



ANNALS

DE

L'ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ
DE CATALUNYA

IX

Curs Acadèmic 2019-2020

Amb el suport de



Generalitat de Catalunya
**Departament
de Justícia**

Hi col·labora:



Obra Social "la Caixa"

© Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Dipòsit Legal: B. 50686-2007

Impressió: Offset Derra S. L.

Índex

ÍNDEX

PRESENTACIÓ

Francesc Tusquets i Trias de Bes, President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya	7
--	---

MEMBRES DE L'ACADÈMIA

(del 29 d'octubre de 2019 a l'1 de desembre de 2020)	11
--	----

CURS ACADÈMIC 2019-2020

COMUNICACIONS

<i>La Lleona de Girona: sobre el dictamen 263/2019, de 5 de septiembre de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya (29-10-2019)</i> Pablo Salvador Coderch	19
<i>Algunes reflexions amb ocasió del LX aniversari del Tribunal Europeu de Drets Humans (14-1-2020)</i> Josep-D. Guàrdia i Canela	33
<i>La tranquil·litat del comprador d'immobles en la fase anterior a l'adquisició: la paga i senyal a Catalunya (18-2-2020)</i> Miquel Tarragona Coromina.....	55
<i>El testament de persones amb capacitat modificada judicialment (10-3-2020)</i> Lluís Jou i Mirabent.....	63

NECROLÒGIQUES

<i>Necrológica y elogio del académico de número Don Felipe Tallada de Esteve</i> Elías Campo Villegas.....	79
<i>Necrológica de Don Francisco Soto Nieto</i> M ^a Eugenia Alegret i Burgués	87

ACTES ESPECIALS

<i>Laudatio a l'acadèmic Hble. Sr. Joan Egea amb motiu del Premi Puig Salellas</i>	
Ferran Badosa i Coll	99
<i>Paraules d'agraïment amb motiu del Premi Puig Salellas</i>	
Joan Egea Fernández	107
<i>Laudatio de Alegría Borrás, Premio a la excelencia en el jurista</i>	
Encarna Roca Trias	115
<i>Agradecimiento en la entrega del Premio a la «excelencia en el jurista» de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España</i>	
Alegría Borrás Rodríguez	121

SESSIÓ ORDINÀRIA VIRTUAL DE DATA 1 DE DESEMBRE DE 2020

<i>Memòria de les activitats de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Curs 2019/2020</i>	
Francesc Tusquets i Trias de Bes	131

SESSIÓ ORDINÀRIA VIRTUAL DE DATA 15 DE DESEMBRE DE 2020

<i>Paraules de Lluís Jou i Mirabent per al comiat com a President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya</i>	
Lluís Jou i Mirabent.....	139
<i>Paraules d'acceptació de la presidència</i>	
Francesc Tusquets i Trias de Bes.....	143

LA SENTENCIA DEL PROCÉS EN SU VALORACIÓN DESDE EL PRISMA DE LA CULPABILIDAD

<i>La Sentencia del Procés en su valoración desde el prisma de la culpabilidad</i>	
Juan Córdoba Roda (a títol pòstum)	149

Presentació

UN ANY MOLT COMPLICAT

per

FRANCESC TUSQUETS I TRIAS DE BES

President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

És un gran honor per a qui signa aquest escrit, oferir al món acadèmic el volum IX dels Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

Els Annals recullen els treballs dels acadèmics per tal de que amb la seva publicació, puguin ser consultats pels interessats.

El present volum inclou els treballs acadèmics des de finals d'octubre de 2019 a 15 de desembre de 2020. Un període de temps molt complicat no només per la pandèmia provocada per la Covid-19, sinó també perquè durant aquest temps ens han deixat cinc dels acadèmics més antics i emblemàtics: Felip Tallada, Lluís Puig Ferriol, Josep Joan Pintó, Juan Córdoba Roda i Alegria Borrás.

Entre els treballs, el lector trobarà comunicacions sobre temes d'interès jurídic presentades en sessions ordinàries per diferents acadèmics, les quals originen, després de la presentació pel ponent, un debat enriquidor entre els assistents; necrològiques sentides d'acadèmics traspassats, la Memòria del Curs acadèmic 2019/2020, i els que anomenem «*actes especials*», que acrediten el reconeixement que diferents organitzacions van atorgar als nostres acadèmics. També hem inclòs el darrer treball del professor Córdoba, en el que valora la sentència del procés.

Val a dir també que el president de l'Acadèmia en aquest període no ha estat el sotasignat, sinó el notari Lluís Jou i Mirabent, que va cessar en el càrrec el dia 15 de desembre de 2020. Per aquesta raó s'inclouen al volum les seves paraules de comiat i les d'acceptació i d'agraïment del nou president.

Mitjançant la publicació dels treballs acadèmics, estem contribuint al foment de la cultura jurídica, que constitueix un dels objectius estatutaris de la nostra Corporació.

És important destacar la composició plural de l'Acadèmia, amb advocats, notaris, professors, jutges i registradors. Afronten els seus treballs des d'una perspectiva diferent, però amb una finalitat comuna.

Cal però tenir en compte que la vida acadèmica ha estat durant uns mesos suspesa com a conseqüència de la pandèmia, i per aquesta raó els treballs acadèmics han estat menys nombrosos que en períodes precedents, però no per això menys rellevants.

