desberdintze positiboaren alde, ezarri zuen herritarren aukera linguistikoaren eskubi-dea ukatzen da behin eta berriz. Hori ezin konpon dezake prozesuan epaileak banan banan, eta ez dago bere esku konpontzea, baina ez du atsedetik ere hartu behar defentsagabeziaren interdikzioaren betepenean hurrentasun materialaren kalteagatik, mintzaira koofizial baten itzultzailea bere buruari jartzen baldin badio.

4. PROPOSAMEN ERAGINKORRIK BIDERA DEZAKEGU?

Euskadi elebidun batentzat justiziagintzan epaileek eskeini behar duten zerbitzua, jurisdikzio-ahalgoa egikaritzekoan, hain antipatikoa izanik, eta konstituzio doktrinak sendetsita, badago soluziobiderik?

Lehenik eta behin, euskaldun sinpatikook euskara diglosiatik suspertzeko aurpegi atsegingarriaren neurrietan fidatzen gara, behartze edo zehapen neurrietan bainoago. Azkenean ondoreak direnak diren, merezi izango baitu. Eta legelariok izanda, euskara goimalaratzeko teknolekto juridiko gisa, epaileei dagokienez, aurreko abiapuntua gure antolamendu judizialak bete behar duen konstituzio-funtzioa zein den gogoetatzea eta gainontzeko dena azpian jartzea da: herritarren, euskaldunen zein erdaldunen, eztabaidak baketan konpontzea legerian onetsitako eskubide eta askatasunentzat epaile-babes eraginkorra bermatuz. Ez dago, bada, hizkuntz politikarik helburu hori azpira dezaketenik.

Hori horrela izanik, koofizialtasunak dakarkio betekizuna Herri Administrazioari Euskal Erkidegoko leku guztietan, eta justiziagintzari ere administrazio bat izanda, non epaileek estatu-bote-rea egikaritzuz zerbitzu publikoa eskeintzen baitute, gainera prestazio-zerbitzu bat. Euskaldun herritarrek gizarte harremanetan euskaraz, bertoko berbeta ofizialaz, baliatzen badute ohiki, inola ere ezin menpera dezake hizkuntza-politikak funtzio jurisdikzionala baldin

eta euskaldun epaileak, eta haratago, epaile-hizkera kozkortzeko gai direnak, sustatzen baditu. Halako moldez justizia administrazioan euskaldunek euskaraz erlazionatu ahal dezaten epaileekin, jakina, alderdi erdaldun hutsentzat edo euskal antipatikotasunen aintzindarientzat itzultzaileak utziz.

Hizkuntz eskubideen bermatzeaz ari naiz, eta zeharka, kasuan-kasuko prozesu-eskubideen urratzerik baztertzeaz.

Nolatan bada sustapen hori? Eskaria gehitzen eta legegintzan esperantzarik jarri gabe, mailakako hizkuntza-zirkuituen eredia Euskadiko Auzitegi Nagusiko Gobernu Salari eskatzen. Eredua sendotu ahala, eskariaren poderioz, lege-aldaberrikuntzaren aldeko aldarriak atarramendu ona izango du.

4.1. Auzitegietako euskaren bakantasunaren arrazoibideak

Badakigu Euskadin diharduen epailetza bapatean euskalduntzeko dauden arazo kontzeptualak, mintzaira normalizatu gabearentzat, baina euskara eta erromantze-hizkuntza koofizialak auzitegietako hizkuntza legez baldintzatzen dituen inguruabar asko ere dago, eskariaren ahultasuna finkatuz. Nabarienak aipatzeko:

1. Autonomia-Erkidegoaz gaineko esparruko gatazken auzi-paperak, azkenik Erkidegotik kanpora bidaiatu eta erdarara itzuliko dira. Etsenplua: 2004.eko urriaren 1eko Entzutegiko Lehen Atalean eman genuen autoa, inkonstituzionaltasunaren auzia planteatuz, euskara hutsez idatzi zuen magistratu txostenlariak, miresteko esfortzu hori gero erdaratua izan zezan.

2. Estatuko legedi eta araudi gehienak ez dauka itzulpenik euskaraz, Auzitegi Goreneko jurisprudenzia gaztelaniaz sortzen da eta ez da euskaraz ernarazten doktrina zientifikorik, bibliografia juridikoa ezin mugatuagoa gaur egun izanda. Esaterako, izkribu honetan glosatu ditudan norma eta epaien zati guztiak, Euskal Dekretuarenaz beste, neuk –baldreski– euskaratu behar izan ditut.

3. Prozesuetan normalean partehartzaile pila dago, epaileak, idazkariak eta alderdiak utzita, prokuradoreak, abokatuak, lekukoak,

adituak, eta nola ez, funtzionarioak. Zaila izango da berezko hizkuntza ofizialaren ezagutza-kuotarik garaienetara iristen diren Komunitateetan esku sartzen duten guztiak hizkuntza hori ezagutu eta behar den bezala jabetzea, askoz zailago orduan Euskadiko auzitegietan. Gaztelania, nahitaez, hizkuntza amakomuna da, eta denok dakigun berbetara jotzearen ondorioa agertzen da.

Ekin gabe doa, euskararen erabilera urria auzitegietan baldintzatzen duen inguruabarrik indartsuena Espainiako berbeta koofizialen epaileek duten ezjakintasuna da, baina legearentzat (BJLOko 231 eta 341. art.ak) epailea Euskadin jardutean euskalduna izatea komenigarria da, soil-soilik, eta horretan agortzen omen da dena, hauxe da, euskaldunen eskubideek ez dute epaileengan egiazko eginbeharririk, KAK bedeinkatua.

Esan dezakegu, Euskadiko auzitegietan euskaraz atenditu eta ulertua izateko eskubidea ezin gera daitekeenik epe mugagabeen askietsi barik, eta hogeita bost urte, dagoeneko, Konstituzioak Espainiako Estatuaren izaera eleaniztuna aldarrikatu zuenez gero, justiziagintza Euskadin, hala ere, izaera edo errealitate horretaranzko bidea urratu izan barik. Gainera dezakegu hizkuntz eskubideak hutsik izan dira prozesuan egikaritzen saiatzen direnetan, eta espainiar herri-tarren arteko trataera-berdintasunarekin luzeegi daramala.

Baina ihardets diezaigukete Epaile-Boterearen batasunaren printzipioa eta justiziaren zerbitzu publikoaren kalterik gabe, erromantze-hizkuntza koofiziala duten Komunitateetan epaile elebidunen kuota altuak lortu direla, trauma berezirik gabe. Egia da, komenigarritasun eta ez betekizun mailan, egokitze-izapide bat neurri pizgarri txiki batzuek elebitasuna arian-arian ezartzeari aurre egin dakioke, nolakoak ondoreak diren. Gauza da Katalunian, Valentzian edo Balear Iretako Autonomia Erkidegoan, epaile eta magistratuetatik 1.120 baino gehiago katalanaren –edo enparauaren– meritua aintzatetsia dutela, eta 195 baino gehiago galegoarekin Galizian, ia lurralde haietan diharduten guztiak. Euskadiko Autonomian eta Nafarroako Foru Erkidegoan, aldiz, ez dakit dozena eta erdia garen meritudunok (zalantzatsua da prozesua gaztelaniaz bezain ondo euskaraz burutzeko gauza garen).

Orduan, euskararen aurka epaile-hizkuntza izateko bilakaera honetan eta eskariaren kaltetan eragozpen gehigarriak antzematen dira.

4. Euskaraz dakien (herritarren lautik batek) eta baliatzen duen (askoz gutxiago) biztanlegoaren portzentaia oraindik ez da maila kritikora ailegatu (euskara erabiltzen duen orok erdara baitaiki halaber).

5. Euskal gatazka politikoa. Ez dut horri buruz ezer ganorazkorik esango, baina alde batetik, epailetza botere kolonial baten bezalako deslegitimazioak, eta bestetik aspaldian terrorismo bihurtu zen burruka armatuaren erasoak, ez dituzte Euskadiko gazteengan –oraintsu unibertitate-ikasketak euskaraz hein handi batean ahaltasunak izan dituen garai hauetan– sorrarazi epailea izateko bokaziorik prezeski, baina bai eragin dituzte epaileen –gehienak kanpotarrak– plantilaren mugikortasun amaigabea. Euskara, jakina, identifikatu da abertzaletasunarekin, eta hain da egia duda guztien gainean dagoela abertzalerik gabe gaur egun euskara hizkuntza hildakoa izango zatekeen, nola egia ere askotan erabili dela justiziagintzaren kontra espainola delako. Euskadin lan egiten duten epaile batzuek auzitegietan euskara arbuizatzeak eta abokatu batzuek euskara iskilu jaurtigarri baten moduan prozesuak katramilatzeak erabiltzeak elkarri elikatzen diote. Jakina, ondorea izan da puntu honetan Euskadiko gehiengo sozialari epailetzan dagokion gutxiengo nimiñoa, eta alderantzizkoa. Ez badira maitekiro tratatzen bertoko epaile euskaldunak –“zipaioen” estigma, kasu–, gutxiago ere onartuko dira arrotzak gure errealitate soziolinguistiko eta kulturalera integrazio saioak.

Hori dela eta, estatu-legegintzatik eta epaileen eskaintzatik ezin dugu gehigirik itxaron. Eskatu bai, biziki eskatuko dugu lege organikoaren aldakuntza, eta epaileen euskalduntzearen alde denok bat etorri beharko dugu, agian ez Autonomia-Erkidegoko epailetzan sartzeko hizkuntza koofizialaren ezaguera zabala betepen gisa, erabateko lehenespen gisa baizik. Baina aldaberritze eraginkor baten esperantza mendreana izanik, eta eskaintza gabetua, eskaria gizontzea da jomuga.

4.2. Zirkuitu euskalduna

Euskarazko justiziaren eskaria gizontzeko pizgarririk ez dago, baina horren gehikuntza, abokatueen bultzadaz batez ere, aurrerabide bideragarri bakarra dela deritzot. Azken batean, nahimenaren eginahal bat da. Eta eskariaren jauziarekin euskaldun zirkuitu judizial eratu behar da, dauzkagun baliabideak ustiatzen. Aurrera egiteko formula pragmatiko hau boterearen gobernuarentzat joandako garai gozoagoetan kausitu zen baina Bilboko Gobernu Salan proposamenak porrot egin zuen.

Eragozpena ikusi nahi izan dute batzuek Konstituzioko 24.2. art.ak aipatzen duen “legeak aurremugatutako epaile arruntaren eskubidean”, baina zirkuituak ez du ukitu ere egiten epaile-organoen eskumena –horrexegatik erantzuna euskaraz aurkezten bada ezin da epaitegitik atera auzia, demanda gaztelaniaz bazen–, banaketaren arazoa baita –eskumen berako organuen arteko lan banantzea–. Eta banaketaren irizpidea extrajuridikoa da baina objektiboa: demanda, salaketa, atestatua, eskabidea, etabar, euskaraz bada, organo judizial konkretu bati banatuko zaio.

Zirkuituaren ideia antolatzeke aldaera anitz izan daitezke. Nirean, epaitegietatik bat, eta organo bilduetatik salaren osaketa zehatz bat, jurisdikzio-ordena, lurralde-mugabarru eta gradu bakoitzean, urtero identifikatu beharko da jasotzeko euskara hutszeko hasiera-idazki guztiak, eginahalean. Organo identifikatu horietan, epailearen hautaketa pertsonala sahiesteko, modu aleatorio batean, zerrendatutako euskaraz aritzeko epaile meritudun titularrenartetik –organokoa edo ez–, epaiketaldirako beharrezkoak badira eta hizkuntz eskakizuna beteaz ordezkoenartetik, izendatuak izango dira euskarazko prozesuetarako. Adibidez, lan-arloko hamar epaitegietatik bat izango zen Bilbon euskal zirkuituarena, eta irazpenaren demanda bat tarteratzen bada erregistrotik horri banatuko litzaioke, gero hamar epaitegietako magistratu titularren artean hizkuntza koofizialaren merituduna badago izendatua izango da prozesurako –bere epaitegian beste gaztelaniazko irazpenaren demandaren abonuan–, edo bat baino gehiago egotekotan tokatzen zaiona, edo ordezko euskalduna. Gero suplikazio helegi-

terako Lan-arloko Salan, berdin izango zen epaimahai bat zirkuituan. Zirkuituko auzitegietara joan zitezkeen lehentasunez hizkuntza-eskakizuna bete duten funtzionarioak, eta “kargatuko” dira euskaldunez. Hasieran toki gutxitan moldatuko da saiakuntza hau, eta itzultzaileek jarraituko dute ezinbestekoak izaten epaileentzat ere, baina denbora igaro ahala, arrakasta lor daiteke. Jakina, euskaldun idazkari eta fiskalak esleitu beharko zaizkio zirkuituari, Justizia Ministerio eta Fiskaltzarekin itunduz.

Horrela, pixkanaka herritarrak edo abokatuak lagun, aukera dezaketen mintzaira ofizialean komunikatzeko gai diren justiziagintza mota bat eraikitzen joango da.

4.3. Ondorio zenbait

Amaitu gura nuke hiru ondorio aurkezten, niretzat giltzarri direnak egoera tamalgarri honetatik irteten asmatzeko:

1. Helburua izan behar da Justizian –Botere exekutiboko Administrazioetan bezala–, ahalbidetzea, daukagun lege eta konstituzio-doktrinaren arabera, prozesu osoa euskaraz eramatea, hala nahi izanik hasieran ematen duen alderdiak.

Egia da BJLOko 231.2. art.aren interpretazio baten arabera, euskaldunok ez daukagula bermatuta auzitegietan prozesu bat euskara hutsez eramaterik, hasieratik bukaera arte, alderdiren batek euskaraz ez badaki. Manu hori aldatzeko eskaera aldarrian utzi gabe, edozein modutan ere, konturatu behar dugu epailearen erabakia dela prozesu-hizkuntza koofizialeetatik zehaztea. Eta prozesua abiatzen duen alderdiak euskara aukeratu badu, epaileak jardungo da gaztelaniaz soilik gainontzeko alderdien defentsagabezia dakarrela baldin ziurtatzen badu, eta ez alderdi edo abokatu baten elebakartasun hutsegatik edo defentsa-kalterik ekar dezakeela alegazio hipotetikoagatik.

Euskarazko zirkuituak, lege agindua direna direla, “naturaltasuna” datzekio aukera-hizkuntza prozesu-hizkuntza izan dadin bermatzeko, eta epe ertain baten buruan, alderdi eta profesional euskaldunen artean gaztelaniarik gabeko prozesu osoak ikus ditzan-

kegu, eta alderdi erdaldunen hobespenak hobespen, epaileari ezin gaitzago egingo zaio defentsagabezia zantzurik antzematea izapidetza osoa elebiz eta ebazpen garrantzitsuak euskaraz egin eta gero erdaratuta ematen badira.

2. BLOak berez ez du aurrakusten herritar euskaldunarentzat auzitegietan eta epailearentzat berarentzat inolako itzultzailerik, ez gaztelaniaz ez eta (Euskadin) euskaraz ere. Ziur asko, euskaldunak elebidunak direla, eta Foru garaietan ez bezala epailea eta euskalduna bateragarria izanda, alderdietatik batek exijitzen ez balu, epaileak gaztelaniaz jardungo lukeela auzietan presumitzen duelako. Alderdi batek edo epaile batek bere kasa –bururatzeko modukoa bada– euskaraz aritzen direnetan itzultzailearen ardura du legeak euskara ez dakiten alderdi, prokuradore, abokatu, lekuko eta adituentzat. Dena dela, Espainiako herritar euskaldunak gaztelania ondo ulertuko ez balu auzitegiak komunikazioa euskaraz emateko beharra leukake. Orduan, itzultzaileak ez daude aurreikusita “per se” epaileentzat, eta teorikoki, epaileak euskaraz badihardu eta ez dakiten alderdiak ez badio aurkaratzen euskarazko jardunari, ez legoke itzultzailearen beharrik Erkidego Autonomoaren barruan –norberak onartutako defentsarik eza, zigor prozesuko hobendunarekin ezarriezina bada, nire iritziz–.

Horrexegatik diot epaileentzat interpretaria ez dela eskubidea inondik inora, euren ezjakintasunaren erremedio bakarra baizik, eta ez dela taxuzkorik epailearen defentsari buruz ezer jotzea.

Itzultzailea alderdi eta prozesuan parte-hartzaile pribatuen eskubidea da, eta euskarazko zirkuituak, prozesu-hizkuntza euskara izanik, itzulpen lanek euskaldunei sortu ohi dizkien oztopo edo gatazka guztiak, izatekotan, geratuko dira profesional erdaldunekin doazen demandatuentzat (abokatu euskaldunak ez du etenka hitz egiteko agindurik jasoko ahozko jardunetan, euskaraz aurkeztutako dokumentuak hartu eta tramitatuko dira erdarazkoak bezain arin, eta erdarara itzulitakoa, zertan balioztatu behar barik, eskatuko da presaz, etab.).

3. Epai-zirkuitu euskaldunak antolatzeke eta martxan jartzeke ezin pentsa daiteke euskara hutsean burutu daitezken epaiketa-

rako organoak izateaz bat-batean, baina hori da helburua, eta horretarako epaile euskaldunak ugaritzea nahitaezkoa duen.

Mintzaira gutxitu duten erresumako beste eskualdeetan epaile gehienek ikasi dute eta badakite, sekula auzitegitan erabiltzen (Valentziako Komunitatea, kasu) ez den arren, baina Euskadin aurreko problema daukagu: ikasi eta dakien apurra epailetzan.

Aipatutako Hizkuntzen Europako Gutunak baduka halako kontrol mekanismo bat, Adituen Komite batek osatzen duena, zeinak puntu guztietatik ikertuz gero, Eskualdetako eta Eremu Urriko hizkuntzen benetako egoera aztertu, honen berri Estatu partaideen Ministroei luzatu, eta egoeraren balorapen bat eginez, behar izanik, aholku betegarri batzuk ematen baititu. Eta Espainiako Adituen Txosten honetan oinarrituz, Europar Batasuneko Ministroen Komiteak, 2005ko iraileko 21an, gomendio batzuk eman zituen, Gutuna betearazteko asmoz, Espainiako Gobernuak irunzkinak kontuan hartuta. Eta Justiziar buruz azpimarratzen zuen bakarra (Nafarroa aparte) zen bermatu behar zela Gutuneko 9. artikulua dagokien Autonomia-Erkidegoetan Justizian lan egiten duen pertsonalaren portzentaia egokia hizkuntza koofizialen ezagutza praktikokoaren jabe.

Horixe erronka, zelan handitu, eta ez epemuga heldugaitz batera, epaile euskaldunen “portzentaia egokia”. Gaitasuna ukatzen jurista erdaldunei Euskadin epaileak izateko? Euskadiko bailara batzuetako epaitegitan euskara hizkuntz ofizial erabili beharreakoa legezztatzen? Ezetz uste dut.

Gure antolamendu juridikoan, nagusitu duen interpretazioan behintzat, ez daude hizkuntz eskubideak nahiko babestuta, eta aldaketak galdegitea zuzena da, baina nik ez dut ikusten horretatik konponbide lasterra dakarrenik, eta ez lortzeko ahalbide murrizta delako, lortuta ere arazoa soziolinguistikoa delako baizik, non eta euskara beraren egoera eta botere politikoaren gatazka agerian baitaude. Espainiako Konstituzioak akats eta orijinaltasunik biribilena gaztelaniaren ezagutza betebeharra bihurtzea da eta berbeta ofizialaren lurraldetasun printzipioarekin nahasmena, eta ez dirudi

imitatu beharko dugunik –hainbatetan erratubide espainolak euskaldundu ditugun legez– euskararekin Euskadin.

Euskaldun legelariak epaile gisa euren lurrean lan egiteko suspertzean datza koxka. Elementu suspergarri horiek jorratu behar dira, tradizio falta eta giroaren aurre. Gero, euskarazko “justizia-eskariaren” hazkondeak eta epai-zirkuituak elkarri sustatu eta garatuko dira, euskaldun abokatuak, unibertsitate-mundua eta auzitegiak inbrikatuz, euskal gizartea eta bertoko epailetzaren arteko arrakala itxi arte etorkizun hurrenean.

Edorta E. Herrera
Magistratua

ETXEAN OTSO

2003/27 uztailaren 31ko Legeak bortizkeria jasaten duten senideak babesteko neurriak sortu zituen.

Zioen adierazpenetako I. puntuan familiaren barruan erabiltzen den indarkeria, eta batez ere, bikotearen barneko indarkeria gure gizartearen arazo larria dela aldarrikatzen da, eta botere publikoen erantzun osoa eta koordinatua eskatzen du. Erasotzailearen gaineko zigor neurriak, hau da, egitate bortitz berriak ekiditzeko neurriak eta, aldi berean bai zibil arloan bai gizarte mailan biktimak babesteko neurriak, edo hausgarritasun berezia gainditzeko neurriak koordinatu egin behar dira egintza osagarri batean.

Legearen II. Zioan prozedura erraza planteatzen da: ustezko erasotzailearen entzunaldia Zigor Prozedurarako Legeko 504 bis 2 atalean aurreikusitako agerraldian egiten da, beharrezkoa izango balitz, delitua izatekotan; bestela 798 atalaren arabera azkarreko judizioa edo falten epaiketa kasuetan.

2003/27 Legeak 544 ter artikulua sortu zuen. Eskaera epailaren aurrean, biktimari informazioa emateko bulegoetan, edo gizarte zerbitzuetan aurkezten da. Kasu guztietan dagokion epaileari bidali beharko zaio ahalik eta azkarren.

Lege berriarekin baliabide batzuk martxan jarri ziren: Abokatuen Bazkunean Emakumearen gaineko indarkeriaren aurkako letratu zehatzak prestatu ziren, biktimaren alde erantzun azkarrak eta zuzena emateko. Salaketa tartekatzean baloratzen da babes-teko neurriei buruzko eskaera beharrezkoa den ala ez.

Emakumearen gaineko bortizkeriak aurpegi ezberdinak, protagonista ezberdinak dauzka, baina oinarri amankomunen bat: mehatxuak “ez duzu kontatuko”, eta hasieran ahozko erasoak “emagaldua, madarikatua...” geroxeago indarrezko erasoak –bultzadak, kolpeak–. Erasotzaileak askotan laguntzaile ahaltzuak dauzka, bai alkohola, bai kokaina. Emakumeak salaketa aurkeztu baino lehen eraso ugari pairatzen du. Lehendabiziko aldiak ez du salatzen maitasuna, harridura, eta lotsa nahasten direlako. Lehenengo erreakzioa barkamena izaten da. Baina denboraren poderioz erasoak gero eta sarriago gauzatzen dira; eta betirako amodioa prometatutako pertsonak beldurra ematen du. Elkarbizitza ezinezko bihurtzen da. Edozein arrazoiengatik edo arrazoirik gabe istiluak sortzen dira. Krisialdian bikoteak indarkeria erabiliz erantzuna ematen du eta emakumea astintzen du ahulago izateagatik: “*etxean otso*”.

Auzokoei normalean ez dakite ezer. Maiz erasotzailea oso langile fina eta preziatua izaten omen da. Nahiko pertsona atsegina, hizlari ona eta dotore jantzia. Itxura oneko gizona: “*kalean uso*”.

Legearen 544 ter 4 puntuan premiazko agerraldia sartzen da. Epaileak babesteko neurriak eskatuta biktima, eskatzailea, erasotzailea, abokatuak eta fiskalari deitu behar dituzte hirurogeita hamabi orduko epean eskaera aurkeztu denetik. Agerraldian epaileak biktima eta agresorea elkarrekin ez egotea zaindu behar du, haien artean konfrontazioa ekiditzeko. Horregatik bakoitzak bere aitortpena momentu ezberdin batean egingo du.

Emakumea lehena sartzen da epaileak galdeketa egin diezaion. Bere azalpenak amaitzen dituenetan senarra epaitegiko aretoan sartzen da, eskuak aske utzi eta gero, epailearen aurrean jezartzen da itaun batzuei erantzuna emateko.

Agerraldia burutu eta gero, epaileak auto baten bidez erabakiko du babesteko neurriak beharrezkoak izango diren, zeintzuk eta noiz arte iraungo diren. 544 ter 1. atalak babesteko neurriak hartzeko betekizunak zehazten ditu: gorputzeko edo moraleko osotasuna, sexu-askatasuna, askatasuna edo segurtasunaren aurkako delitu edo falta egin den frogatutako seinaleak egon behar dira; gainera biktima Kode Penaleko 153 atalean (173.2 atalera bidaltzen da) aipatzen diren pertsona izan behar da: bikotea edo bikote-ohia, elkarrekin bizi izan ez arren, ondorengoak, arbasoak, anai-arrebak, neba-ahizpak, naturaz, adopzioz, edo afinitatez, adin gutxikoak, edota ezgaiak familia barruan bizi badira. Eta biktima objetiboki arrisku egoeran egon behar da. Hiru baldintza beteta erabakia biktimaren alde eskatu diren babesteko neurriei buruzkoa izango da.

Babesteko neurriengatik senarrak bostehun metro baino gutxiago hurbiltzea debekatuta dauka, baita ere emaztearekin edozein medioz komunikatzea. Betetzen ez badu, delitu bat izango da: babesteko neurria apurtzeko delitua, Kode Penaleko 468. atalekoa, hain zuzen ere.

Ane Martínez

MESA REDONDA SOBRE EL DERECHO DE SACA FORAL

La Academia Vasca de Derecho invita a un debate en mesa redonda para debatir sobre la regulación actual del derecho de saca foral.

Se iniciará por el estudio de la siguiente:

PROPUESTA DE ACTUALIZACIÓN DEL DERECHO DE SACA

La troncalidad es quizá la institución más peculiar del Derecho civil de Bizkaia y no ha habido, en las distintas elaboraciones de nuestro Derecho, ninguna duda de que debe mantenerse vigente, pero es obligado reconocer que dentro de las diversas normas que regulan esta institución es el derecho de saca foral el que produce más conflictos y dificultades en su aplicación.

La saca foral se recoge en la ley de 1992 en unos términos que en lo esencial se separan muy poco de la regulación de los viejos Fueros de 1472 y 1526. Es lícito pensar que un sistema ideado en el siglo XV puede tener dificultades para adaptarse a una sociedad moderna y lo cierto es que la troncalidad en su regulación histórica provoca serios problemas en su aplicación.

La mayor causa de polémica es el derecho del tronquero a exigir la tasación y pagar el precio tasado y no el que el vendedor haya señalado o convenido con un tercero. Este derecho no producía ningún trastorno en la época foral dada la estabilidad de los precios en un tiempo de actividad económica reducida. Las tierras tenían precios poco oscilantes y el derecho a que la finca se tasase nunca se prestaba a grandes oscilaciones en el precio. Incluso en los casos de ejecución penal, en los que a falta de postores se obligaba a la anteiglesia en que radicaba la finca a adquirirla por el precio señalado por los hombres buenos.

Hoy el panorama es muy distinto ya que desde el segundo tercio del siglo XX la depreciación de la moneda es constante y la industria compite con éxito en la adquisición de los terrenos agrícolas. El auge industrial y comercial enfrenta los precios de las fincas rurales con los muy superiores que permite obtener su destino a actividades más productivas.

Se plantean muchos pleitos en la aplicación del derecho de saca que nacen de la codicia de los tronqueros vendedores o adquirentes. No me parece justo que el derecho de saca se utilice para aumentar la especulación sobre la propiedad de los terrenos. Estoy convencido de que en su concepción familiar el derecho de saca no estaba destinado a enriquecer a nadie y cuando se utiliza con esos fines no estamos actuando dentro de la finalidad propia de esta institución.

Por todas estas razones me veo obligado a plantear una reflexión –que espero no se califique de antiforalista– porque creo llegada la hora de pensar en que las instituciones que hemos recibido no hay que mantenerlas al pié de la letra sino que es obligado que las adaptemos a la sociedad en que vivimos. Quiero conciliar los derechos familiares con la realidad social en la que se ejercitan. Mi idea es que los efectos de política familiar de la saca foral podrían lograrse con la misma eficacia mediante una regulación también *foral* de un derecho similar al de tanteo y retracto.

No he encontrado fuera de Bizkaia ninguna legislación que regule la saca foral al margen del retracto y en las leyes vizcaínas



anteriores o coetáneas con el Fuero de 1526 hay modalidades que nos permiten pensar que no es inamovible la regulación del viejo Fuero. El Fuero del Duranguesado, el más antiguo, en sus confusas leyes 6 y 7 regula, en términos medievales lo que podemos considerar un derecho de saca, en el que se tasa el precio de los bienes enajenados, pero no se regulan los llamamientos forales.

Por su parte el Fuero de albedrío de las Encartaciones aunque en su título III regula los llamamientos forales en una forma muy similar al Fuero de Bizkaia (no puede olvidarse que es posterior) en su ley III se ocupa de la venta sin llamamientos, sin “descaloño” dice el texto, y, a mi juicio, aplica la fórmula del retracto, pues el tronquero ha de adquirir la finca “tanto por tanto”. Sospecho que los hombres de aquel tiempo no pretendían lucrarse con el derecho de saca sino simplemente mantener la finca en la familia mediante un precio justo. En los llamamientos no se anunciaba el precio sino simplemente la voluntad de enajenar que podía plasmarse no solamente en una venta sino en una donación o permuta.

Esto significa que en el siglo XV también hubo dudas sobre el llamado derecho de saca y que este derecho no pretendía interferir en el derecho del vendedor a vender libremente: El vendedor anunciaba su propósito de enajenar y la tasación posterior solamente pretendía que esta decisión fuese seguida de un justo señalamiento del precio, que en aquel tiempo no oscilaba mucho.

En el momento actual la justa valoración la da el mercado mismo y creo que es perturbador someter la transmisión de bienes a unas limitaciones que ya no se ajustan a los principios de la troncalidad que pretendían estimular una propiedad familiar, la antítesis de la propiedad sujeta al puro juego de la especulación.

La historia reciente la conocemos. La Compilación de 1959, aunque hizo algunas reformas puntuales mantuvo los llamamientos con su formalismo tradicional y la ley de 1 de julio de 1992, aunque aclaró algunos extremos no ha sido capaz de eliminar buen número de conflictos pese a que trató de evitarlos reduciendo el ámbito de aplicación de la troncalidad.

En el anteproyecto de ley civil vasca elaborado por iniciativa de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País se eliminaban algunos abusos limitando el ámbito de aplicación de la troncalidad, lo que hoy me parece que es un modo de menoscabarla por no tener el valor de acomodarla a nuestro tiempo. Es evidente que si se eliminara la troncalidad se acabaría con todas las dudas; pero no creo que hayamos llegado a la necesidad de hacer esto. Es preferible hacer frente a la realidad actual y no atropellarla por formalismos antiguos. Si el Derecho foral vasco quiere seguir vivo tendrá que modernizarse.

Si la saca foral se configura como los derechos de tanteo y retracto se eliminarían muchos problemas sin que sufriera nada la troncalidad, cuyo objetivo no es proteger la especulación sino amparar la familia troncal. Lo que quizá plantea más dificultades es el formalismo de los llamamientos forales pero sería este punto el que debería aclararse con un espíritu abierto.

¿No sería preferible eliminar la tasación tradicional de la finca que se regula en la saca foral sometiéndola al precio señalado por el comprador como en los casos de retracto?

En un intento de desarrollar estas ideas he retocado algunos artículos de la ley vasca de 1 de julio de 1992 con el sólo propósito de mostrar que el derecho de saca admite su adaptación a una versión más moderna y ajustada a nuestra sociedad.

Podrían introducirse las siguientes reformas:

PRIMERA. El artículo 114 podría suprimirse. Su sola lectura me convence de que fue el temor de caer en el uso especulativo de la saca el que nos forzó a introducir esta limitación que no suprime los problemas. En la sociedad actual los problemas que plantea una tasación se pueden dar también en la zona más rural de las anteiglesias. Aunque quizá fuera conveniente liberar de la troncalidad los edificios construidos o solares adquiridos con fines comerciales por un constructor que los destina a la venta a terceros.

SEGUNDA. El artículo 116 se refiere a la forma de hacer los llamamientos, es decir, provocar el uso de la saca foral.

Podría redactarse así:

Quien pretenda enajenar bienes troncales practicará notarialmente el llamamiento a los parientes tronqueros. El llamamiento podrá hacerse en forma privada o pública.

La forma privada se ejercitará mediante la notificación notarial directa a todos los parientes tronqueros. A este efecto la notificación a los parientes colaterales se entenderá hecha también a sus hijos y descendientes.

En la notificación se harán constar las circunstancias de la finca a enajenar, su título de adquisición, el precio convenido para la venta, el Notario bajo cuya fe pretenda realizarse la enajenación y los datos de identificación registral.

La forma pública exige la notificación directa al tronquero más próximo y la publicación de un edicto que se colocará durante quince días en el tablón de anuncios del Ayuntamiento en que radique la finca. A estos efectos se entenderá por tronquero más próximo el ascendiente que fuere tronquero o el mayor de los hijos o descendientes. A falta de ellos se notificará a un pariente colateral de la línea más próxima.

TERCERA. Redacción propuesta del artículo 117

El tronquero que pretenda adquirir el bien raíz comparecerá ante el Notario designado en el edicto dentro del mes siguiente a la notificación o a los diez días de la publicación del edicto. En el mismo acto depositará en concepto de fianza el diez por ciento del valor de enajenación si constare en el edicto.

CUARTA. Sustituir al art. 118

Si el título de la enajenación que se pretende fuera una permuta u otro título oneroso el tronquero podrá obligar al enajenan-

te a otorgar una compraventa por el precio que se fije de común acuerdo o, a falta de acuerdo, por tasación. A este efecto, el Notario convocará a las partes para proceder a la tasación, que tendrá lugar mediante el nombramiento de un hombre bueno por cada parte y un tercero por insaculación entre cuatro designados por el Notario.

Todas las actuaciones notariales a que se refiere este artículo y los anteriores se recogerán por el Notario en un solo instrumento.

ARTÍCULO 123 Se propone sustituir al del mismo número

Cuando el bien raíz se enajene sin previo llamamiento, cualquier tronquero cuyo derecho fuera preferente al del adquirente podrá ejercitar la saca foral solicitando la nulidad de la enajenación y que se le adjudique la finca por el precio fijado en la escritura. Deberá ejercitar este derecho en juicio ordinario promovido contra el comprador y vendedor dentro del plazo de tres meses desde la inscripción en el Registro de la Propiedad o, en defecto de ella, desde que tuvo conocimiento de la enajenación.

El mismo derecho corresponderá al tronquero si habiéndose dado los llamamientos forales se vendiera la finca por precio distinto al anunciado

Estoy dudando si debiera introducir el derecho a pedir la tasación cuando no se hayan dado los llamamientos.

Los artículos 124 a 127 no hay razón para alterarlos, salvo el artículo 125 que podría suprimirse.