Confiem en que aquest volum i els treballs que conté siguin d'interès tant per a professionals del dret com per a acadèmics i investigadors.

L'Acadèmia té la ferma voluntat de prosseguir el seu camí per tal d'oferir a la comunitat jurídica els fruits del nostre treball i activitats en l'estudi i investigació del dret i foment de la cultura jurídica.

Membres de l'Acadèmia de
Jurisprudència i Legislació
de Catalunya

Curs 2019-2020

MEMBRES DE L'ACADÈMIA

(29.10.2019 - 01.12.2020)

JUNTA DE GOVERN

President:	Lluís Jou i Mirabent
Vicepresidenta:	Ma Eugènia Alegret Burgués
Censor:	Joan Egea Fernández
Tresorer:	Antonio Cumella Gaminde
Secretari:	Francesc Tusquets i Trias de Bes
Vicesecretari:	Vacant

ACADÈMICS DE NÚMERO

Josep-Joan Pintó i Ruiz*	Lluís Puig Ferriol*
Josep-D. Guàrdia Canela	Encarna Roca Trias
Felip Tallada d'Esteve*	Robert Follia Camps
Alegria Borrás Rodríguez*	Juan Córdoba Roda*
Enric Brancós Nuñez	Rafael Jiménez de Parga Cabrera
Joan Josep López Burniol	Josep-E. Rebés Solé
Agustín Luna Serrano	Elias Campo Villegas
Núria de Gispert Català	Eugeni Gay Montalvo
Lluís Jou i Mirabent	Ma Eugènia Alegret Burgués
Joan Egea Fernández	José Juan Ferreiro Lapatza
Francesc Tusquets i Trias de Bes	Pau Salvador Coderch
Lluís Martínez Sistach	Antonio Cumella Gaminde
Joaquim Tornos Mas	

ACADÈMICS HONORARIS

Ignacio Sancho Gargallo

ACADÈMICS ELECTES

Enric Argullol i Murgadas	Eudald Vendrell i Ferrer
Ferran Badosa i Coll	Ma. José Magaldi Paternostro
Tomás Giménez Duart	Miquel Tarragona i Coromina
Pilar Fernández-Bozal	Antonio Recio Córdoba
Cristina González Beiluss	Tomás Font i Llovet

* Es troben pendents de declarar les vacants corresponents als acadèmics numeraris, Felip Tallada d'Esteve (+2019), Lluís Puig Ferriol (+2020), Josep-Joan Pintó i Ruiz (+2020), Juan Córdoba Roda (+2020) i Alegria Borrás Rodríguez (+2020).

CURS ACADÈMIC
2019-2020

Comunicacions

LA LLEONA DE GIRONA: SOBRE EL DICTAMEN 263/2019,
DE 5 DE SEPTIEMBRE DE LA COMISSIÓ JURÍDICA
ASSESSORA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA

por

PABLO SALVADOR CODERCH

Académico de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

29 de octubre de 2019

En 1986, el Ayuntamiento de Girona instaló en la Plaça de Sant Feliu una réplica de la escultura denominada *La Lleona de Girona* (común y escatológicamente llamada «*El cul de la lleona*»), cuyo original está expuesto en el Museu d'Art de la ciudad. Un cartel explicaba que se trataba de una escultura popular románica, del siglo XI, que la leona era un signo heráldico de la ciudad cuyo ayuntamiento, *casa de la vila*, había propiciado una práctica consistente en recibir a un nuevo ciudadano sugiriéndole «besar el cul de la lleona com acatament i respecte a la ciutat», un divertimento jocosos por el que había de pasar el nuevo gerundense. Según una tradición posterior, quien así lo hacía volvería algún día a la ciudad.

En 2006, el Ayuntamiento colocó junto a la escultura una estructura de hierro, a medio camino entre una escultura y una escalera, con tres escalones desiguales.

El 21 de noviembre de 2015, hacia las 16:30 de la tarde, una persona de nacionalidad francesa y de 75 años de edad, escaló la estructura, pero perdió pie, cayó, se golpeó la cabeza con un escalón, sufriendo un traumatismo grave que le causó la muerte. Entonces el Ayuntamiento retiró la estructura.

En mayo de 2016, el Ayuntamiento instaló una segunda escultura, de acero antideslizante, también una mezcla de escultura y escalera —aunque más próxima que la anterior a una escalera propiamente dicha, con una baranda, pero con escalones desiguales.

El 9 de diciembre de 2016, hacia las 13 horas, una mujer de 65 años de edad, subió por la nueva estructura metálica, tropezó con alguno de sus elementos, perdió pie, cayó y se fracturó el radio de un brazo.

La víctima presentó una reclamación por responsabilidad civil de las administraciones públicas contra el Ayuntamiento de Girona y reclamó una indemnización de 68.217.59€ por los daños sufridos.

En el marco del procedimiento correspondiente, la Comissió Jurídica Assessora emitió el dictamen que es objeto de esta comunicació y resolvió que procedía indemnizar a la víctima 5.041,17€ por las razones que se indican.



Escultura sin estructura (1986-1995)
hostals.blogspot.com



Escultura con estructura (1995-2015)
ca.wikipedia.org



Escultura con estructura (2016-)
tripadvisor.it

RECLAMACIÓ DE RESPONSABILITAT PATRIMONIAL
INSTADA DAVANT L'AJUNTAMENT DE GIRONA

Per la Sra. A pels danys i perjudicis patits a conseqüència d'una caiguda produïda en un element escultòric que es troba a la plaça de Sant Feliu, i que atribueix al disseny deficient de les escales de l'escultura
Dictamen 263/2019; 5 de setembre

per
ANTONI VAQUER I ALOY

La Comissió Jurídica Assessora, reunida el 5 de setembre de 2019, amb la presidència del Sr. Albert Lamarca i Marquès, actuant com a secretària la Sra. Cristina Figueras i Bosch, amb la participació de les Sres. i els Srs. Maria Mercè Darnaculleta i Gardella, Francesc Esteve i Balagué, Alfredo Galán Galán, Francesc Homs i Molist, Marc Marsal i Ferret, Carles Mundó i Blanch, Joan Pagès i Galtés, Eva Pons i Parera, Sonia Ramos i González, Lluís Saura i Lluvià, i Joan Manuel Trayter i Jiménez, i essent-ne ponent el Sr. Antoni Vaquer i Aloy ha aprovat el Dictamen següent:

ANTECEDENTS DE FET

1. El 10 de gener de 2017, la Sra. A va formular una reclamació de responsabilitat patrimonial davant l'Ajuntament de Girona, sense quantificar, pels danys i perjudicis derivats de la caiguda que va patir el 9 de desembre de 2016, en baixar per les escales de l'element escultòric «Cul de la lleona», situat a la plaça de Sant Feliu, d'aquesta localitat, de resultes de la qual va patir una fractura de colze i una fractura comminuta d'òlècranon i de cap del radi, que van requerir d'intervenció quirúrgica, i que imputa a un disseny deficient de les escales i a la manca de senyalització del seu perill.

Juntament amb l'escrit de reclamació, la instant, de 55 anys en el moment de l'accident (nascuda el 1961), adjuntava còpia de diversa documentació, com ara dels informes hospitalaris d'assistència.

2. El 27 de gener de 2017, la Junta de Govern Local va acordar iniciar el procediment de responsabilitat patrimonial, amb el nomenament de l'instructor i del secretari, i notificar aquesta resolució a la companyia asseguradora i a la persona interessada, com consta que es va fer, en què s'informava aquesta última sobre el procediment que s'iniciava, el termini per a resoldre'l i els efectes de la manca de resolució expressa, així com de la possibilitat de recusar l'instructor, i se li atorgava un termini de deu dies perquè pogués formular les al·legacions i proposar la prova que estimés adient.

3. El 28 de febrer de 2017, la reclamant va lliurar un escrit d'al·legacions, en què principalment sol·licitava que s'ampliés el termini per a poder formular-hi al·legacions; manifestava la impossibilitat de quantificar els danys, atès l'estat de convalescència, i aportava, juntament amb d'altra documentació, un CD amb unes fotografies captades uns minuts previs a l'accident.

4. El 24 de gener de 2017, el lletrat instructor va sol·licitar a l'inspector en cap de la Policia Local i als Serveis Jurídics d'Urbanisme que informessin, respectivament, d'una banda, de si tenien notícia de l'accident i, d'una altra, sobre les característiques tècniques de l'element «Cul de la lleona» i els estàndards de seguretat dels esgraons i la barana.

5. Consten en l'expedient els informes emesos en dates 23 de febrer i 2 de març de 2017 per la cap del Servei de Planejament i Llicències en Zones d'Espècial Protecció i per la Policia Local, respectivament.

6. El 3 de març de 2017, la reclamant va presentar un escrit, al qual adjuntava una còpia de l'informe del SEM, en què sol·licitava a l'Ajuntament que sol·licités un informe estadístic sobre les assistències realitzades pel servei d'ambulàncies en la plaça de Sant Feliu, on es troba ubicat l'element escultòric.

7. Per ofici de 20 d'abril de 2017, es va comunicar a la reclamant que es considerava improcedent la petició que formulava i que se sol·licitaria un informe a la Policia Municipal sobre les intervencions realitzades durant el 2016. Consta en l'expedient l'informe emès per l'inspector en cap de la Policia Local en resposta a aquesta petició.

8. Per oficis de 31 de maig de 2017, es va comunicar a la instant i a la companyia asseguradora l'obertura del tràmit d'audiència i vista de l'expedient.

9. Per escrit de 3 de juliol de 2017, la reclamant va sol·licitar l'ampliació del termini per a quantificar la reclamació, i va assenyalar que, atès que la recupe-

ració i rehabilitació no havien finalitzat, no era possible fixar el grau de discapacitat ni d'altres conceptes indemnitzatoris, i demanava que es tingués en compte aquestes circumstàncies.

10. Mitjançant resolució de 7 de juliol de 2017, l'instructor va resoldre declarar suspès el procediment de responsabilitat patrimonial.

11. El 21 d'agost de 2017, la reclamant va lliurar l'informe mèdic emès, el 18 de juliol de 2017, per un traumatòleg de l'Hospital Santiago Apóstol, de Miranda de Ebro.

12. Per mitjà d'un escrit de 28 de març de 2018, al qual adjuntava diversa documentació, la reclamant va valorar els danys irrogats en la suma de 68.217,59 euros.