Este texto está acomodado a la ley vasca de 1 de julio de 1992, pero no olvido que está presentado en el Gobierno y el Parlamento Vasco un anteproyecto de ley civil vasca, que los foralistas tenemos interés en que prospere, especialmente porque legisla por primera vez en materia civil para todo el territorio vasco y además porque introduce novedades como la regulación de la vecindad civil vasca, no limitada a Vizcaya y Ayala, en las que la labor legislativa se hace imprescindible.



He redactado la posible reforma de la ley civil foral sin ningún propósito dogmático, simplemente para mostrar que la reforma que propongo es perfectamente posible. Además he añadido algunas novedades en puntos que creo que se deberían modificar como la forma de dar los llamamientos forales. Es evidente que la reforma podría redactarse de mil formas diferentes, pero lo que pretendo es que se emita un juicio sobre la idea central que es una suavización de la regulación legal para evitar muchos problemas que en la normativa vigente pueden conducir a cuestiones y pleitos.

En cualquier caso propongo:

Que las conclusiones de esta mesa, sean las que fueren, se eleven al Gobierno Vasco y al Parlamento, a fin de que si lo creen necesario, impulsen la iniciativa legislativa que proceda.

Adrián Celaya

SEMINARIO DE DERECHO REGISTRAL DE EUSKADI. CASOS DEL SEGUNDO TRIMESTRE DE 2005

IV. CASOS EXAMINADOS EN ABRIL

1. Facultades del liquidador de una sociedad

Determinada persona física actúa como liquidador y administrador, respectivamente, de dos sociedades distintas, adjudicando bienes en pago de una deuda. Esta persona comparece como liquidador de “A, S.A.” y como administrador único de “B, S.A.” y manifiesta, que la sociedad A suscribió un convenio con la Hacienda Foral comprometiéndose a pagar una serie de deudas, entre ellas parte correspondiente a la sociedad B. Por medio del pago que A hace a la Hacienda Foral surge la deuda de B frente a la primera. Ahora en la escritura que se presenta la sociedad B adjudica una finca a la sociedad A en pago de esa deuda. En dicha escritura se incorpora certificación del acuerdo de la Junta General de las sociedad A acordando la aceptación de la adjudicación. Se plantea, primero, si puede un liquidador adjudicar un bien en pago de deuda, segundo, si es necesaria la ratificación de las Juntas Generales de las sociedades representadas, en particular de la sociedad B, al darse un posible supuesto de autocontratación y conflicto de intereses.

Respecto de la primera cuestión, los liquidadores están autorizados incondicionalmente para realizar *enajenaciones* [arts. 272 d) LSA y 116 d) LSRL], y sólo para la venta, tratándose de sociedades anónimas, se impone a los liquidadores la subasta o la autorización de la Junta dispensándoles.

En este punto se mantuvieron dos posturas: (1) La de quienes sostuvieron que una adjudicación en pago de una deuda es asimilable al supuesto de la venta, y por tanto sería necesaria subasta pública –este supuesto se daría si el acreedor resultase adjudicatario de dicha subasta– o, en su caso, autorización de la Junta dispensando de la necesidad de la subasta. (2) La otra postura considera que la adjudicación en pago de una deuda es, en este caso, una operación liquidatoria para la que no es necesaria la subasta pública. Puede entenderse como una operación liquidatoria tendente a la extinción de las relaciones jurídicas de la sociedad, pues la adjudicación en pago de una deuda puede ser un procedimiento más efectivo que enajenar el inmueble y con el dinero pagar la deuda.

Respecto de la segunda cuestión, parece claro que hay autocontratación ya que una misma persona está actuando en nombre y representación de dos sociedades distintas, como liquidador de una y administrador de otra. Y parece claro también el conflicto de intereses, pues las recíprocas posiciones de las partes se hallan en una situación de contraste, ya que una de las personas jurídicas es acreedora y la otra deudora. Parece obvio que a una empresa le interesa que el bien se valore al alza y a la otra a la baja.

Al ser la misma persona física la que actúa en representación de las dos sociedades no se asegura que en la formación de las voluntades respectivas –adjudicar en pago y aceptar– haya sido considerado exclusivamente lo más conveniente y beneficioso para el patrimonio afectado. Por tanto, es necesaria la ratificación, ante la extralimitación del representante, de los máximos órganos de las sociedades afectadas, salvando así la colisión.

2. Sociedad civil: inscripción a su favor

En una compraventa se afirma que los dos compradores “compran *por mitad y pro indiviso*, como únicos socios de la sociedad civil privada X”; del título resulta por manifestación de los mismos compradores que son ellos dos los únicos socios de la sociedad civil, y que compran *por mitad y pro indiviso* en su calidad de socios. Además la parte compradora al dirigirse al Liquidador para solicitar los correspondientes beneficios fiscales manifiesta que es una empresa que incorpora la vivienda objeto de la compra a su activo circulante con la finalidad de venderla a un particular para su uso como vivienda, y que su actividad principal es la construcción de edificios, la promoción inmobiliaria o la compraventa de bienes inmuebles por cuenta propia.

Por otra parte no se acompaña documento del que resulte la constitución de la sociedad civil, de modo que no puede calificarse el objeto social, la válida constitución de la entidad, el régimen de administración y demás pactos reguladores de la sociedad, así como el carácter de únicos socios de los comparecientes. El problema que se plantea al Registrador es el de a quién corresponde la titularidad del bien adquirido, si a la sociedad como persona jurídica o a los comparecientes *por mitad y pro indiviso*, con independencia de su cualidad de socios.

Desde un primer punto de vista, cabe entender que no queda claro a favor de quien se pretende realizar la inscripción, y con fundamento en el principio de especialidad, lo que procede es suspender el documento hasta la aclaración. Entonces, la compraventa se suspenderá por no resultar con claridad del título si la finca se adquiere por los comparecientes, *por mitad y pro indiviso*, con independencia de su cualidad de socios, o por la sociedad civil.

Otra postura se muestra favorable a inscribir el documento como una compraventa ordinaria a favor de dos personas *por mitad y pro indiviso*, sobre la base de entender que las referencias de los comparecientes a que adquieren como socios de la sociedad civil privada X, se hacen únicamente a efectos fiscales, ya que si la

adquisición se realizó para la sociedad se debió decir expresamente y de la comparecencia debía resultar que los compradores actuaban en realidad como administradores de la sociedad civil.

Dentro de esta postura, a su vez, caben dos modalidades de actuación: (1) advertir en la nota de despacho que la inscripción que ha practicado a favor de las dos personas, por mitad y pro indiviso, y no a favor de la sociedad civil, conforme al art. 434.VI RH, (2) no hacer ninguna referencia especial en la nota de despacho. El hecho de haberse planteado el problema abona decantarse por la primera de las modalidades, ya que con ese proceder se advertirá, con la mayor claridad a los interesados, del asiento que realmente se ha practicado.

3. Elevación a público de sólo parte de un documento privado

Se presenta en el Registro de la Propiedad una escritura de elevación a público de parte de un documento privado en el que una persona vendía a otras dos que compraban por mitad y pro indiviso. En efecto, al otorgamiento de la escritura pública sólo comparecen el vendedor y uno de los compradores, a efectos de que se inscriba en el Registro la compra de su mitad indivisa de la finca.

Se plantea si para la elevación a publico de un documento privado es esencial que dicha elevación sea del documento en su integridad, debiendo exigirse por tanto en el caso planteado la comparecencia del otro comprador, o si puede admitirse la elevación a público del documento privado en relación exclusivamente a la cuota del compareciente, al concurrir los elementos esenciales del contrato (consentimiento, objeto y causa), siendo la forma en este caso un simple medio de prueba (*carácter ad probationem*).

En primer lugar, se pone de manifiesto que quien podría resultar perjudicado por esta elevación parcial a público del documento, el vendedor, comparece y presta su consentimiento,

por lo que no cabrá objetar nada, desde ese punto de vista, al acto de elevación a público que se considera.

Después, se plantea que más que entender que estamos ante una “elevación a público” de un documento privado, nos encontramos ante una especie de “novación del contrato con cambio de objeto”, pues el vendedor presta de nuevo su consentimiento, pero ahora lo que se vende es sólo una parte de la finca, no la totalidad. Y no parece que deban ponerse obstáculos desde el punto de vista del Registro, aunque no se inscribiría el contrato como ha sido calificado, “elevación parcial a público”, sino como una venta de una mitad indivisa de la finca, advirtiéndolo en la nota de despacho.

También hubo quien planteaba ciertas dudas a la hora de admitir la operación, puesto que el contrato ha sido celebrado por dos partes para vender la totalidad de la finca, por mitades a dos personas; y si el contrato se configuró así inicialmente, para alterarlo sería necesaria la concurrencia de todos los que intervinieron inicialmente. En ese punto cabe traer a colación la resolución de 28 de noviembre de 2000, que afirma que no puede alterarse el contenido contractual del documento privado que se pretende elevar a público sin el consentimiento de todas las personas afectadas.

En definitiva, la postura mayoritaria se decantó por inscribir, sobre la base de que el vendedor no queda perjudicado al prestar su consentimiento, y siempre teniendo en cuenta los principios de economía y flexibilidad del sistema, que deben llevar a los Registradores, siempre dentro de los límites de ese mismo sistema, a procurar en todo lo posible el ingreso en los Libros de los títulos, para que gocen de protección y garantías, puedan ser objeto de operaciones de tráfico y permitan a su titular el máximo rendimiento económico-jurídico (resolución de la DGRN de 7 de enero de 1994).

4. Conflicto de intereses en actuación de emancipado

Se pretende hipotecar una vivienda que pertenece por cuotas al padre viudo y a sus dos hijos, uno de los cuales es menor y se halla emancipado.

Según el art. 323 CC, el emancipado no puede tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador. Por tanto, es su padre quien tiene que prestar el consentimiento, pero como el padre es también propietario de una cuota, se plantea si hay “conflicto de intereses”, dado que por una parte presta su propio consentimiento y, por otra parte, complementa el consentimiento del emancipado.

A favor de la operación se puede decir:

1.- No parece que los intereses sean contrapuestos, sino más bien correlativos o concurrentes, dado que lo que se pretende es obtener un préstamo para financiar la adquisición de la vivienda familiar.

2.- El consentimiento no lo está prestando el padre en lugar del hijo, sino el hijo emancipado complementado con la autorización del padre. (3) Si para el caso del menor de edad, el art. 166 CC exime al padre de la autorización judicial para realizar actos de disposición si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, con mayor razón debe entenderse esto mismo en el caso del emancipado. (4) La resolución de 6 de julio de 1917 sobre la constitución de hipoteca por un padre, por sí, y en representación de sus hijos menores, señala que no existía oposición alguna de intereses entre el padre y los hijos a quienes el mismo representa, antes bien, se advierte identidad de aspiraciones para ofrecer con el patrimonio común, una garantía real que asegure al Banco la efectividad de sus derechos, y les permita a ellos obtener a su vez las ventajas buscadas con el préstamo.

5. Subrogación de acreedor hipotecario

Se plantea si se produce la misma a favor de la entidad subrogada, conforme a la ley de 1994 en el caso de que la misma en lugar de pagar el préstamo al acreedor entregue su importe a los prestatarios, los cuales, a su vez, prometen pagar.

A diferencia de lo que ocurre en el art. 1211 CC en el que la iniciativa en la subrogación corresponde al deudor, que toma el dinero a préstamo de otro acreedor en escritura pública y paga a su acreedor, sin cuyo pago, por otra parte, no es posible la subrogación; en la Ley 2/1994, de 30 de enero, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, esa iniciativa corresponde a la entidad subrogada, que es la que paga al acreedor primitivo.

Por otra parte, el art. 2.III de la citada ley declara que para que la subrogación surta sus efectos basta declaración de la subrogada de haber efectuado el pago, justificado con resguardo de la operación bancaria, mientras que para el caso del apartado IV exige que se deposite la suma ante Notario a disposición de la entidad acreedora. Por todo ello, no es posible admitir que se haya producido la subrogación con la mera promesa de los prestatarios.

6. Mandamiento de embargo

En un mandamiento de embargo se traslada la diligencia de ordenación por la que se ordena la expedición del mismo a propósito de una traba realiza en fecha anterior que se indica, pero sin especificar el tipo de resolución en la que se adoptó. Se plantea si basta la traslación de la citada diligencia de ordenación para la práctica del embargo.

Conforme al art. 165 RH, toda anotación preventiva que haya de practicarse por mandato judicial se verificará en virtud de presentación en el Registro del mandamiento del Juez o Tribunal, en el que se insertará literalmente la resolución respectiva con su fecha y se hará constar, en su caso, que es firme.

Con arreglo al art. 206.2.2ª LEC, dicha resolución es el auto ordenando la anotación, resolución procedente cuando se resuelve sobre anotaciones e inscripción registrales; además, el auto habrá de insertarse, como hemos visto, literalmente. Por lo tanto, pese a lo prevenido en el segundo párrafo del art. 545.4 LEC, no es posible aceptar que la resolución que se inserta literalmente sea la diligencia de ordenación.

7. Casas prefabricadas

Se plantea si es necesaria licencia de obra para la inscripción de una declaración de obra nueva de una casa prefabricada.

La casa prefabricada, conforme al art. 334 CC, sería bien inmueble, una de dos, o por destino o por incorporación. En el primer caso, alcanzaría tal condición por la decisión de su propietario de destinarla al servicio del solar, cuya vida jurídica seguirá en adelante, mientras que por incorporación lo sería si fueran necesarias algunas obras para fijarla al terreno, de modo que no se pudiera separar de él sin menoscabo.

En el primer caso, la declaración de obra nueva vendría a expresar la decisión del propietario de destinar la casa al servicio del inmueble, mientras que en el segundo, manifestaría la realización de obras de unión de la construcción prefabricada al suelo. Parece que en ambos casos es necesaria la licencia urbanística a fin de comprobar que el proyecto de instalación de la casa es conforme con el planeamiento.

Otra cosa muy diferente, en el caso de que no haya obras de anclaje o adhesión al terreno, es que no quepa la certificación del técnico de la finalización de la obra conforme al proyecto. Sin embargo, tratándose de un solar, parece imprescindible un mínimo de obras para dar al conjunto prefabricado suministro y evacuación de aguas y energía eléctrica, por lo que la intervención del técnico resulta igualmente necesaria.

8. Ley de costas

En el Registro de la propiedad consta inscrito un grupo de viviendas sujeto al régimen de propiedad horizontal pero que se hallan construidas sobre el dominio público marítimo-terrestre en virtud de una concesión administrativa otorgada en 1965 conforme a la Ley de Puertos de 1928, y en cuyas condiciones se expresa que la concesión es a título de precario, sin plazo, a salvo el derecho de propiedad y sin cesión del dominio público. Igualmente consta inscrita el acta de recibimiento de obras pero no

hay referencia alguna a que sea necesaria autorización administrativa para la transmisión de su derecho por los particulares. Los concesionarios se hallan obligados a satisfacer un canon anual por la concesión. Se plantea la inscribibilidad de las transmisiones de las viviendas y de los actos de gravamen a la luz de la vigente Ley de Costas.

El art. 70.2 de la Ley de Costas de 1988 prohíbe la transmisión de las concesiones por actos inter vivos, además, la que se acaba de describir parece que choca con el carácter temporal que se atribuye a las concesiones por la vigente ley. No obstante para precisar su régimen es preciso acudir a las disposiciones transitorias.

Así, la cuarta previene la demolición de las obras construidas con anterioridad pero sin concesión sólo si no procede su legalización. Respecto de las construcciones realizadas conforme a concesión anterior a la entrada en vigor de la Ley serán demolidas únicamente al extinguirse la concesión. Sin embargo, en el presente caso la concesión no tiene señalado plazo, por lo que sólo cabrá su extinción por otras causas, cuya producción parece que no consta en el Registro.

Por su parte, la disposición transitoria quinta, en su apartado segundo previene que en el plazo de dos años y previamente a la inscripción, en su caso, en el correspondiente Registro, la Administración del Estado revisará las características y el cumplimiento de las condiciones de las reservas, adscripciones y concesiones vigentes a la promulgación de la Ley de Costas, pudiendo las concesiones ser revocadas, total o parcialmente, además de por las causas previstas en el título correspondiente, cuando resulten incompatibles con los criterios de ocupación del dominio público establecidos en la Ley. Añadiendo que la indemnización se determinará, en su caso, por aplicación de lo previsto en las cláusulas de la concesión o, en su defecto, en la legislación en cuya virtud se otorgó aquélla.

En consecuencia, en tanto que la concesión no sea objeto de extinción o de revocación por la Administración competente, lo que no consta en el Registro, seguirán vigentes las otorgadas con

anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Costas, como es el caso de la que ahora se estudia.

9. Concentración de responsabilidad

Existen varias fincas pertenecientes al mismo titular registral, gravadas cada una de ellas con una primera hipoteca a favor de un mismo acreedor. Posteriormente, esas fincas se integran en un procedimiento de equidistribución, adjudicándose al aportante, titular registral de esas fincas, una nueva y única parcela, que arrastraría las cargas anteriores. Se plantea si es posible que en lugar de trasladar las tres hipotecas, de suerte que cada una grave únicamente el porcentaje que a la finca aportada corresponde en la de resultado, se proceda a la refundición de las mismas y se garantice el importe total de ellas con una sola, en atención a que acreedor, deudor e inmueble son los mismos. También se plantea, en el caso de que sea posible la refundición, cual sería el trámite a seguir.