13. El 28 de juliol de 2018, la instant va sol·licitar informació sobre l'estat de tramitació del procediment.

14. Per resolució de 21 d'agost de 2018, de posada de manifest, en la qual s'indicava la documentació que havia aportat la reclamant i la que s'havia incorporat a l'expedient, l'instructor va resoldre, entre d'altres, reprendre la tramitació del procediment de responsabilitat patrimonial, tenir per avaluada la indemnització sol·licitada, fer tramesa de l'avaluació a la companyia asseguradora, i atorgar un termini de quinze dies a la reclamant perquè hi efectués les al·legacions que considerés escaients.

15. El 3 de setembre de 2018, la reclamant va presentar un escrit en què palesava un seguit d'errors en la relació dels documents que havia aportat i en la data d'enviament, i sol·licitava que s'esmenessin, així com que li trametessin una còpia dels informes emesos per l'inspector en cap de la Policia Local i per la cap del Servei de Planejament i Llicències.

16. El 17 d'octubre de 2018, la companyia asseguradora va lliurar un escrit d'al·legacions, en el qual manifestava que, al seu parer, la reclamació s'havia de destimar, i, subsidiàriament, quantificava els danys en la suma de 27.005,86 euros.

17. Per mitjà d'un escrit de 6 de novembre de 2018, notificat a la instant i a la companyia asseguradora, l'òrgan instructor va esmenar els errors denunciats per la reclamant i va acordar fer-li arribar els dos informes sol·licitats i atorgar-li un nou tràmit d'audiència per un període de quinze dies. No consta en l'expedient que amb posterioritat la instant hi formulés al·legacions.

18. El 16 d'abril de 2019, la reclamant va presentar un escrit en què sol·licitava informació sobre l'estat de la tramitació, en resposta al qual l'instructor la va informar, per ofici de l'11 de juny següent, que era preceptiu el dictamen de la Comissió Jurídica Assessora.

19. El 5 de juliol de 2019, el lletrat instructor va emetre la proposta de resolució, en la qual proposava desestimar la reclamació, per inexistència de relació causal entre el dany sofert i el funcionament del servei públic municipal, així com per manca de prova d'aquesta.

20. En la mateixa data, es va emetre la petició de dictamen a la Comissió Jurídica Assessora, amb suspensió del procediment de resolució i notificació.

21. El 10 de juliol de 2019, va tenir entrada al Departament de la Presidència, mitjançant la plataforma EACAT, l'ofici de l'alcaldeessa de Girona de sol·licitud de dictamen, juntament amb l'expedient.

22. El 12 de juliol de 2019, el tècnic de la Subdirecció General d'Assistència Jurídica i d'Innovació a l'Administració Local, amb el vistiplau de la responsable de Patrimoni de les Entitats Locals i de la subdirectora general, de 15 de juliol següent, va informar favorablement sobre la tramesa de l'expedient a la Comissió Jurídica Assessora.

23. El 16 de juliol de 2019, va tenir entrada en aquest òrgan consultiu la petició de dictamen cursada per mitjà del secretari d'Administracions Locals i de Relacions amb l'Aran, per delegació, d'acord amb la Resolució PRE/1384/2019, de 21 de maig, de delegació de competències de la persona titular del Departament de la Presidència (DOGC núm. 7882, de 24 de maig).

24. En la sessió de 18 de juliol de 2019, el Ple de la Comissió Jurídica Assessora va admetre a tràmit la petició i en va designar ponent.

FONAMENTS JURÍDICS

I. *Objecte del Dictamen, legislació aplicable i intervenció de la Comissió Jurídica Assessora*

L'objecte d'aquest Dictamen és la reclamació de responsabilitat patrimonial formulada davant l'Ajuntament de Girona per una persona que visitava la ciutat i que va patir un accident a la plaça de Sant Feliu, després d'haver complert amb la

tradicció de fer un petó a l'element escultòric «Cul de la lleona», i que atribueix a un disseny deficient de les escales i a l'absència d'una senyalització que adverteixi del perill d'utilitzar-les. La instant va efectuar una quantificació del dany en el decurs del procediment, i reclama una indemnització de 68.217,59 euros.

De conformitat amb l'article 174 del Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya (TRLMRLC), els ens locals responen directament dels danys i perjudicis causats als particulars en llurs béns i drets com a conseqüència del funcionament dels serveis públics, en els termes previstos per la legislació general sobre responsabilitat administrativa. La responsabilitat patrimonial de l'Administració es regula en la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya, i en els articles 32 i següents de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, que és aplicable per raó tant de la data en què es va presentar la reclamació com de la data en què es va produir l'accident.

La intervenció de la Comissió Jurídica Assessora és preceptiva d'acord amb el que estableixen la Llei 26/2010 i l'article 8.3.a) de la Llei 5/2005, de 2 de maig, reguladora d'aquest òrgan consultiu, atès que la quantia indemnitzatòria sol·licitada en el present cas és superior a la dels 50.000 euros mínims preceptius.

II. *Legitimació de la reclamant i competència per a resoldre l'expedient*

La legitimació de la reclamant s'ajusta a la normativa procedimental, atès que és la persona que va patir el dany. Consta en l'expedient una còpia del seu DNI, la qual cosa permet contrastar-ne la signatura i verificar-ne la voluntat de reclamar.

Pel que fa a la competència per a conèixer i resoldre el procediment, cal assenyalar que la reclamació s'adreça contra l'Ajuntament de Girona, que n'és l'Administració competent, ja que, segons s'infereix de l'expedient, és la titular de l'element escultòric —una reproducció d'una escultura romànica, l'original de la qual és al Museu d'Art de Girona— i de la via pública on està emplaçada i on va tenir lloc l'accident.