Caso de que se trate de una misma hipoteca distribuida entre tres fincas iniciales no parece, que por la vía del art. 11.8 del Anexo Urbanístico al Reglamento Hipotecario, haya dificultad para que por medio de acuerdo de los interesados en el expediente se proceda a la refundición de la responsabilidad de suerte que la finca resultante quede gravada por una sólo hipoteca, tal como vimos en la sesión de 6 de octubre pasado.

Ahora bien, si se trata de hipotecas distintas será preciso para realizar esa refundición proceder a la armonización de su régimen –plazo, tipo de interés, etc.-, armonización novatoria, que por otro lado, únicamente producirá efectos a partir de la inscripción del expediente de equidistribución, conforme a los arts. 144 LH y 240 RH.

V. CASOS EXAMINADOS EN MAYO

1. Expropiación de servidumbre para itinerario ecológico

Consulta sobre la naturaleza jurídica y reflejo registral de acuerdos con propietarios afectados por la próxima construcción

de itinerario ecológico en varios municipios de Bizkaia. Una Mancomunidad vizcaína de municipios pretende llevar a cabo una actuación en materia de turismo y medio ambiente dirigida a implantar un camino ecológico para el tránsito exclusivo de peatones y cicloturistas que discurriría por las orillas de un río atravesando cinco municipios.

Se pretende que sea la Mancomunidad la encargada de gestionar el proyecto por medio de una sociedad pública. A lo largo del camino, unos veinte kilómetros en total, nos encontramos tanto con tramos de caminos públicos que serán aprovechados como con tramos que deben ejecutarse y que transcurrirán por propiedades privadas, aunque el camino que transcurra estas últimas debe, de alguna manera, pasar a ser de titularidad de los ayuntamientos.

Tratándose de un emplazamiento rural tradicional la “expropiación forzosa” del dominio se estima como una intervención jurídica agresiva, excesiva en una población habitualmente colaboradora y sensible con las iniciativas públicas, e innecesaria por cuanto que, en términos estrictos, la ejecución del proyecto, el paso por propiedades privadas, no hace precisa la privación de la titularidad dominical bastando con una autorización o, en su caso, con la imposición de una carga ya sea real, ya sea personal, que permita la constancia registral a efectos de evitar problemas con terceros, futuros adquirentes.

Sin embargo, cuando se ha planteado la cuestión, han surgido dudas en torno a si tal carga puede o no conceptualizarse como “servidumbre real” en beneficio de la colectividad en general y, por lo tanto, sobre la posibilidad de acceso al registro de la misma. La importancia de la iniciativa (medio-ambientalmente sostenible y de inmenso valor, en todos los campos, para un valle vizcaíno deprimido) que va a hacer posible incluso la evitación de los innumerables riesgos debidos al actual trayecto angosto por la carretera general (el nuevo itinerario sería peatonal y discurriría en paralelo a la misma), y el hecho generalizado de la inscripción registral de las “servidumbres públicas” debidas o impuestas al planeamiento urbanístico, debería tener acomodo en la legislación hipotecaria.

Éste sería, por ello, el *quid* de la consulta. ¿Qué tipo de negocio y qué calificación jurídico hipotecaria habría de tener el acuerdo con los propietarios afectados en los términos ya señalados? ¿Cómo habría de articularse el mismo para que tuviera el pertinente reflejo registral?

La agresividad de la intervención parece que se refiere a la necesidad de evitar la expropiación del *dominio*, no al hecho de que el modo de gestión deba ser el de expropiación. Actuar sobre un ámbito tan extenso exclusivamente por medio de acuerdos con los propietarios del suelo puede ser largo y costoso, amén de ser de gestión imposible.

Si los particulares se encuentran dispuestos a colaborar, lo lógico parece acudir a la expropiación de la servidumbre y alcanzar, con aquellos propietarios dispuestos, los correspondientes acuerdos sobre el justiprecio. Además, lo más adecuado al fin que se pretende es la vía expropiatoria, pues precisamente la naturaleza e importancia del mismo fin son las que justifican la correspondiente declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación de los terrenos, con que se inicia la intervención expropiatoria del derecho de paso.

La servidumbre al afectar, en hipótesis, a una parcela mayor, pese a que se extienda a una superficie determinada de suelo, no agota el dominio del predio sirviente, que se supone una finca de mayor cabida, por lo que únicamente se expropia un aprovechamiento parcial y no el dominio de la parcela total, sin que sea necesario realizar segregación alguna con motivo de la actuación.

La expropiación de la servidumbre es inscribible conforme al vigente en Euskadi, art. 211.3 del Texto refundido de 1992 de la Ley del suelo. Sin embargo, no parece posible que se practique una inscripción de la servidumbre a favor de la colectividad, a menos que se pretenda declarar la misma de dominio público.

Al no haber predio dominante, la servidumbre debe constituirse con carácter personal e indefinido a favor de la sociedad pública encargada de la gestión del proyecto, beneficiaria

de la expropiación, debiendo tenerse en cuenta que en aquellos casos en que el terreno sea colindante con el cauce del río la servidumbre se solapará con la servidumbre legal del art. 553 CC que afecta a la zona de tres metros de la ribera de los ríos y con la que no parece incompatible.

Por otra parte, la servidumbre personal viene admitida por el art. 531 CC, puede establecerse a favor de una persona jurídica y con carácter indefinido, ya que la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1947 (RJ 1947\760) señala que es insostenible la hipótesis de la temporalidad forzosa de las servidumbres personales.

Dada la exigua reglamentación de las servidumbres personales, contenida en el Código civil, se considera que en lo que no resulte incompatible por su naturaleza diversa, se regirán en cuanto a su constitución, modificación y protección por las reglas de las servidumbres prediales.

El Tribunal Supremo admite, como hemos dicho el que se establezcan con carácter indefinido, y con objeto de diferenciarlas de los derechos de crédito, considera necesario que se fije concretamente el contenido del gravamen que debe soportar el predio sirviente, así como una acción <<erga omnes>> que autorice a dirigirse contra cuantos obstaculicen la facultad de goce del aprovechamiento parcial que constituya el contenido de la servidumbre (STS de 4 de junio de 1964, RJ 1964\3097).

2. Herencia, interpretación: institución de heredero bajo condición o carga

Una viuda, con poder testatorio de su marido, instituye herederos de su herencia y de la de su marido a sus doce hijos con la siguiente carga o condición: “Todos los bienes de ambas herencias permanecerán sin partir hasta que el menor de los hijos de la testadora cumpla la edad de veinticinco años. Durante dicha indivisión todos los frutos y rentas se destinarán a prestar alimentos a los hijos menores de veinticinco años hasta que cumplan dicha edad; y dejarán de ser beneficiarios de esta carga no solo los hijos

que cumplan dicha edad, sino también los que antes de cumplirla contrajeran matrimonio o dejaran de necesitarlo”. Además, nombra administradores para la situación de indivisión.

En la escritura de partición de herencia comparece una hija, mayor de edad pero menor de veinticinco, que manifiesta que no necesita seguir recibiendo los frutos, por lo que autoriza a que se proceda a hacer la aceptación y partición.

La cuestión que se plantea es si se entiende que se trata de una institución condicional y, por lo tanto, habrá que esperar a que la condición se cumpla para que opere totalmente la institución de heredero o, simplemente, si nos hallamos ante una institución modal.

El caso cobra sentido, únicamente, si se parte del supuesto de que la hija en cuestión es la única menor de veinticinco años. Sobre esa base, y atendiendo al tenor literal de la disposición, la misma establece una carga (vid. art. 797 CC).

Desde ese punto de vista, y dado que la institución modal no afecta al llamamiento a la herencia, ni es necesario que los herederos cumplan previamente la carga, podrán adjudicarse los bienes sin necesidad de posponer la partición hasta que el menor de los hijos alcance los veinticinco años. Por su parte, los bienes podrán inscribirse a nombre de cada uno de los herederos con la carga.

Si según el tenor de la disposición testamentaria se exige que los frutos se destinen a los hijos que tengan necesidad, los que no la tengan no sólo podrán renunciar sino que no tendrán derecho a los mismos, por lo que la simple manifestación de la falta de necesidad será suficiente para que no se le apliquen los frutos. Ahora bien, ello no quiere decir que en caso de que renazca la necesidad de tales hijos, no renazca el derecho de los menores de veinticinco años.

Sin embargo, nada se opone a que la beneficiada por dicha carga puede renunciar a la misma, siendo como es mayor de edad y plenamente capaz. Abunda en la posibilidad de renuncia el

hecho de que el hijo beneficiario de los frutos pierda su derecho a ellos si realiza un acto voluntario como es el matrimonio, con mayor razón los perderá si lo que pone de manifiesto es su voluntad de no percibirlos.

En cuanto a la cancelación de la carga será necesario que se acredite al Registrador o bien la renuncia de todos los coherederos menores de veinticinco años, o el matrimonio de los mismos, o el cumplimiento de esa edad por el menor de los hijos. En los dos primeros casos será necesario acreditar, además, que los demás hijos han cumplido la citada edad.

3. Subsistencia del poder

En una escritura de préstamo hipotecario comparece el marido en su nombre y en representación de su mujer hipotecando una finca inscrita a nombre del primero para la sociedad conyugal de gananciales. El Notario da todos los datos del poder diciendo que los toma de la matriz ya que fue él quien autorizó dicho poder. Se plantea la cuestión de la subsistencia del poder.

Tratándose de un poder de un particular en el que no cabe acreditar la subsistencia por la inscripción en el Registro Mercantil, la única manera de acreditarla es la exhibición al Notario de copia autorizada de la escritura o su aportación posterior al Registro, dado que lo que demuestra que dicho poder sigue existiendo y no ha sido revocado es la posesión por el apoderado de la copia autorizada, teniendo en cuenta la revocación real del artículo 1733 CC.

El único supuesto en el que se permitiría acreditar la subsistencia del poder sin necesidad de exhibición tendría lugar si entre las facultades del apoderado se encontrase la de solicitar copias, pues a efectos prácticos esa autorización equivale a la concesión del poder con carácter irrevocable. En esa línea se pronuncia la DGRN en su resolución de 17 febrero 2000 que exige como requisitos para la acreditación de la representación voluntaria “que el apoderado haya actuado mediante exhibición al Notario, o en su defecto, mediante su aportación al Registro,

en virtud de copia autorizada del poder, o que acredite, mediante otro documento público (v. gr.: certificación del Registro Mercantil) la subsistencia de dicho poder en la fecha del otorgamiento.”

4. Propiedad horizontal: apertura de folio, cancelación parcial de hipoteca y distribución de responsabilidad

Se trata de un edificio en régimen de propiedad horizontal en el que en su día, y a petición de la promotora propietaria del edificio, no se procedió a abrir folio independiente a cada uno de los elementos privativos.

Sobre el solar, antes de la declaración de obra nueva y de la división horizontal, se constituyó una hipoteca, y tras esa división horizontal algunos de los pisos se vendieron y ya se han inscrito las ventas en su correspondiente folio.

Ahora se presentan dos documentos:

1.- Una escritura pública de cancelación parcial de hipoteca con liberación de algunos de los elementos independientes

2.- Una instancia de distribución de responsabilidad hipotecaria entre los pisos que no han quedado liberados por la cancelación parcial anterior, firmada, con fecha anterior a las ventas ya inscritas, por el representante de la promotora y por el representante de la entidad de crédito.

Hay que añadir que en su día en las escrituras de venta se reconocía esa distribución de responsabilidad hipotecaria, pero señalando simplemente, en el apartado de cargas de la escritura, lo siguiente: “No obstante lo anterior, y respecto de la hipoteca constituida a favor de XXX mediante escritura autorizada por el Notario de Bilbao XXX, se ha formalizado con fecha XXX, número XXX de protocolo del citado Notario de Bilbao XXX, carta de pago parcial, habiéndose distribuido por instancia dirigida al Registro de la Propiedad, de fecha XXX, la responsabilidad hipotecaria, asignando al elemento objeto de la presente escritura, la cantidad de XXX de principal”. No se dice

nada de intereses ordinarios, ni de demora, ni el domicilio a efectos de notificaciones, ni el precio de tasación para subasta.

Cuestiones que se plantean:

1.- Respecto a la cancelación parcial, se plantea si es posible la de la hipoteca liberando alguno de los elementos privativos sin el consentimiento de los propietarios cuyos pisos van a seguir gravados. Todo ello teniendo en cuenta, además, la distribución de responsabilidad que lleva implícita la operación, y a la que no se hace referencia en el documento.

2.- La instancia plantea, entre otros problemas de menor calado, los siguientes: (I) No comparecen los propietarios de los pisos ya vendidos e inscritos y respecto de los cuales se pretende distribuir la responsabilidad hipotecaria. (II) No se fija el precio de tasación para subasta individualizado para cada uno de los pisos, sino que simplemente se señala que se tasan a los efectos de subasta en el mismo importe de responsabilidad por principal, esto es, por la suma de XXX. (III) No se fija el domicilio de los deudores a efectos de notificaciones.

3.- Se plantea la cuestión de si para los pisos sobre los que se va a distribuir la responsabilidad –los que siguen siendo propiedad de la promotora- es necesario abrir folio independiente, o bien pueden seguir en la finca matriz, teniendo en cuenta la voluntad de la promotora de que no se saquen a folio separado.

4.- También se plantea la cuestión de si es necesario que consientan o no los propietarios de los pisos cuyas ventas ya se han inscrito, en base a asientos de presentación anteriores a los de la escritura de cancelación parcial de hipoteca y de la instancia de distribución de responsabilidad hipotecaria: (I) para cancelar parcialmente la hipoteca respecto de otros pisos, quedando los suyos gravados; y (II) para hacer constar la distribución de responsabilidad hipotecaria -que afecta a su piso- a través de un documento privado presentado en el Registro después de estar inscrita ya su venta, y a cuya firma, del documento privado, no han comparecido.

5.- Por último está el problema de que se siguen presentado en el Registro documentos de compraventa, planteándose la cuestión de si debe quedar cerrado el Registro para esas ventas cuya presentación se ha hecho después de los asientos de presentación de la escritura de cancelación parcial y de la instancia de distribución.

Es evidente que la cancelación parcial empeora la posición de los pisos que permanecen gravados, por lo que no parece que pueda cancelarse la hipoteca respecto de algunos de los pisos y no respecto de otros. Ello, por otra parte, supondría una distribución de la responsabilidad hipotecaria que no podría tener lugar sin el consentimiento de los propietarios de los pisos que van a seguir gravados.

Así resulta del artículo 123 LH y de diversas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, a saber, de 17 de marzo de 1969, 12 de febrero de 1988, 27 de marzo de 1989, 15 de junio de 1993 y 16 de marzo de 1999, entre otras. Ahora bien, si con carácter previo se inscribe la distribución de responsabilidad hipotecaria, sí cabría la cancelación parcial.

A la misma conclusión se ha de llegar, por tanto, en cuanto a la distribución de responsabilidad hipotecaria. Será necesario el consentimiento de todos los propietarios afectados por esa distribución, es decir, aquellos cuyo asiento de presentación sea previo al del documento de distribución de responsabilidad hipotecaria.

Respecto de la falta de designación de domicilio para notificaciones, esa falta, únicamente impide acudir al procedimiento de ejecución directa de la LEC, lo que no obsta, sin embargo, la inscripción de la hipoteca o su distribución. En efecto, la resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2001 señala que la omisión o el posible defecto en cuanto a la designación del domicilio, no produce ni la ineficacia de la hipoteca ni impide su inscripción en el Registro de la Propiedad, sino que lo único que provoca es la imposibilidad de utilizar los procedimientos potestativos de ejecución, pues la hipoteca

puede ejecutarse por el procedimiento ejecutivo ordinario o por el declarativo.

La apertura de folio independiente es una cuestión de orden registral. Por tanto, en cuanto a la solicitud de la promotora en ese sentido, según las resoluciones de 2 de febrero de 1973 y de 19 y 21 de julio de 1966, hay dos posibilidades de actuación que quedan a criterio del Registrador.

1.- Dar preferencia al principio de rogación y a la voluntad de la promotora de que no se abra folio independiente para distribuir la responsabilidad. A favor de esta posibilidad está el hecho de que no parece que los principios de claridad y ordenación del Registro se vean gravemente violentados por reflejar la distribución de responsabilidad hipotecaria en un asiento en el folio de la finca matriz, teniendo en cuenta que la apertura de folio independiente se va a producir a medida que los diferentes pisos vayan siendo vendidos. Con esta solución se cumple con la voluntad de la promotora, y no se incurre en falta de claridad y ordenación del Registro, pues la apertura de folio independiente se producirá con las ventas de los pisos.

2.- Dar preferencia a los principios de especialidad y a los de claridad y ordenación del Registro, y optar por abrir folio independiente a cada una de las fincas, primando así esos principios antes que la voluntad de la promotora. De ese modo, se abriría folio independiente a cada uno de los pisos para distribuir la responsabilidad, con base en los arts. 8.4 y 243 LH y 66. VII RH.

En la comunicación del Censor-Interventor de 17 marzo de 2003 se inclina por esa segunda opción ya que considera que “la apertura de folio es obligatoria cuando se realice cualquier acto o negocio sobre las mismas (venta, hipoteca, etc.), mientras tanto puede el promotor solicitar que no se verifique tal apertura.”

La distribución previa en documento privado puede valer pese a que no consten los accesorios, al haber sido reconocida por el propietario gravado en la escritura de su compraventa. Finalmente, respecto al cierre del Registro a las ventas posteriores a la cancelación

y distribución parciales, el mismo se producirá hasta que se solucione el problema de esos títulos y puedan ser objeto de inscripción, o hasta que caduque el asiento de presentación.