III. *Aspectes formals i instrucció de l'expedient*

La tramitació s'ha ajustat, en general, a les previsions legals referides.

En aquest sentit, consta en l'expedient que es va notificar a la instant, així com a la companyia asseguradora de l'ens local, l'acord de la Junta de Govern Local pel qual s'admetia a tràmit la reclamació, es nomenaven les persones instructora i secretària del procediment i s'atorgava un termini de deu dies a la reclamant perquè pogués efectuar la proposició de prova; acord que contenia totes

les especificacions previstes en l'article 24.1 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPAC).

Així mateix, hi ha constància que l'òrgan instructor va sol·licitar un informe als serveis municipals en el marc del funcionament dels quals s'haurien produït presumptivament els danys indemnitzables. En particular, consta en l'expedient que es van demanar informes a la Policia Local i al Departament d'Urbanisme, d'acord amb l'article 81 de l'LPAC, els quals figuren incorporats a l'expedient, i que es va comunicar a la reclamant la decisió adoptada quant a les proves proposades.

En vista de les al·legacions adduïdes per la reclamant respecte de la impossibilitat de valorar econòmicament el dany per manca d'estabilització de les lesions, es va resoldre suspendre la tramitació del procediment rescablatori; suspensió que es va aixecar un cop la reclamant va quantificar la reclamació.

Hi consta, així mateix, que de conformitat amb l'article 82 de l'LPAC, i un cop conculsa la instrucció, es va acordar l'obertura del tràmit d'audiència i vista de l'expedient, i que la companyia asseguradora hi va formular al·legacions.

En darrer lloc, figura en l'expedient la proposta de resolució, que, tot i el caràcter desestimatori, efectua, com ha recomanat aquesta Comissió en nombrosíssims dictàmens, una valoració econòmica dels danys per al cas d'una eventual estimació, respecte dels quals considera més ajustada i correcta l'avaluació econòmica duta a terme per la companyia asseguradora.

Per acabar, hi consta la petició de dictamen a aquest òrgan consultiu, amb suspensió del termini de resolució del procediment.

S'ha de destacar negativament l'excessiva dilació del procediment, encara que s'hagi suspès a causa de l'estabilització de les lesions. La Comissió ha indicat (dictàmens 317/2017, 19/2018, 65/2018 i 98/2019, entre d'altres) que les dilacions injustificades en el procediment no s'avenen amb el dret a una bona administració. Aquest dret es reconeix, entre altres normes, en l'article 30 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya i en l'article 22 de la Llei 26/2010, el qual, d'entre els drets dels ciutadans, inclou el d'obtenir una resolució expressa i una notificació dins del termini establert legalment.

Cal deixar constància que, com a conseqüència d'aquesta dilació, s'ha produït la desestimació presumpta de la pretensió. Amb tot, d'acord amb l'article 24.1 de l'LPAC, la desestimació per silenci administratiu només té els efectes de permetre als interessats interposar el recurs corresponent, i, segons l'apartat 3.b) del precepte referit, en els casos de desestimació per silenci administratiu, l'Administració pot adoptar la resolució expressa posterior al venciment del termini sense cap vinculació amb el sentit del silenci.

En darrer lloc, pel que fa a la conformació de l'expedient, escau indicar que s'ha fet arribar a aquesta Comissió una còpia de l'expedient, amb la documentació foliada, ordenada cronològicament i precedida de l'índex corresponent, la qual incorpora l'acreditació de les notificacions escaients, llevat de l'última sus-

pensió, i, per tant, dona compliment a les previsions contingudes en els articles 46.2 i 56.2 de la Llei 26/2010.

Tanmateix, s'observa que manquen en l'expedient tramès algunes de les fotografies aportades per la reclamant, en particular les que, segons en dona notícia la documentació, apareixia sobre les escales de l'element escultòric, la qual cosa, però, no impedeix pronunciar-se sobre el fons de l'assumpte.

IV. *Temporalitat de la reclamació*

En relació amb la temporalitat de l'exercici de la pretensió, d'acord amb allò previst en l'article 67.1 de l'LPAC, el dret a reclamar prescriu al cap d'un any d'haver-se produït el fet o l'acte que motivi la indemnització, o de manifestar-se'n l'efecte lesiu, i per al supòsit de danys físics o psíquics el *dies a quo* és el del guariment o el de la determinació de l'abast de les seqüeles.

La reclamant ha exercit la seva pretensió temporàniament, per tal com l'accident que motiva la reclamació va tenir lloc el 9 de desembre de 2016, i aquesta es va formular mitjançant un escrit registrat d'entrada a l'Ajuntament de Girona el 10 de gener de 2017.

V. *Requisits de la responsabilitat patrimonial de l'Administració*

D'acord amb la legislació aplicable, la doctrina de la Comissió Jurídica Assessora i la jurisprudència dels tribunals, els requisits que han de concórrer perquè la petició prosperi i la persona perjudicada tingui dret a ser indemnitzada són: a) que existeixi un dany real, efectiu, avaluable econòmicament i individualitzable en relació amb una persona o un grup de persones; b) que la lesió sigui conseqüència del funcionament normal o anormal del servei públic; c) que no hi hagi intervingut força major; i d) que el dany sigui antijurídic, en el sentit que qui el pateixi no tingui el deure de suportar-lo. En termes generals, els ciutadans tenen dret a ser indemnitzats per les administracions públiques de Catalunya de tota lesió que pateixin en qualsevol de llurs béns i drets, sempre que sigui conseqüència del funcionament normal o anormal dels serveis públics, excepte en els casos de força major o de danys que els ciutadans tinguin el deure jurídic de suportar (article 81 de la Llei 26/2010).

VI. *Posició de la reclamant*

La reclamant atribueix l'accident —que, segons sosté, es va produir quan baixava per les escales habilitades per a enfilarse a l'element escultòric i donar compliment a la tradició de fer un petó al cul de la lleona— a un defecte en el disseny de les escales, les quals, en paraules de la reclamant, són «*de acero cortés*,

muy estrechas igual que sus peldaños con barandilla de protección solo en un lateral y bastante endeble, diseñadas de tal forma que sus peldaños son uno completo, otro la mitad, y así hasta completar el acceso; sin ninguna señalización del peligro que representa subir a las mismas».

VII. *Posició de la companyia asseguradora*

La companyia asseguradora manifesta que, al seu parer, no resta acreditada la realitat de la caiguda, per tal com la reclamant no aporta cap testimoni que l'hagués vist caure, únicament l'informe del SEM, «sense que es pugui determinar que efectivament la caiguda es produí com relata la reclamant». En tot cas, entén que l'accident es va produir per culpa exclusiva de la víctima, per la manca d'atenció a l'hora de baixar de la instal·lació, per la qual cosa no hi ha nexa causal. D'altra banda, considera que no hi ha cap informe mèdic que valori el període d'estabilització i les seqüeles, i que hi ha una magnificació d'aquestes, i avalua els danys irrogats, si escau, en 27.005,86 euros.

VIII. *La proposta de resolució*

L'òrgan instructor emet una proposta de resolució desestimatòria. Considera que, si bé no hi ha una prova concloent de la caiguda patida per la reclamant que s'atribueix a l'element «Cul de la lleona», «atenent que no consta en els arxius policials ni s'ha produït cap intervenció per cap servei municipal en relació amb els indicats fets que pogués determinar la mecànica de l'accident i poder establir la corresponent relació de causalitat amb la causa concreta que li va produir la caiguda, la realitat de la caiguda pot inferir-se de l'informe del [...] [SEM] aportat per la reclamant, on s'acredita que [...] fou assistida a la plaça de Sant Feliu, lloc on se situa l'element «Cul de la lleona», pel seu trasllat en ambulància a l'Hospital Dr. Josep Trueta».

A continuació, la proposta de resolució analitza les característiques de l'element, en vista de l'informe emès per la tècnica municipal, que indica que aquest no està dotat pròpiament de cap escala que necessiti ajustar-se a les condicions d'accessibilitat, com si fos un edifici o habitatge, sinó que es tracta d'unes peces protectores de la mateixa columna, que permeten accedir-hi i enfilarse amb més facilitat, però que en cap cas constitueixen unes escales en el sentit tècnic. I conclou que la reclamant hauria d'haver advertit que accedia a un lloc singular, en el qual havia d'ajustar la seva perícia a les condicions d'aquesta singularitat, i que va ser la reclamant qui va assumir la situació de risc inherent a l'element escultòric —en aquest sentit, invoca el deure general de prudència i diligència que deriva de l'article 1900 (*sic.*) del Codi civil espanyol—, i nega que la caiguda, i els danys derivats d'aquesta, puguin atribuir-se a l'Administració municipal.

IX. *Parer de la Comissió Jurídica Assessora*

IX.1. *La realitat del dany*

La Comissió Jurídica Assessora coincideix amb el criteri de l'instructor i entén que la realitat de l'accident ha quedat demostrada, malgrat que certament no hi ha una prova directa —i que no hauria estat difícil, ja que la reclamant manifesta en el seu escrit que hi va haver testimonis de la caiguda—. La prova indirecta principal és l'informe del SEM quan la va atendre i la va traslladar a un centre hospitalari. I és que, si bé s'exigeix la prova del dany i de la relació de causalitat a qui reclama, aquest òrgan consultiu ha matisat que, atesa la dificultat que pot representar per als particulars aportar proves que determinin una realitat absoluta del que va succeir, s'ha de calibrar, en vista de l'esforç probatori de qui reclama, si els indicis de prova que es mostren són suficients per a un convenciment total de la manera com es van produir els fets, i s'ha de valorar la prova en conjunt (Dictàmens 327/2018, 13/2019, 49/2019 i 136/2019).

Ara bé, que l'accident es pugui tenir per acreditat no suposa que, per aquest sol fet, se n'hagi de fer responsable l'Administració, ja que cal determinar si se li pot atribuir algun acte o omissió que hagi estat la causa del dany en una relació causal suficient; a més, cal analitzar si la reclamant ha contribuït al fet danyós amb el seu capteniment.

IX.2. *La relació de causalitat*

D'una manera succinta, la tesi de la reclamant és que l'accident es va produir perquè els graons que permeten accedir a l'escultura esmentada estan mal dissenyats i són perillosos, raó per la qual va caure en baixar.