5. Hipoteca por heredero

Se adquiere un bien por herencia, y luego se hipoteca. Manifiesta la entidad de crédito su sorpresa por el hecho de que ni en la nota simple previa a la hipoteca, ni en la nota de despacho de la misma se haga referencia a la limitación durante dos años de los efectos de la fe pública del art. 28 LH.

Conforme a dicho precepto “Las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado, no surtirán efecto en cuanto a tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante. Exceptúanse las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos.”

El fundamento del mismo se halla en la posibilidad de aparición de un heredero que revele el carácter de aparente del titular registral, en ese caso, y habiéndose producido una enajenación onerosa por ese titular registral dentro de los dos años siguientes al fallecimiento del causante, la pérdida de su derecho por el heredero aparente frente al heredero real perjudica al tercero.

Se trata de una causa de anulación establecida en la Ley y que goza de la publicidad de la misma, lo que explica que no se haga mención de esa limitación ni en la publicidad formal ni en la nota de despacho, máxime cuando, a diferencia de lo que ocurre con la limitación del art. 207 LH, no hay un precepto, ni legal ni reglamentario –como el apartado segundo del nº 2 del art. 298 RH-, que obligue a recoger la limitación de la fe pública como una circunstancia más del asiento.

6. Rehabilitación protegida en Bizkaia

Se presenta en el Registro una certificación del Gobierno Vasco firmada por el Jefe del Departamento de Vivienda y Asuntos

Sociales en la que se dice: (1) Que por resolución administrativa de fecha X y en virtud de lo dispuesto en el Decreto 315/2002, de 30 de diciembre, sobre actuaciones protegidas de rehabilitación del patrimonio urbanizado y edificado, se acordó declarar las actuaciones de rehabilitación a ejecutar en la finca registral X como de rehabilitación protegida, reconociéndose, asimismo, las medidas financieras correspondientes al titular, en virtud de lo dispuesto en la Orden de 30 de diciembre de 2002, del Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, sobre medidas financieras para la rehabilitación de vivienda. (2) Que de acuerdo con la resolución, lo manifestado por el interesado y las oportunas comprobaciones efectuadas al respecto, resulta que han finalizado las obras de rehabilitación, siendo su presupuesto protegible sin inclusión del IVA, de 7.747,52 euros, pudiendo el titular disponer de las ayudas que a continuación se indican: préstamo: 6.758,52; subvención a fondo perdido: 989,00 euros.

Se acompaña asimismo la correspondiente resolución del Gobierno Vasco declarando las actuaciones de rehabilitación como actuaciones protegidas con un presupuesto protegible de 7.747,52 euros; señalándose en el apartado cuarto de la resolución que “el beneficiario de las ayudas económicas directas, una vez recibida la certificación de obra, deberá presentar la Resolución administrativa inicial o la que la sustituya, de su concesión ante el Registro de la Propiedad correspondiente, en el que se practicará, a la vista de dicho documento administrativo, el asiento registral de limitación dispositiva del dominio que sea procedente conforme a la legislación hipotecaria.” Se plantea la cuestión de cuando comienza la limitación dispositiva, si desde la fecha de la resolución, o bien desde la fecha de la registración.

Hay que tener en cuenta que el art. 21 del Decreto de 25 de Noviembre de 2003 del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco introduce una nueva disposición adicional –la sexta- al Decreto 315/2002, de 30 de Diciembre, sobre Régimen de Viviendas de Protección Oficial y Medidas Financieras en Materia de Vivienda y Suelo en la que se señala que en el Registro de la Propiedad se practicará, a la vista de la resolución administrativa de concesión de las ayudas económicas

directas, el asiento registral de limitación dispositiva de dominio que sea procedente conforme a la legislación hipotecaria.

A la vista de ello, la primera cuestión que se plantea es la de la clase de asiento registral a practicar, ya que conforme a la legislación hipotecaria tanto podría acudirse a una anotación preventiva como a una nota marginal.

Al respecto, según acuerdo del Decanato de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles del País Vasco de 14 de febrero de 2004, se recomienda acudir a la nota marginal, para hacer constar la limitación dispositiva recogida en esa Disposición Adicional Sexta del D 315/2002 por medio de la Resolución administrativa de la concesión de la subvención.

En cuanto a lo honorarios registrales, según el acuerdo antes mencionado de graduarán tomando como base el cincuenta por ciento del importe de la subvención, a lo que deberá añadirse el asiento de presentación y la expedición de nota informativa.

Ahora bien, debe tenerse presente que el Decreto del Gobierno Vasco no prejuzga el tipo de asiento a practicar y que el art. 26.2º LH dispone que las prohibiciones de disponer que deban su origen inmediato a alguna resolución administrativa serán objeto de anotación preventiva.

La ventaja de dicho asiento con relación a la nota marginal es que podrá ser cancelado por el transcurso de cuatro años desde su fecha sin necesidad de requisitos especiales conforme al art. 353 RH y ello sin perjuicio de que la Administración pueda prorrogarlo si lo estima conveniente. Al efecto, resultará conveniente destacar en la nota de despacho el hecho de haberse tomado anotación preventiva y su caducidad futura en cuatro años.

Frente a la practica anterior, en la que se reclamaba instancia del interesado para practicar el asiento, en la actualidad parece suficiente la mera resolución administrativa, si bien, es preciso tener cuidado con el tracto sucesivo, ya que es frecuente que la resolución administrativa se siga con uno de los cónyuges y la finca

sea ganancial. En ese supuesto, para la práctica del asiento conteniendo la limitación dispositiva, será necesaria al menos instancia consintiendo la resolución por el titular registral que no haya intervenido en el expediente de concesión.

En cuanto a la fecha de efectos de la limitación dispositiva, para los casos de ayudas a la adquisición, según la disposición adicional sexta citada será desde la escritura de compraventa, o para los casos de rehabilitación, desde la fecha de la certificación de obra.

Cuestión distinta es la de la vigencia del asiento y las modalidades de su cancelación. Desde ese punto de vista parece que habría de prevalecer la fecha de la constancia registral de la limitación. Ahora bien, si la limitación se hace constar por medio de nota marginal el asiento es indefinido y no parece que quepa su cancelación por caducidad, sino que habrá de acreditarse al Registrador, la extinción de la limitación. Por el contrario, tratándose de una anotación preventiva la misma podrá cancelarse por caducidad.

7. Aceptación de hipoteca unilateral

Se presenta una escritura de aceptación de hipoteca unilateral que no ha sido liquidada del impuesto. Y se plantea la cuestión de si es inscribible o debe exigirse que pase previamente por Hacienda.

Dado que la constitución de la hipoteca unilateral ya habrá tributado y que la aceptación se considera parte de la hipoteca, se debe considerar a la aceptación como no sujeta. Ahora bien, frente a ello cabe plantearse si el Registrador puede apreciarlo o no. En ese último caso el art. 254 LH impediría su inscripción.

Apreciada la sujeción por el Registrador, según la resolución de la DGRN de 1 de setiembre de 1998, “no puede practicarse la inscripción sin que se acredite su pago o, en su caso, la exención o no sujeción declarada por funcionario competente para la liquidación” del impuesto.

Ahora bien, cuando resulta claro que el acto que se presenta a inscripción no está sujeto, conforme a la resolución de la DGRN

de 21 de diciembre de 1987 “tendrá aplicación la regla según la cual no será necesaria la previa presentación en las Oficinas liquidadoras de las resoluciones [entiéndase aceptaciones de hipotecas] para que éstas puedan surtir efecto en el Registro de la Propiedad.”

En efecto, según la última resolución citada “El artículo 254 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946\342, 886 y NDL 18732), exige para la práctica de los asientos en el Registro de la Propiedad la previa justificación del pago de los impuestos que graviten sobre el acto o contrato cuya inscripción se pretenda. La adecuada interpretación de este precepto implica que el Registrador, ante cualquier operación jurídica cuya registración se solicite, no sólo ha de calificar su validez y licitud sino decidir también si se halla sujeto o no a impuestos; la valoración que haga de este último aspecto no será definitiva en el plano fiscal pues no le corresponde en cuanto tal la competencia liquidadora respecto de los diversos tributos, sin embargo será suficiente bien para acceder, en caso afirmativo, a la inscripción sin necesidad de que la administración fiscal ratifique la no sujeción, bien para suspenderla en caso negativo en tanto no se acredite adecuadamente el pago, exención, prescripción o incluso la no sujeción respecto del impuesto que aquél consideró aplicable. Entender el precepto debatido de otro modo, esto es, afirmar que el Registrador, al solo efecto de decidir la inscripción, no puede apreciar por sí la no sujeción fiscal del acto inscribible, supondrá una multiplicación injustificada de los trámites pertinentes para el adecuado desenvolvimiento de la actividad jurídica registral, toda vez que habría de suspenderse el despacho de cualquier documento principal o complementario, en tanto no apareciese debidamente justificado el pago, la exención, prescripción o no sujeción respecto de todos y cada uno de los Impuestos existentes en el sistema tributario y vigente.”

8. Hipoteca: remisión a las cláusulas inscritas en otro registro

En su día se constituyó una hipoteca sobre la finca de otro Registro, y ahora se pretende ampliarla extendiéndola además sobre la finca del Registro donde se plantea el supuesto.

Anteriormente, se había presentado escritura de ampliación en el Registro que fue objeto de nota negativa, suspendiéndose la inscripción solicitada por el defecto subsanable de “no acompañarse el título en cuya virtud se constituyó la hipoteca que se amplía por el documento calificado siendo así insuficiente la documentación presentada para proceder a la completa calificación del préstamo hipotecario (arts. 3, 18 y 21 LH).”

Se señaló como posible medio de subsanación, la presentación de copia autorizada de la escritura en cuya virtud se constituyó la hipoteca que ahora se amplía.

Plantean ahora los interesados si es posible inscribir la hipoteca con la escritura de ampliación, y con una certificación de la inscripción que se ha practicado en el otro Registro. Alegan grandes dificultades a la hora de obtener la copia autorizada.

La respuesta debe ser necesariamente negativa, para que la calificación pueda hacerse de manera independiente el Registrador necesita tener a la vista la copia auténtica de la escritura de constitución del préstamo hipotecario, no una certificación de la inscripción de esa misma hipoteca en otro Registro.

9. Convenio Ayuntamiento-Diputación

Se trata de una propuesta de Convenio entre un Ayuntamiento vizcaíno de 14.500 habitantes y su Diputación, que suscrito por los representantes de ambas corporaciones y aprobado por el Pleno del municipio, tiene por objeto la construcción y apertura de una residencia para personas con discapacidad física en un solar edificable del Ayuntamiento, de dominio público, sujeto a la afección al uso público con el carácter de sistema local de equipamiento social previsto en el planeamiento urbanístico, previéndose su uso como equipamiento asistencial.

La Diputación se obliga a construir el edificio, urbanizar el solar y conservar ambos, así como a gestionar la residencia. El problema que se plantea es el tipo de acto a realizar para que el bien quede a disposición de la Diputación, dado que la misma no quiere hacer nada sin titularidad a modo de propiedad patrimonial

y el Ayuntamiento quiere asegurarse, con carácter real, el cumplimiento de los compromisos asumidos por la Diputación.

En particular, el Ayuntamiento no quiere que los derechos que la Diputación adquiriera sobre el solar puedan ser transmitidos a tercero, así como que no pueda cambiar el destino del solar sin su consentimiento. A tal fin se establece en la cláusula VI del convenio que “En garantía del cumplimiento de la obligación real de construir, así como de la prohibición de modificar el uso acordado, y a los fines de posibilitar su inscripción registral conforme a lo dispuesto en los artículos 13 y 37 de la Ley Hipotecaria y 51.6º del Reglamento Hipotecario, las partes intervinientes acuerdan someter dicha obligación a condición resolutoria, de tal forma que su incumplimiento producirá de pleno derecho la resolución de la transmisión a favor del Ayuntamiento.”

Todo ello pretende realizarse mediante un expediente administrativo de mutación demanial tramitado por el Ayuntamiento, conforme al procedimiento previsto en el art. 8 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, acompañado de una escritura pública de cesión del terreno a la Diputación.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en sus arts. 25.2.k) y 26.1.c), atribuye la competencia en materia de prestación de los servicios sociales para el presente caso, en que se trata de un municipio de menos de veinte mil habitantes, a la Diputación Foral.

La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, regula en sus arts. 71 y siguientes regula las mutaciones demaniales, considerándose como tales tanto los supuestos de modificación del destino o vinculación de los bienes de dominio público (mutación objetiva), como los supuestos de modificación de la situación jurídica de la titularidad sin que se produzca alteración de la afectación demanial (mutación subjetiva); a cuyos efectos deberá tramitarse el procedimiento establecido.

Sin embargo, la figura de la mutación demanial, se refiere a bienes de la Administración General del Estado o de los

organismos públicos vinculados o dependientes de ella, pero no a los entes locales, conforme a la disposición final segunda de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas en relación con su art. 2.2.

Ahora bien, una vez admitida la inscripción de los bienes de dominio público por el art. 5 RH, conforme a su legislación especial; siempre que el acto inscribible, en este caso el convenio, fuera conforme con esa legislación, podría ser inscrito, viniendo, de ese modo a gravar el bien, que no podría liberarse de su afección a las obligaciones dimanantes del convenio sin el previo acuerdo de quienes lo suscribieron.

De ese modo los bienes seguirían a nombre del Ayuntamiento pero sujetos al convenio y, por tanto, a disposición de la Diputación, pero en todo caso como bienes de dominio público. De ese modo, en el Registro de la propiedad ni el Ayuntamiento podría desafectar los bienes sin el concurso de la Diputación, ni ésta podría transmitirlos sin el consentimiento del Ayuntamiento. La única dificultad, y no pequeña, que subsiste es la de distinguir entre los aspectos personales y reales del convenio en orden a plasmar en el Registro de la propiedad únicamente los últimos.

Un último recurso, no exento de complejidad se hallaría en la cesión gratuita, de los arts. 109 y ss. del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, el cual requerirá la previa desafectación al dominio público del solar municipal, tras la que se produciría la cesión gratuita a la Diputación, quedando el bien afecto a la reversión para el caso de que el adquirente no cumpla los fines de la misma. Por su parte, la Diputación deberá, tras la adquisición, afectar el bien, de nuevo, al dominio público.

VI. CASOS EXAMINADOS EN JUNIO

1. Ampliación de hipoteca

Se plantea el régimen de la ampliación de hipoteca a la vista de la resolución de la DGRN de 17 de enero de 2002 y de su

interpretación por el Dictamen de la Comisión de Criterios de Calificación de 4 de setiembre de 2003.

La DGRN, en su resolución de 17 de enero de 2002, venía admitiendo la ampliación de hipoteca como consecuencia de la ampliación de la obligación, si bien, no podía perjudicar a terceros, considerando, sin embargo, que aunque “sea conceptualmente imposible distinguir diferentes partes del derecho de hipoteca y menos una prioridad distinta para cada una de ellas [...] ha de concluirse que la denominada por el propio legislador ampliación de hipoteca ha de asimilarse a efectos prácticos a la constitución de una nueva [...] Sus efectos, en definitiva, son los mismos que si hubiera dos hipotecas [...]”

Recoge la doctrina de la DGRN una formulación contradictoria, se trata de una hipoteca pero a efectos de tercero funciona como dos, lo cual llevará a un análisis casuístico de su régimen, ya se trate de atender al caso de situaciones concursales como al de la ejecución de cargas intermedias.

Ahora, partiendo de su admisibilidad consagrada por la DGRN, sólo cabe decir que la unidad de la hipoteca doble se producirá en mayor medida en el caso de que la segunda sea homogénea respecto de la primera en cuanto a plazo de la obligación, tipo de interés, gastos, valor de tasación para subasta, etc.

2. Interpretación del testamento: parte de libre disposición en Vizcaya

Una viuda manifiesta en su testamento poseer la condición de vizcaína aforada, lega a su nieto el tercio de libre disposición e instituye herederos a sus hijos por partes iguales.

En la partición los hijos dicen que como su madre murió con vecindad civil foral, en realidad la parte de libre disposición no es un tercio, sino un quinto y adjudican al nieto bienes en pago de ese legado de la quinta parte. El nieto, legatario, no comparece. Se plantea la cuestión de a quién le corresponde la interpretación del testamento y qué es lo que se ha legado.

Según el art. 9.8 CC la ley sucesoria será la ley nacional en el momento del fallecimiento, y el art. 14 CC señala que la sujeción al derecho común o especial foral vendrá determinada por la vecindad civil.

En Vizcaya la legítima son las cuatro quintas partes de todos los bienes del testador, que éste puede distribuir desigualmente entre los descendientes, con lo cual podría perfectamente el nieto recibir bienes que importen la tercera parte de la herencia sin perjudicar la legítima de los hijos.

Se plantea si lo que quiso legar la viuda fue un tercio de la herencia, lo que puede hacer según lo dicho, o la parte de libre disposición, que como hemos visto es en derecho foral de un quinto.

En el presente caso, lo más prudente es solicitar el consentimiento del legatario, dado que en el testamento no queda claro que es lo que se está legando. Además, no puede olvidarse que, conforme a la STS de 22 de febrero de 1997 (RJ 1997\1191), la intervención en la partición del legatario de parte alícuota deviene necesaria dada la semejanza a estos efectos entre dicho legatario y los herederos.