A fi de determinar si existeix o no nexa de causalitat, és extremadament rellevant l'informe que emet la cap del Servei de Planejament i Llicències en Zones d'Espacial Protecció i PLU. La tècnica municipal explica els orígens de l'escultura i assenyala que «és molt antic el fet que amb la gent de fora de la ciutat es feia la broma de fer-los enfilar per la columna i fer un petó al cul de la lleona». A més, informa del següent:

«L'Ajuntament ha recuperat la tradició d'enfilar-se a la columna. Al principi la gent pujava per la mateixa columna fins que aquesta començava a patir desperfectes i era difícil pujar-hi per fer aquest petó.

Ara l'Ajuntament ha col·locat una mena de moble o peça que protegeix la columna i a la vegada permet enfilar-se per la columna amb més facilitat. En cap cas són unes escales, es veu a simple vista que només serveix per protegir la columna i facilitar a qui vol fer un petó al cul de la lleona amb la dificultat que això suposa amb un punt de recolzament. Per tant, en no ser unes escales, no ha d'ajustar-se a cap normativa d'accessibilitat.

La peça que envolta la columna és sobretot una protecció de la mateixa escultura i permet enfilem-se sense abraçar la peça com era la tradició. Hem recuperat la tradició, no hem fet un accés adaptat al Codi d'accessibilitat. Qui s'enfila per la columna ja veu que no són escales, és un simple punt d'ajuda i protecció per una acció difícil.»

La conclusió que resulta d'aquest informe és que l'Ajuntament coneix que el «Cul de la lleona» funciona com a atracció turística per als visitants i que la seva fesomia actual és fruit de l'actuació municipal específicament adreçada a permetre el bes sense que es malmeti l'escultura, tot i que aquesta sigui una rèplica de l'original. I, a més, es reconeix que aquesta estructura en forma d'esglaons adreçada a permetre que els visitants besin l'escultura no compleix el codi d'accessibilitat. Finalment, la tècnica reconeix que l'accés és difícil: es parla de «difícil» i de «difícil».

Per tant, l'Ajuntament és sabedor de la pràctica dels visitants i l'estimula, tot posant un sistema de graons que ajudi a arribar al «Cul de la lleona»; però sense complir cap normativa, la qual cosa és tant com dir que s'accepta l'existència d'un risc per als ciutadans que són encoratjats a aquest ritual «difícil». Per molt que es digui que no és una escala, sembla una escala i serveix per al mateix que serveix una escala. És a dir, existeix un fonament per a atribuir a l'Ajuntament de Girona la responsabilitat dels danys que puguin patir els ciutadans quan compleixen aquest ritual: es tracta d'una activitat no només coneguda, sinó fomentada com a atractiu turístic de la ciutat, però sense que s'hagin observat les normes d'accessibilitat. De fet, qualsevol fotografia de l'escultura permet veure que l'estructura per a acostar-se al «Cul de la lleona» està composta de fins a sis graons, tres molt estrets i tres un xic més amples, amb una barana en un dels costats. Tampoc no existeix cap advertiment al lloc sobre la perillositat dels esglaons.

Tanmateix, aquesta estructura és prou evident a simple vista. No es tracta d'un lloc de pas per on han de circular habitualment els vianants, sinó que cal enfilem-s'hi expressament. No es tracta que, en el caminar normal, el ciutadà topi amb un defecte al paviment o en unes escales, sinó d'algú que intenta complir un ritual propi dels visitants de Girona, que consisteix a pujar per aquests graons que la mateixa reclamant descriu com a molt estrets i que conformen un conjunt «bastante endeble». Res obligava la reclamant a besar l'escultura. Ho va fer a les 13.00 hores, o sigui, a plena llum del dia, sense que manifesti circumstàncies meteorològiques adverses que poguessin afectar-ne la percepció; en conseqüència, conscient que l'estructura no era segura. Per tant, va assumir un risc evident, que es va materialitzar amb la caiguda. En altres paraules, la reclamant va contribuir causalment, i d'una manera decisiva, en la producció de l'accident. I és que la doctrina d'aquest òrgan consultiu tendeix a determinar una concurrència de causes quan s'aprecia que el comportament de la víctima ha contribuït a la producció del dany i ha interferit amb entitat suficient en els esdeveniments (dictà-

mens 326/2009, 308/2010, 178/2012, 113/2013, 403/2013, 336/2014, 103/2015, 339/2015, 51/2018 i 163/2018); contribució de la víctima que, en aquest cas, és especialment rellevant.

El cas guarda relació amb el del Dictamen 162/2014, en què una persona va caure en haver ensopegat amb un element d'una escultura, situada en una plaça per la qual s'accedeix a l'entrada principal d'un edifici, on hi ha aules i el rectorat d'una universitat. Es va dir: «convé també tenir en compte que la caiguda va succeir a plena llum del dia, circumstància que permetia a la víctima veure l'escultura horitzontal i extreure la precaució, i que aquesta coneixia l'indret, en ser alumna de la Universitat». El mateix raonament es pot aplicar en el cas sobre el qual es dictamina, però tenint en compte que l'accident no succeeix en un lloc per on necessàriament s'ha de passar, sinó mentre es realitzava voluntàriament una activitat d'esbarjo pròpia del turisme. Aquesta Comissió té en compte la contribució respectiva en la causació del dany (per exemple, Dictàmens 172/2017, 250/2018 i 336/2018, en particular quan l'Administració afegeix un risc al general per a la vida). Tot això emmena que, en aquest cas concret, la Comissió estimi que la contribució causal de la reclamant s'ha de situar en el 80%, mentre que l'Ajuntament ha d'assumir les conseqüències de l'accident pel risc que genera l'estructura de l'escultura en un 20%.