3. Hipoteca: apoderado complementando su poder con certificación

Es frecuente en las hipotecas de cierta caja de ahorros que comparezca un apoderado con poder que limita su intervención a operaciones iguales o inferiores a determinada cuantía, si bien se matiza en el sentido de que si cuenta con el consentimiento del Director General o del Subdirector podrá intervenir en documentos que plasmen operaciones por un importe superior. A tal efecto, se suele acompañar la correspondiente certificación expedida por el Director, pero sin acreditar su cargo, y como mucho puede, aunque no es lo habitual, que la certificación se presente con la firma legitimada notarialmente.

No deja de sorprender que se admita habitualmente esta práctica, toda vez que la carencia de facultades del representante en

principio no debería poder solventarse mediante una mera instancia o certificación suscrita por otros apoderados de la entidad.

En efecto, por exigencias derivadas del principio hipotecario de legalidad, la ratificación realizada por persona u órgano con facultades suficientes, al igual que el propio consentimiento que a través de la misma se sufre, debe ser hacerse constar en escritura pública o documento auténtico (arts. 1259 y 1280 CC, 3 LH, resoluciones de 13 de mayo de 1976 y 26 de octubre de 1982). Siendo, en todo caso, necesario acreditar la representación alegada por los representantes de la entidad que firman aquella certificación.

La resolución de 3 de marzo de 2000 admite poder en que el apoderado necesita autorización del poderdante, lo único que dice es que es necesaria forma pública para esta participación del “dominus negotii” en cuanto integra de manera decisiva la voluntad negocial de una de las partes.

Señala esa resolución que “la exigencia de documentación pública ha de extenderse a todos los elementos esenciales del concreto negocio realizado y especialmente, a las declaraciones de voluntad de los otorgantes; el apoderado carece de facultades para decidir por sí solo y con plena eficacia la celebración del contrato; la voluntad negocial ha de ser el resultado de la actuación combinada del “dominus negotii” y del apoderado, correspondiendo, en el caso debatido, a aquél la elección del comprador y la fijación de las condiciones esenciales de la compraventa.”

“Las consideraciones anteriores obligan a concluir que esta participación del “dominus negotii”, en cuanto integra necesariamente y de manera tan decisiva la voluntad negocial de una de las partes del contrato, ha de revestir la fe pública que le confiere su documentación pública (cfr. arts. 1280.5 CC y 3 LH), sin que sea suficiente el mero documento privado con firmas legitimadas, por más que así haya sido admitido por el poderdante, toda vez que se está incidiendo en una materia, cual la relativa a la organización y funcionamiento del Registro de la

Propiedad, de “ius cogens”, sustraída, por tanto, a la autonomía de la voluntad.”

Dicho lo cual, cuando se trata de contratación con consumidores es preciso, además, tener en cuenta que la disposición contractual que ordene la exclusión o limitación de la obligación del profesional de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o que supedita sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades es abusiva, conforme al apartado 6º de la disposición adicional 1ª de la vigente Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

A “sensu contrario”, y dado el carácter semiimperativo de la indicada norma, en la contratación con consumidores resulta que, acreditada la condición como apoderado de una entidad de crédito de cierta persona, no es posible, en perjuicio del consumidor, reclamar para la inscripción de la hipoteca, formalidades adicionales, por lo que a los efectos de tal inscripción en beneficio del deudor, es irrelevante la circunstancia de que conste o no la referida certificación, sin perjuicio, de que la entidad de crédito deba acreditar adecuadamente su aceptación si quiere ejecutar su hipoteca.

En consecuencia, a la hora de certificar sobre tal hipoteca será preciso poner de manifiesto que la inscripción se ha practicado exclusivamente en beneficio del consumidor, sin que, ello no obstante, conste en el Registro de la propiedad que el acreedor haya inscrito su aceptación, sin cuyo requisito no podrá ser la misma ejecutada.

4. Sucesiones: declaración de herederos abintestato y adopción

El Notario se plante el otorgamiento de las declaraciones de herederos abintestato del matrimonio constituido por D. Felipe G., fallecido en 1968, y de D.^a Jesusa B., fallecida en 1997, así como la de la hija de ambos D.^a María Carmen G. B., fallecida en el 2004.

Ese matrimonio tuvo dos hijos, D. Felipe G. B. que vive, y por tanto, es heredero y D.^a María Carmen G. B fallecida, como se ha dicho, en el año 2004, que se casó con D. José Miguel G., quién falleció, a su vez, en 1984.

Ese último matrimonio tuvo dos hijas, D.^a Ainhoa G. G., que vive, y D.^a María Carmen G. G., que falleció en el año 1998, y por tanto premurió a su madre. Además, sabemos que D.^a María Carmen G. G. ha tenido dos hijos y que dichos hijos fueron dados en adopción por dicha D.^a María Carmen en el año 1994.

El Notario cree no poder acreditar documentalmente dicha adopción, puesto que teme que el Registro Civil no proporcione a sus clientes las correspondientes certificaciones. Existen varios testigos que manifiestan que les consta dicha adopción.

Tratándose de hijos que han sido adoptados por personas ajenas a la sucesión que se estudia, han quedado totalmente desvinculados de su familia biológica o por naturaleza, lo que lleva a una total inexistencia de cualquier derecho sucesorio, con las excepciones del art. 178.2 CC.

Ahora bien, para que dicha ausencia de derechos sucesorios sea operativa es preciso acreditar que los hijos de D.^a María Carmen G. G. fueron adoptados, lo cual puede realizarse mediante certificación del Registro civil, hallándose legitimados para pedirla tanto don F. G. B. como doña A. G. G., en cuanto que, conforme a la resolución de la DGRN de 24 de setiembre de 1996 (RJ 1997\1429), su mismo derecho a la herencia, dependerá del eventual llamamiento a los adoptados.

5. Hipoteca en garantía de deuda ajena por el Consejero Delegado

Se trata de una hipoteca en garantía de una deuda ajena otorgada por el Consejero Delegado de una sociedad. Se replantea el Registrador las tesis de las resoluciones de 12 y 16 de mayo de 1989 que llevarían al Consejero Delegado a poder realizar esta operación sin necesidad de autorización de la Junta.

Varias resoluciones de la DGRN tratan del caso, sin que debatido de nuevo se vieran motivos que desvirtuasen tales decisiones. Así, la resolución de la DGRN de 12 de mayo de 1989, la de 16 de mayo de 1989, y la de 17 de noviembre de 1998, admiten la hipoteca garantía de deuda ajena llevada a cabo por el órgano de administración, con el argumento de que éste órgano no ve restringido su campo de actuación a los actos de ejecución y desarrollo del objeto social, sino que también puede realizar actos “neutros y polivalentes”, considerándose como tales todos aquellos que no sean claramente contrarios al objeto social.

6. Usufructo: cancelación por muerte del titular sobreviviendo el otro cónyuge

Se trata de un derecho de usufructo que en el Registro de la Propiedad aparece adquirido por compra por uno de los cónyuges con carácter presuntivamente ganancial; ahora muere el cónyuge adquirente sobreviviéndole la mujer, y la nudo propietaria pretende la cancelación del usufructo presentando un certificado de defunción del usufructuario.

La conclusión es que, en efecto debe accederse a la cancelación, pese a que hipotéticamente, quepa imaginar que si el otro cónyuge no acudió a la notaría, fue, tal vez, por un motivo baladí, fiado en que el derecho, cobraría, en todo caso, naturaleza ganancial.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el usufructo se adquirió a título oneroso con carácter vitalicio, es decir, su duración viene referida a la vida del que lo compra, no de su cónyuge, a pesar de que durante la vida del adquirente su contenido sea ganancial.

Por tanto si fallece el cónyuge adquirente del usufructo, a cuya vida está unida la existencia de tal derecho, quedará el mismo totalmente extinguido, siendo nulo su valor a efectos de la liquidación de la sociedad conyugal.

Otra cosa sería si el que fallece es el cónyuge no titular del usufructo ganancial o presuntivamente ganancial, el derecho

quedaría sujeto a liquidación y adjudicación en el proceso consiguiente a la disolución de la sociedad conyugal como resulta de la resolución de la DGRN de 31 de enero de 1979. Sobre esta materia cabe verse también las resoluciones de 10 de julio de 1975, la de 21 de enero de 1991 y la de 25 de febrero de 1993.

7. Presentación por fax de documento judicial después de 24 horas

Se solicita por fax la presentación de un mandamiento judicial ordenando practicar anotación preventiva de embargo. La fecha del mandamiento es anterior en más de tres días a la solicitud por fax. A la luz de los arts. 248 LH y 418 RH el Registrador se plantea si darle presentación.

En el caso de las escrituras públicas hay que tener en cuenta la Instrucción de 2 de diciembre de 1996 sobre colaboración entre Notarías y Registros de la Propiedad, para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, que en su artículo 3 dice “Plazo de remisión de la comunicación: Cuando el Notario por su propia voluntad o necesariamente cuando así lo solicite el interesado, remita al Registrador la comunicación a que se refiere el artículo 249 del Reglamento Notarial, deberá hacerlo el mismo día del otorgamiento o, al menos y sin perjuicio de la responsabilidad civil o disciplinaria en que pudiera incurrir, dentro de las veinticuatro horas siguientes. En otro caso, el Registrador denegará la práctica del asiento de presentación y archivará el documento, comunicándoselo al Notario solicitante.” Se puede plantear si cuando se dice que el “Registrador denegará la práctica del asiento” se está diciendo con carácter imperativo, o bien puede el Registrador practicar el asiento a pesar de lo dicho.

Pero para los documentos judiciales, dice GARCÍA GARCÍA en sus comentarios al art. 248 LH que “parece que carece de trascendencia registral, a efectos del asiento de presentación, el plazo de remisión dentro del mismo día hábil o dentro de las 24 horas, según los casos, a que se refiere el art. 249 del Reglamento Notarial y el artículo 418.5 del Reglamento Hipotecario, para comunicaciones judiciales y administrativas, pues dicho plazo de remisión es una mera obligación

del funcionario público autorizante que tiene efectos en el marco de las relaciones entre el mismo y el particular interesado, a efectos de la responsabilidad de aquél, si se produjera algún perjuicio antes de la presentación en el Registro, una vez transcurrido el plazo obligatorio citado, pero sin que impida la práctica del asiento de presentación por remisión tardía”.

Si bien una postura rigurosa del Registrador podría llevarle a negar la presentación por fax, al haber quedado incumplido el plazo de remisión, parece más aconsejable apartarse de esta interpretación rigurosa del articulado y optar por un criterio más flexible en aras a permitir y promover el acceso de la documentación a los libros del Registro, protegiendo el interés en este caso de quienes se pueden ver perjudicados por el retraso en la remisión por fax al Registro de la solicitud de presentación.

En la actualidad, el art. 629.1 LEC establece imperativamente la remisión por fax al Registro de la propiedad del mandamiento, el mismo día de su expedición, fecha que no tiene que coincidir con la del mandamiento mismo.

8. Representación: administrador de sociedad; el cargo resulta de certificación

En una escritura de ampliación de capital social con aportación de local, comparece el matrimonio dueño del local, en su propio nombre y, además, el marido, llamado Rafael, en representación de la sociedad, sin expresar en virtud de que cargo actúa, ni acreditarlo.

Tan sólo se señala que “sus facultades para este acto se desprenden de la certificación de acuerdos de la Junta General, expedida por el mismo Rafael, en su calidad de Administrador Solidario”. En la certificación se dice que se faculta a Rafael para elevar a público el acuerdo y la escritura de ampliación de capital está inscrita en el Registro Mercantil.

Como a los efectos del Registro de la Propiedad la aportación debe ser aceptada por la sociedad a través de sus

representantes, se plantea la duda de si es necesario acreditar el cargo de Administrador mediante la escritura en la que fue nombrado con los datos de su inscripción en el Registro Mercantil, o basta que se haya dicho en la certificación, que se le faculta para elevar a público, y que de esa certificación resulte que se acepta la aportación.

Si de la certificación resulta la manifestación de voluntad de la sociedad para adquirir el local parece suficiente con la simple facultad de elevar a público el acuerdo, sin que sea necesario acreditar cargo alguno, ya que el consentimiento por el que la sociedad adquiere no debe producirse necesariamente con posterioridad a la manifestación de voluntad de los dueños del local por la que lo entregan a la sociedad en cumplimiento del acuerdo de ampliación de capital.

Por otro lado no existe conflicto de intereses entre el representante y la sociedad ya que su actuación es de mera ejecución del acuerdo de la junta.

9. Régimen y arancel de la nota marginal de calificación definitiva

Se presenta en el Registro de la Propiedad una cédula de calificación definitiva de vivienda de protección oficial de parte de los pisos de un edificio de reciente construcción, todos ellos de más de noventa metros cuadrados útiles. Se plantea como hacer constar dicha calificación definitiva en los Libros del Registro y como aplicar el arancel.

En particular se plantea la duda de si además de aplicar la reducción del cincuenta por ciento del nº 3.1 del arancel para las notas marginales, se debe aplicar la reducción de otro cincuenta por ciento, con lo que al final se cobraría el veinticinco por ciento, por tratarse de VPO. En definitiva la duda planteada es si la reducción del cincuenta por ciento, por tratarse de VPO y determinada por el art. 8.1 de la Ley 41/80 de 5 de julio, y en el art. 37 del RDL 6/2000, se aplica a los supuestos del nº 3 del arancel.

A pesar de que la calificación definitiva de VPO se refiere solo a parte de los elementos privativos del edificio, pues también hay locales, la manera de proceder a su reflejo registral, conforme a la resolución-consulta de 26 de abril de 2000, es la de practicar una nota al margen en el folio de la finca matriz y notas de referencia en cada uno de los folios abiertos a los elementos independientes calificados como VPO.

Por otra parte, en comunicación colegial de 17 de marzo de 2003 firmada por Jesús María del Campo se señala: “La obtención de calificación definitiva de VPO origina un asiento registral (nota marginal), que es minutable conforme al nº 3.1 (50% del nº 2.1), por cuanto es una nota marginal que produce modificación de los derechos inscritos. La base sobre la que aplicar el Arancel vendrá determinada por la suma del precio máximo de las viviendas calificadas, fijado en la propia cédula de calificación, y si que pueden ser tenidos en cuenta los locales y demás elementos ajenos a la calificación de VPO (Resolución de 14 de Noviembre de 1996).”

En cuanto a la manera de cobrar dicha nota, no plantea dudas por tanto el hecho de que deba aplicarse el nº 3.1 del arancel –cobrar por tanto el cincuenta por ciento– utilizando como base la suma de los precios máximos de venta de los pisos que figuran en la propia cédula de calificación definitiva.

A favor de la no aplicación de la reducción a los supuestos del nº 3 se podría esgrimir que los beneficios arancelarios están siempre referidos a la escala básica del arancel, y no a otros conceptos o cantidades fijas relativas a operaciones distintas, como es el asiento de presentación y las afecciones fiscales (cfr. Número 2 punto 5 del Real Decreto 1427/1989 que al mantener en vigor las bonificaciones en materia de VPO lo establece únicamente dentro del concepto Inscripciones o nº 2, sin afectar al nº 1 Presentación, ni al nº 3 Notas marginales. En este mismo sentido las resoluciones de 27 de octubre de 1999, 8 de noviembre de 1999, 21 de marzo de 2000, 20 de julio de 2000 y 2 de enero de 2001.

Además es reiterada la doctrina de la Dirección y del Tribunal Supremo en materia tanto tributaria como arancelaria en

el sentido de que las exenciones, reducciones y bonificaciones, por su carácter excepcional, sólo pueden admitirse cuando están clara y expresamente contempladas en las disposiciones que las establecen, sin que, en ningún caso, puedan ser objeto de interpretación o aplicación extensiva o analógica, sino por el contrario, han de serlo de forma absolutamente rigurosa y restrictiva (STS 23 de enero de 1973 y 23 de julio de 1986 y RRDGRN de 13 de enero de 1982, 27 de marzo de 1996, 24 de mayo de 1996 y 13 de diciembre de 1999).

Ahora bien, también hay que tener en cuenta que la afirmación de que los beneficios arancelarios no se aplican a otros números del arancel que no sean los de la escala básica, reflejada en reiterada doctrina de la Dirección, se refiere más bien a números del arancel que establecen cantidades fijas (asiento de presentación, notas simples o certificaciones, notas de afección fiscal, etc.) o en general a supuestos en que las normas arancelarias imponen una cantidad fija (por ejemplo la primera transmisión de VPO de menos de noventa metros cuadrados útiles).

También hay que tener en cuenta que la calificación definitiva de una VPO, a pesar de hacerse constar por nota marginal, no deja de ser una modificación jurídico-real inmobiliaria, a propósito de la que el art. 8.1 de la Ley 41/80 dispone que “Uno. Los honorarios de Notarios y Registradores de la Propiedad tendrán una reducción de un 50% de los derechos... Se entenderán incluidos entre dichos actos la adquisición del solar, las modificaciones hipotecarias de fincas... y, en general, todos los actos o negocios jurídicos necesarios para que las viviendas queden disponibles para su primera transmisión o adjudicación.”

La calificación definitiva de VPO supone el reflejo registral de un acto que ha sido definido por la doctrina más autorizada, como la resolución administrativa por la que se declara que las obras se ajustan al proyecto aprobado, se conceden de forma definitiva los beneficios, y se sujeta al promotor y sucesivos titulares al régimen de uso, conservación y dominio de las VPO.

Es decir, supone dar publicidad a la consolidación de un especial contenido del derecho de propiedad inscrito, respecto de

las viviendas a las que se ha concedido la calificación definitiva de VPO, en definitiva dar publicidad a una modificación jurídico-real inmobiliaria. Por tanto, se considera que la aplicación de la reducción por VPO da lugar a cobrar la mitad del cincuenta por ciento que resulta de la aplicación del nº 3.1 del arancel.

En cuanto al régimen aplicable, las normas que lo conforman son el Real Decreto-Ley 31/1978 de 31 de octubre, y demás disposiciones de desarrollo, así como de la Ley del Parlamento Vasco 7/1988 de 15 de abril y los Decretos 315/2002 de 30 de diciembre y 290/2003 de 25 de noviembre.

10. Donación de vivienda de protección oficial

Se plantea la necesidad del visado de la Administración para inscribir la donación de las mismas.

Según una opinión minoritaria, la exigencia del visado, conforme al tenor literal del art. 26 del D. 315/2002, de 30 de diciembre del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, debe limitarse a los casos de transmisión de la propiedad por medio de compraventa y también para los casos de elevación a público del contrato de arrendamiento, habiendo incluso quien opina que debe limitarse a ese último caso.

En efecto, los párrafos tercero y cuarto del art. 26.2 citado disponen: “Junto con los documentos señalados, los transmitentes y arrendadores de viviendas deberán presentar, juntamente con el contrato de compraventa o arrendamiento, o documento privado de cesión previo a la constitución de derecho real, para su correspondiente visado, la documentación acreditativa de que el adquirente o arrendatario de la vivienda reúne las condiciones exigidas para acceder a este tipo de viviendas. Se exceptúa de esta obligación el supuesto de permuta entre dos viviendas de protección oficial, ya que si bien es necesario el visado del correspondiente contrato, no se exigirá la acreditación del cumplimiento de los requisitos para acceder a una vivienda de protección oficial en el momento de la permuta.”

“Si se comprobara que no se cumplen los requisitos exigidos para el acceso a este tipo de viviendas, se denegará el visado, emitiéndose la oportuna resolución que será debidamente notificada con el régimen de recursos que proceda. Para la elevación a escritura pública de los contratos de compraventa o arrendamiento, los Notarios deberán comprobar que han obtenido el correspondiente visado. Sin dicho visado, las adjudicaciones no se podrán elevar a escritura pública, ni inscribirse en el Registro de la Propiedad.”

Para la opinión mayoritaria, sin embargo, el art. 26 exige la presentación de la comunicación de la transmisión de la propiedad de viviendas de protección oficial también en los casos de transmisión “inter vivos”, lo que incluye a la donación, pero no a la extinción de condominio, dada la naturaleza especificativa del título en ese último caso.

11. Cláusula de préstamo hipotecario

Se plantea la inscribibilidad de la cláusula que en una hipoteca en garantía de un crédito en cuenta corriente señala la posibilidad de cargar en la cuenta cualquier obligación a favor de la entidad de crédito prestamista que la misma ostente contra su cliente.

La previa concesión de crédito por la entidad financiera hasta una cantidad máxima desplaza a segundo plano la cuestión sobre la determinación de las obligaciones que la misma podrá cargar en la cuenta, las cuáles podrán determinarse de modo genérico.

Caso distinto es que el acreditado sólo pudiera disponer de su crédito mediante dichos cargos, en cuyo caso la determinación de las líneas fundamentales de las obligaciones que pueden ser cargadas pasa a ser esencial, a fin de eliminar la arbitrariedad del Banco sobre esa determinación.

Por tanto, sólo en el primer caso cabe pronunciarse por el acceso al Registro de la propiedad de la cláusula.

Carlos Ballugera y Javier Regúlez

CRÓNICA DE UNA PRESENTACIÓN: ASÍ NACIÓ BIZKAIA. DE ARRIGORRIAGA AL FUNDADOR DE BILBAO ¹

Adrián Celaya jauna,
Sestaoko alkatea,
Señoras y señores,

Buenas tardes.

Hoy represento en este acto a la Academia Vasca de Derecho, academia surgida de la mano del autor del libro que presentamos y academia que, además, tiene una participación directa en la publicación de este nuevo título con el que Adrián Celaya Ibarra, Ilustre de Sestao, pone una vez más a la vista y lectura de todos nosotros los trazos fundamentales de los orígenes e historia del Señorío de Bizkaia.

Huelga presentar al autor, de sobra conocido por todos nosotros, pero no está de sobra recordar sus méritos como jurista y, en nuestro caso, como sestaoarra de pro, comprometido con la vida e instituciones de este pueblo y atento siempre a su historia, su cultura y su derecho.

Antes de entrar propiamente en la exégesis del contenido del libro, quiero manifestar mi profunda e íntima convicción sobre la excelencia del mismo, motivada por dos factores fundamentales. El primero, el contacto casi diario con el autor durante estos últimos

¹ Texto leído el día 20-12-06 en Sestao, con ocasión de la presentación del libro "Así nació Bizkaia. De Arrigorriaga al fundador de Bilbao" del Presidente Don Adrián Celaya Ibarra y la imposición a éste del título de Ilustre de Sestao.

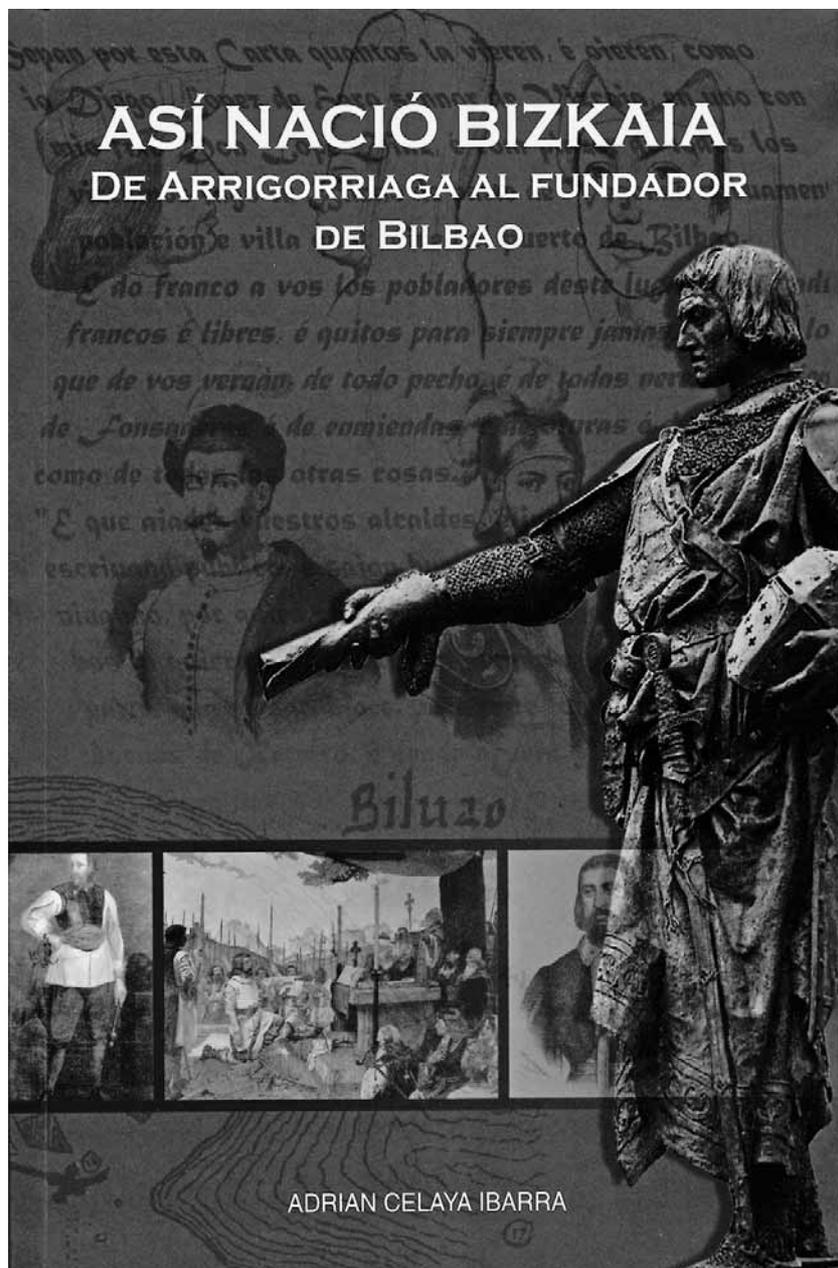
años, que me ha permitido ver de cerca y, por qué no decirlo, aprovecharme también, de los sólidos conocimientos de Adrián Celaya sobre la historia de Bizkaia y su régimen foral. El segundo, el hecho de que he sido testigo y lector del libro, junto con Javier Oleaga, conforme se iba gestando, esto es, capítulo a capítulo, gracias a los envíos que periódicamente y a través del correo electrónico nos iba haciendo Adrián.

El libro en sí recoge los capítulos fundamentales de la historia de Bizkaia, desde su origen hasta Lope Díaz III, con lo cual es el complemento necesario e imprescindible del libro que Adrián Celaya publicó el año 2005 sobre Señores de Bizkaia, en el que hace un recorrido que va desde Diego Lope de Haro V hasta Isabel la Católica. Parece, pues, que Adrián nos ha contado la historia desde el inicio hasta el final, aunque empezando por el final. En todo caso, la historia y las vicisitudes del Señorío de Bizkaia se han completado y disponemos de la totalidad de los materiales en relación a los Señores de Bizkaia.

La siguiente cuestión, sin embargo, es preguntarnos si se trata de un libro al uso cargado de citas históricas e eruditas, o si, por el contrario, es algo más personal, más propio del autor, y, yo me atrevería a decir, el producto de una reflexión más íntima y la manifestación de todo un “poso” de saberes históricos y forales que el autor intenta, y, a mi juicio, consigue, explicar y explicitar para que cualquier vizcaíno o vizcaína de nuestros días pueda tener acceso a la historia de Bizkaia.

Adrián no desdeña a los autores anteriores que se han preocupado por estos temas. Así, las citas de Gregorio Balparda, Labayru o Llorente o las referencias a García Salazar, aparecen entre otras en el libro, pero siempre matizadas por la fina pluma de Adrián, que las sitúa y enmarca en su contexto histórico y, además, las explicita para el lector actual de una forma francamente accesible.

Alguna vez le he oído decir a Adrián que ésta es la forma en la que a él le gustaría que, en su día, le hubiesen contado la historia de Bizkaia, ya que esto le hubiera permitido tener una primera idea, más cabal, de lo que significa nuestro pasado en nuestra realidad presente.



Portada del libro de Don Adrián Celaya Ibarra

Hay, sin embargo, una técnica que utiliza Adrián en este libro, que, para mí, es novedosa y consiste en el diálogo que el propio autor entabla con cada uno de los Señores cuya vida y hazañas ha narrado. En ese *agur* que al final de cada capítulo dedica Adrián Celaya a los Señores de Bizkaia, Adrián hace una evocación de cada uno de estos Señores de Bizkaia.

Creo que la más sugerente es la que dedica al primero Señor de Bizkaia:

Don Iñigo Lopez, conde de Bizkaia, mi primer Señor histórico

Te escondiste en la Historia, aunque no tanto como para que ignoráramos tu existencia y algunos datos de tu vida. Quedan en la oscuridad muchas circunstancias que desearíamos conocer. Fuiste conde de Bizkaia pero no usabas el título de Señor. ¿Te concedió el título el rey de Navarra o el de Castilla? ¿Tuvo algo que ver en este nombramiento la Bizkaia profunda?

Tenías bienes en Bizkaia y quizá por esto aquellos bárbaros habitantes de nuestra tierra te tomaran a gusto por su Señor. Pero nuestra Bizkaia vivía en el silencio y en la pobreza. Y pienso que por esta razón te acogiste a la Rioja y sobre todo a Nájera, tierra rica en trigo y en vino.

Te alineaste con el partido del vencedor y es posible que fuera ése el único camino de la paz. Sin embargo, mientras Castilla y Navarra caminaban firmemente por las rutas nuevas que se iban abriendo al mundo, Bizkaia estaba adormecida, esperando la mano firme que la hiciera despertar. Muy pronto surgirían los banderizos con clarines de guerra, y sufrirían las madres y los niños las tropelías de la barbarie humana.

El camino hacia delante sólo podían encontrarlo los hombres de paz. Tengo la impresión de que no fuiste hombre de guerra, o al menos no consta tu presencia en acciones armadas. Lo tuyo era vivir tranquilo entre tus vides, y tus trigales. Bizkaia tardaría en despertar porque no era el tiempo para una tierra pobre, repleta de

montañas y sin los valles que permitían recolectar grandes cosechas. Bizkaia se tenía que crear por el esfuerzo de sus hombres, que para ponerse en marcha necesitaban la paz y la mano que marcara nuevos caminos.

Es posible que tu política conformista fuera necesaria para mantener algún tiempo en calma a los lobos dormidos que no tardarían en despertar.

Agur, don Iñigo! Ojalá algún nuevo historiador nos pueda contar toda la verdad sobre ti.

Una vez más, Adrián muestra ahí su profunda vizcaína y su conocimiento de la realidad foral vizcaína y vasca. Conocimiento que le lleva a despedirse de Don Lope Díaz III, último Señor de Bizkaia al que se refiere el libro, de la siguiente forma:

Agur, don Lope!

Fuerte stirpe riojana que paseó por Castilla y Aragón el nombre de Bizkaia. Fuiste enérgico y tenaz. Tenías muy claras tus propias ideas y no admitías que las contrariase el capricho de un rey.

Fuiste el compañero de Alfonso X mientras era aún príncipe y te mostraste valiente y aguerrido en acciones de guerra y negociador en las de paz.

Te veo como un hombre de una pieza. No participo de la opinión de quienes te muestran como interesado y casi avaro. Lo desmentías cuando renunciabas a todos los muchos honores que tenías en Castilla para unirte a Aragón o encerrarte en Bizkaia. Es posible que en tu mente estuviera la idea de un país unido en intereses, pero diferenciado en sus costumbres, en el que podrían convivir con Castilla, nuestra Vizcaya histórica y la enorme complejidad del reino de Aragón, en el que no entraba la lengua castellana.

Agur, lejano don Lope III, tan amigo de sus amigos, y tan tenaz en la defensa de sus ideales. Siendo un miembro de la noble-

za, no te importaba crear villas que reducían tu poder. Quizá hoy fueras un gran hombre de Estado.

Agur

Habían cambiado, por tanto, las tornas en la historia de Bizkaia, y aún habría de cambiar el rumbo de la historia para que, junto a narraciones o a descripciones de episodios cuasi legendarios como la Batalla de Arrigorriaga, nos encontremos con evocaciones que el autor liga con la realidad actual.

¿Cómo serían y cómo vivirían los vizcaínos del tiempo de don Lope Iñiguez, entre los que seguramente hay que contar a mis más remotos ascendientes? Es absurdo pensar que desciendo de don Lope o de algún alto caballero, porque si han pasado treinta generaciones, el número de mis viejos abuelos de aquel tiempo tiene que pasar de un millón con la consecuencia de que quizá todos los habitantes de aquella vieja Bizkaia tan poco poblada son antepasados de cada uno de nosotros, empezando por el Señor y terminando por el último mozo de cuadra o la más casquivana Maritornes. Sin descontar que pueda haber entre ellos judíos, moros y traficantes.

El análisis de aquella sociedad para buscar en la oscuridad de los tiempos a quienes pueden ser mis hermanos o mis ascendientes, puede ser muy fructífero si no nos detenemos en los que más brillaron, porque también fueron mis abuelos los sometidos a servidumbre, los oprimidos por las vejaciones de los poderosos, los obligados a pagar tributos pesados. Viéndolos a todos como iguales estamos en el camino de la paz. Hoy mismo caminaríamos con más firmeza hacia un mundo más justo si se dieran cuenta los poderosos y los humildes que dentro de muy pocas generaciones las posiciones sociales pueden estar invertidas. Esta es la sabia ley de la vida.

En definitiva, un libro en el que el autor, una vez más, manifiesta, más que su intención de realizar un trabajo académico, hacer una narración sencilla y accesible para todos sobre la historia foral de Bizkaia.

Él mismo indica en su prólogo, cerrando ya el libro, lo siguiente:

Laudeamus

Terminé de escribir este libro pocos días antes de que se proclamara que el puente de Portugaleta es patrimonio de la Humanidad.

Es el mejor augurio para el autor, un hombre de la ría, que ha saludado cientos de veces la maravillosa silueta del puente, y siempre ha visto en su vigorosa armadura, la fuerza de Bizkaia y el alma de sus hombres.

Todo eso encontrará el lector en este libro. En suma, este libro es un instrumento útil para conocernos mejor los vizcaínos y conocer mejor Bizkaia, y poder contemplar, una vez más, cómo la historia va proclamando sus enseñanzas a través de los hechos de los hombres.

Felicidades, Adrián, por esta nueva obra. Gracias de todo corazón, por tu empeño. Y esperamos que sea antesala de otras que vengan por el mismo camino.

Muchas gracias a todos, eskerrik asko.

Andrés Urrutia

NOTICIAS INTERNAS

1. RESUMEN DE LA ACTIVIDAD DE LA ACADEMIA

En el último trimestre del año 2006, al que corresponde este Boletín, la actividad de la AVD-ZEA ha seguido desarrollándose en varias líneas:

a) Reuniones de la Junta Directiva

La Junta Directiva se ha reunido en comunidad los días 25 de septiembre y 29 de noviembre. Las actas están a disposición de los socios en la secretaría de la Academia.

b) Donativos de libros

Se ha recibido un interesante donativo de libros de contenido jurídico por parte de Euskaltzaindia-Real Academia de la Lengua Vasca. También se debe dejar constancia de otros donativos de libros de distinta procedencia.

c) Publicaciones

En cuanto a publicaciones, ha visto la luz el Boletín Extraordinario III, sobre la Jornada “La Ley vasca para igualdad de

mujeres y hombres”; además se ha entregado el Boletín Ordinario nº 10, redactado íntegramente en euskera, así como los volúmenes 5 y 6 de los “Clásicos del Derecho Vasco–Euskal Zuzenbidearen Klasikoak” (las obras de D. Carlos de la Plaza: “Territorio sometidos al Fuero de Vizcaya” y de D. Diego Angulo: “Derecho Privado de Vizcaya”, con introducciones de D. Adrián Celaya y D. José María Arriola respectivamente). Finalmente reseñamos la obra escrita por D. Adrián Celaya Ibarra “Así nació Bizkaia. De Arrigorriaga al fundador de Bilbao”, cuya edición ha sido patrocinada por la BBK.

d) Actos culturales

Se han celebrado además varios actos culturales (coloquios y jornadas). Destacaremos algunos de ellos a continuación.

2. COLOQUIOS Y JORNADAS

a) El Primer Coloquio, que tuvo lugar en la sede de la Academia el día 24 de octubre, y del que se hace una referencia individualizada más adelante.

b) La Segunda Jornada organizada por la sección de Derecho público, el 9 de noviembre, en el Hotel Ercilla sobre “Reformas estatutarias y reforma de la Constitución”, con numerosa asistencia, siendo los ponentes los eminentes catedráticos D. Xavier Rabos Marín y D. Roberto I. Blanco Valdés, quienes fueron presentados por los directivos de esta AVD–ZEA, responsables de dicha Sección, D. Javier Corcuera y D. Santiago Larrazabal. Las conferencias se publicarán en el próximo boletín.

c) La Quinta Jornada de Derecho Privado, ya tradicional, se llevó a cabo, el 10 de noviembre, en la Salón de Actos del Colegio de Abogados de Bilbao, con la colaboración de miembros de su sección foral.

Dicha Jornada versó sobre “Limitaciones a la libertad de testar: Legítimas y troncalidad. Regulación actual y propuesta de actualización”.

Se relaciona brevemente, ya que su contenido será publicado en el boletín correspondiente. Tras la salutación del Decano del Colegio, presentó la Jornada nuestro Presidente; la sesión de la mañana, fue moderada por D. Gontzal Aizpuru, con las Ponencias: “*La troncalidad*”, expuesta por los abogados D^a. Tatiana González y D. Juan-Carlos Martínez, y “*Discapacidad y Derecho foral*”, expuesta por los notarios D. Andrés Urrutia y D. Juan Ramón Manzano. Durante la tarde, actuando de moderador D. Javier Muguruza, se desarrolló una Mesa Redonda, en la que participaron el notario D. Vicente Arenal, la magistrada D^a. Concepción Marco, el registrador D. Carlos Ballugera y el abogado D. Gonzalo Vidorreta, dándose lugar a un animado intercambio de ideas.

d) Así mismo, como en años anteriores en la sede del Colegio Notarial de Bilbao, se llevó a cabo, el miércoles 13 de diciembre, el Acto Oficial de Inauguración del Curso 2006-2007, como detallaremos más adelante.

e) También se ha participado en la distinción que el Ilustre Ayuntamiento de Sestao ha realizado a nuestro Presidente, designándole “Ilustre de Sestao” y cuyo detalle se relaciona tras este apartado.

3. EL PRIMER COLOQUIO DE LA ACADEMIA

Esta sesión académica se inició a las 19.30 del citado día 24 de octubre, martes, en los locales de la AVD-ZEA, y el Ponente fue el Vicepresidente de la Academia y Notario, D. Andrés Urrutia. Hubo con él veintinueve asistentes.

Al inicio del acto facilitó a los asistentes un guión de lo que iba a ser la exposición, así como una bibliografía muy concreta y selecta del tema a tratar, según el siguiente detalle:

1. Delimitación de la exposición

1.1. Trascendencia del tema

1.2. Visión actual desde la Comunidad autónoma del País Vasco

2. La libertad de testar: argumentos clásicos

2.1. Argumentos favorables

2.2. Argumentos contrarios

3. Libertad de testar, legítimas y legitimarios

3.1. El contenido de la libertad de testar: diferentes sistemas

3.2. Conflictos de leyes y legítima en la Comunidad autónoma del País Vasco: regulación actual y futura.

3.3. Las legítimas en la Comunidad del País vasco: regulación actual y futura

3.4. Los legitimarios en la Comunidad autónoma del País Vasco. Regulación actual y futura:

3.4.1. Los descendientes legitimarios

3.4.2. Los ascendientes legitimarios

3.4.3. El cónyuge viudo o el miembro de la pareja de hecho sobreviviente

4. Libertad de testar, legítimas y troncalidad en Bizkaia

5. Perspectivas de futuro

6. Bibliografía básica

BIESA HERNÁNDEZ, M.: “La legítima foral a través de la jurisprudencia”. *Revista de derecho civil aragonés*, 1996, nº 2, págs. 61 a 96.

CALATAYUD SIERRA, A.: “Las legítimas en Aragón”, Actos de los terceros encuentros del foro de Derecho aragonés. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994, págs. 47 a 82.

CERECEDA MARQUINEZ, J.: “De la legítima”, Ley de sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la comisión Aragonesa de Derecho civil, Librería General, S.A., 1999, págs. 139 a 151.

ESPERANZA RODRÍGUEZ, P. DE LA: “Perspectiva de las legítimas. Notas para una posible revisión”. Ciclo de conferencias sobre cuestiones de derecho privado. Ilustre Colegio Notarial de Oviedo, 2001, págs. 105 a 126.

GIL NOGUERAS, L. A.: “De la legítima”, Manual de derecho sucesorio aragonés. Colección Derecho civil aragonés, nº 1, Zaragoza, 2006, págs. 543 a 635.

LEY 15/1967, DE 8 DE ABRIL, SOBRE COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN. Boletín Oficial del Estado, nº 86, de 11 de abril de 1967 (artículos 171 a 187).

LEY 2/2006, DE 14 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL DE GALICIA. Diario Oficial de Galicia, nº 124, de 29 de junio de 2006 (artículos 238 a 257).

MAGARIÑOS BLANCO, V.: “La libertad de testar”, Revista de Derecho Privado, 2005, septiembre-octubre, págs. 3 a 30.

MOREU BALLONGA, J. L.: “Aportaciones a la doctrina sobre la legítima aragonesa en contemplación a su futura reforma legal”, Revista de derecho civil aragonés, 1997, nº 1, págs. 9 a 64.

NUEVO DESARROLLO DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE DERECHO CIVIL VASCO, Real Sociedad Bascongada de Amigos del País, de 31 de diciembre de 2001.

La exposición del tema llevó unos veinticinco minutos y a continuación hubo diversas participaciones de los asistentes. Resumimos.

El Sr. Borja Infante (abogado) tocó el aspecto de las transmisiones testamentarias entre cónyuges.

El Sr. Leiva (registrador), tras unas consideraciones generales, proponía que una posible nueva legislación sobre el tema tuviera un camino escalonado para posteriormente ir más rápidamente a la plena o cuasi-plena libertad de testar.

El Sr. Fernández Hierro (abogado) mostraba también lo acertado que es el caminar hacia la libertad, y que aunque dicho camino fuera escalonado y con alguna calma, que lo fuera conscientemente, por responder a una realidad actual.

Se habla de “la cultura del Pacto” como medio para conseguir y situar la libertad de testar.

D. Ramón Múgica (notario) exponía que “libertad” es palabra llena de “sonoridad”; que las familias son muy variadas, que la transmisión testamentaria se refiere no solo a bienes sino, quizá con más trascendencia, a la empresa familiar, y que siempre habría de tenerse muy en cuenta una transacción o equilibrio entre la libérrima facultad de testar y la legítima fuerte.

D^a. Alkain Orive (abogada) manifestaba que tanto las relaciones familiares, como la composición de los patrimonios son actualmente diferentes a años y épocas anteriores, por lo que entendía que se debieran modificar las legítimas y las disponibilidades para testar.

D. Javier Muguruza (abogado) exponía el contenido de actualidad que posee este tema habida cuenta de “la hipoteca inversa”, “contenido social de la transmisión mortis causa”, “la empresa familiar”, “los pactos”, etc.

Se echaba en falta la escasa información de la gente sobre el tema sucesorio. Así mismo hubo referencias a la penuria (incluso falta) de estudios sociológicos sobre el tema.

D^a. Olga Maciá (abogada) refería casos sufridos por algunos cónyuges debido a la falta de la libertad plena de disponer por testamento y estimaba que sería más acertado, en tal sentido, una modificación de la libertad plena para testar a la que se llegara no precisamente de modo gradual, sino valiente y pudiera decirse brusca.

D. Edorta E. Herrera (magistrado) se mostraba partidario de una posible nueva legislación que se acercara lo más posible a la libertad plena de disponer por testamento.

El director del coloquio fue aclarando, tras la intervención de cada asistente, lo que a su juicio podría ser precipitado o altercación del buen orden y coherencia de la legislación, v.g.: ánimo/idiosincracia de la sociedad, contenido del derecho de familia, la prestación de alimentos de menores, la atención social de los mayores. Indiscutiblemente se dijo partidario de una modificación y modernización de la facultad testamentaria, revisando las legítimas de los ascendientes, reduciendo quizá la cuantía de otras, pero todo ello dentro de un orden y sobre todo coherencia.

4. ACTO INAUGURAL DEL CURSO 2006/2007

El trece de diciembre de 2006, en el Ilustre Colegio de Notarios de Bilbao, una vez más su Sr. Decano nos recibió, según atención constante que nos presta dicho Colegio, en su Sala de Actos, para que desarrollara esta AVD-ZEA el acto inaugural del Curso 2006-2007.

Ante la presencia del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, D. Fernando Ruiz Piñeiro, el Sr. Presidente de esta AVD-ZEA agradeció la recepción así como la presencia de los asistentes (especialmente la de los representantes de las instituciones jurídicas) transmitiendo además la trascenden-

cia de estos actos académicos en los que comparten sus comunes inquietudes jurídicas las diversas dedicaciones profesionales que intervienen en la redacción, enseñanza y aplicación, desde sus respectivos puntos de vista, del Derecho y de las leyes.

Expuso el contenido de la Reunión, y con arreglo al orden del día, el Registrador de la Propiedad D. Germán Barbier Gaminde, pronunció una magistral conferencia sobre “El medio ambiente y el folio registral”.

Parece que lo adecuado es hacer una referencia o síntesis de dicha conferencia, pero lo más oportuno es remitir al lector al examen de dicha conferencia, que aparecerá en el próximo Boletín.

Indiscutiblemente la exposición resumida de la influencia jurídica del medio ambiente podrá merecer el que sea objeto de un práctico coloquio, sobre las limitaciones de la propiedad y la casuística que ello supone o puede suponer en las inscripciones registrales y terceros de buena fe.

Aprovechamos la ocasión para agradecer al Colegio Notarial la complaciente recepción y el agasajo de despedida.

5. HOMENAJE A D. ADRIÁN CELAYA EN SESTAO

El martes día 20 de diciembre, el Municipio de Sestao, al que desde su infancia está tan vinculado el Presidente de esta AVD-ZEA, D. Adrián Celaya Ibarra, le ofreció un sentido y completo homenaje nombrándole ILUSTRE DE SESTAO.

El Ilustre Alcalde del Ayuntamiento de Sestao, D. Alberto Lozano Ibarra, destacado gestor edilicio que tanto ha contribuido al mejoramiento y progreso del municipio, pronunció un interesante y sentido discurso relacionando al homenajeado con el Municipio y resaltando los correspondientes méritos.

En tal acto, nuestro Presidente presentó su última publicación, editada por esta AVD-ZEA y patrocinada por la BBK, titulada “Así nació Bizkaia. De Arrigorriaga al fundador de Bilbao”.

Participó nuestro Vicepresidente, el notario D. Andrés Urrutia, quien realizó una semblanza (que se recoge en este boletín) de los méritos del homenajeado, al margen de su actividad jurídica de sobra conocida.

La asistencia al acto, celebrado en el pabellón levantado con motivo de los diversos actos celebrados para la conmemoración del aniversario de los doscientos años de la fundación del municipio de Sestao (anteriormente integrado en los tres Concejos), fue verdaderamente numerosa, siguiendo atentamente las mas de cien personas el discurrir del acto.

Javier Oleaga Echeverria

PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO

BOLETÍN

- Boletín nº 0, junio de 2003, 47 págs. Contiene los Estatutos de la Academia.
- Boletín nº 1, noviembre de 2003, 72 págs.
- Boletín nº 2, junio de 2004, 88 págs.
- Boletín nº 3, septiembre de 2004, 100 págs.
- Boletín nº 4, diciembre de 2004, 110 págs.
- Boletín nº 5, marzo de 2005, 120 págs.
- Boletín nº 6, junio de 2005, 120 págs.
- Boletín nº 7, septiembre de 2005, 152 págs.
- Boletín nº 8, diciembre de 2005, 176 págs.
- Boletín nº 9, marzo de 2006, 184 págs.
- Boletín nº 10, diciembre de 2006, 188 págs.
- Boletín extraordinario nº 1, diciembre de 2004. Jornadas sobre el poder testatorio y el artículo 831 del Código Civil.
- Boletín extraordinario nº 2, junio de 2006. Sobre la implantación del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea.
- Boletín extraordinario nº 3, Diciembre de 2006. Sobre la Ley vasca para la igualdad de mujeres y hombres.

OTRAS PUBLICACIONES

- *Señores de Bizkaia. De Don Diego López de Haro V a Isabel la Católica.* Por Adrián Celaya Ibarra. 500 págs.
- *Así nació Bizkaia. De Arrigorriaga al Fundador de Bilbao.* Por Adrián Celaya Ibarra. 344 págs.

COLECCIÓN CLÁSICOS DE DERECHO VASCO (REPRODUCCIÓN EN FACSIMIL)

1. *Derecho Civil de Vizcaya*, por Rodrigo Jado y Ventades, reproducción de la segunda edición publicada en 1923, con una introducción de Adrián Celaya Ibarra, 675 págs.
2. *Actas de las sesiones celebradas por la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya (1899-1900)*, con una introducción de Andrés Urrutia Badiola, 280 págs.
3. *La Troncalidad en el Fuero de Vizcaya (1898)*, por Luis Chalbaud con una introducción de Javier Chalbaud, 160 págs.
4. *Estudios Jurídicos del Fuero de Vizcaya (1918)*, por José Solano y Polanco, con una introducción de José Miguel Gorostiza Vicente, 382 págs.
5. *Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya (1899)*, por Carlos de la Plaza y Salazar, dos tomos en un volumen, con una introducción de Adrián Celaya Ibarra, 580 págs.
6. *Derecho Privado de Vizcaya (1903)*, por Diego Angulo Laguna, con una introducción de José M^a Arriola Arana, 304 págs.

DE PRÓXIMA APARICIÓN

7. *El Derecho Civil de Bizkaia antes del Código Civil*, presentado por Adrián Celaya Ibarra, 232 págs.

ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIAN
IZENA EMATEKO ORRIA

Ni,
jaun/andrea, zuzenbidearen arloan ari naiz,
gisa; edo, zuzenbideko lizentziaduna edo doktorea naiz.
.....(e)n bizi naiz (..... posta-kodea),
..... (kaleko) (zenbakian eta solairuan)

ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIAK dituen izaera eta helburuak ezagutzen ditut. Ondorioz, elkarte horren bazkide izan nahi dut, eta betebeharrak hauek hartzen ditut: bazkide-eginbeharrak betetzea eta urtero-urtero 50 euroko kuota ordaintzea.

Sinadura

Zuzenbide publikoa
Zuzenbide pribatua
Finantza- eta zerga-zuzenbidea

..... beste edozein atal interesgarri aipa daiteke.

.....izeneko bankuari/aurrezki kutzari
Jaun-andre horiek: ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIako bazkide egin naizenez gero, arren eskatzen dizuet izen-emate horren ondoriozko urteko kuotaren ordainagiriak ordaintzea (mesedez, 20 digituak bete):

Kontu-korrontea _ _ _ _ _

Sinadura

Orri hau helbide honetara bidali:
ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIA,
Errekalde zumardia 8, - lehenengoa, eskuina.
Telefonoa: 94 425 57 15 - Faxa: 94 424 64 99
Helbide elektronikoa: secretaria@avd-zea.com
www.avd-zea.com
48009 BILBO

BOLETIN DE INSCRIPCION
A LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO

Don/Doña
Que ejerce la carrera de Derecho como
O, en su caso, es Licenciado o Doctor, no ejerciente,
domiciliado en (población).....(código postal).....
(calle).....nº.....(piso).....

Informado de la naturaleza y fines de la ACADEMIA VASCA DE DERECHO,
desea inscribirse como socio activo de dicha Asociación, obligándose al cumpli-
miento de los deberes sociales y al abono de la cuota anual de 50 Euros.

Firma

Derecho Público
Derecho Privado
Derecho Financiero y Tributario

..... indicar otra Sección que se considere de interés.

Al Banco / Caja de Ahorros

Muy Srs. Míos, les ruego atiendan al pago de los recibos por cuota anual de ins-
cripción en la ACADEMIA VASCA DE DERECHO, con cargo a mi cuenta (por
favor, cumplimentar los 20 dígitos):

CCC _ _ _ _ _

Firma

Remitir este Boletín a:

ACADEMIA VASCA DE DERECHO,

Alameda Recalde, 8 - 1º dcha.

Teléfono 94 425 57 15 - Fax. 94 424 64 99

e-mail: secretaria@avd-zea.com

www.avd-zea.com

48009 BILBAO