IX.3. *Quantificació del dany*

Quant al dany, no hi ha dubte que la reclamant va patir una fractura del radi, de la qual es va haver d'operar, i li van col·locar material d'osteosíntesi. L'única seqüela que es pot considerar acreditada amb la documentació de l'expedient és un dèficit en l'extensió activa del colze. No hi consten amb claredat els dies de baixa.

La instant valora el dany de la manera següent: 35 dies de perjudici personal greu (a 75 euros/dia, 2.625 euros), 182 dies de perjudici moderat (a 52 euros/dia, 9.464 euros), 201 dies de perjudici bàsic (a 30 euros/dia, 6.030 euros) i 1.000 euros per l'operació quirúrgica. Quant a les seqüeles, considera 2 punts per limitació de flexió, 13 punts per limitació d'extensió, 5 punts per extirpació del cap del radi, 5 punts per material d'osteosíntesi i 8 punts per perjudici estètic, que fan un total de 49.098,59 euros en concepte de seqüeles.

D'altra banda, la companyia asseguradora fa una valoració que assumeix la proposta de resolució amb caràcter subsidiari: 4 dies per pèrdua de qualitat de vida greu (a 75 euros/dia, 300 euros); 136 dies per pèrdua de qualitat de vida moderada (a 52 euros/dia, 7.072 euros); 30 dies de perjudici personal bàsic (a 30 euros/dia, 900 euros); 16 punts de seqüeles funcionals (16.449,02 euros); 2 punts de seqüeles psicofísiques (1.484,84 euros) i necessitat de cirurgia (800 euros). En total, 27.005,86 euros.

En absència de dades mèdiques més precises, la valoració que fa la companyia asseguradora resulta més ponderada, tenint en compte el que s'ha conclòs

en un supòsit també de caiguda amb fractura de radi en el Dictamen 235/2019. Atesa la contribució causal de l'Ajuntament en la causació del dany, és procedent una indemnització a la reclamant de 5.041,17 euros.

CONCLUSIÓ

És procedent estimar en la quantitat de 5.041,17 euros —actualitzats a la data de finalització del procediment i, eventualment, més els interessos de demora corresponents— la reclamació de responsabilitat patrimonial instada davant l'Ajuntament de Girona per la Sra. A pels danys i perjudicis patits a conseqüència d'una caiguda produïda en un element escultòric que es troba a la plaça de Sant Feliu, i que atribueix al disseny deficient de les escales de l'escultura.

ALGUNES REFLEXIONS AMB OCASIÓ DEL LX ANIVERSARI DEL TRIBUNAL EUROPEU DE DRETS HUMANS

per

JOSEP-D. GUÀRDIA I CANELA

*Membre de número i expresident de l'Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya.*

Vicepresident del Tribunal Constitucional del Principat d'Andorra

14 de gener de 2020

I. INTRODUCCIÓ

El dia 20 d'abril de 1959 es considera la data d'inici del funcionament del Tribunal Europeu de Drets Humans¹. Durant l'any 2019 s'ha complert, doncs, el LX aniversari d'aquest Tribunal. I m'ha semblat oportú que l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, fidel a la seva tradició europeïsta i defensora dels drets humans, s'associés d'alguna manera a aquesta efemèride².

¹ Tot i que òbviament els seus precedents materials i formals els trobem en la Declaració Universal dels Drets Humans, aprovada per l'Assemblea general de les Nacions Unides, el dia 10 de desembre de 1948; en el Tractat constitutiu del Consell d'Europa signat a Londres el 5 de maig de 1949 i en el Conveni per a la salvaguarda dels drets humans i de les llibertats públiques signat a Roma el 4 de novembre de 1950 i que va entrar en vigor el 3 de setembre de 1953.

El primer Tribunal fou presidit per Lord Arnold DUNCAN McNAIR i en formaren part, entre d'altres distingits juristes, René CASSIN, Giorgio BALLADORE-PALLIERI i Alfred VERDROSS. El 18 de setembre de 1959, el Tribunal adoptà el seu Reglament i el 14 de novembre de 1960 dictà la primera Sentència, *Lawless c. Irlanda*. Fins el 30 d'octubre de 1998 el Tribunal havia dictat 933 decisions. Habitualment es considera que l'1 de novembre de 1998 va començar a funcionar el «nou» Tribunal, a conseqüència de l'entrada en vigor del Protocol 11.

Des de 1959 a 2018 les decisions han estat 21.651. El número d'assumpes entrats aquests darrers anys és ingent. L'actual, des del 5 de maig de 2019, President del Tribunal, el grec Linos-Alexandre SICILIANOS ens va anunciar a la Conferència de Presidents de Tribunals Constitucionals i Supremes dels Estat membres del Consell d'Europa, celebrada a París els passats 12 i 13 de setembre de 2019 que cada any es presenten varies desenes de milers de reclamacions. Per a una visió completa de les estadístiques cfr. la pàgina web del TEDH: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=fr>.

² No és la primera vegada que en els darrers temps l'Acadèmia tracta un tema relacionat amb el Tribunal Europeu dels Drets Humans. Ho va fer en la sessió de 9 de juny de 2015 amb la comunicació de l'acadèmic Eugeni GAY MONTALVO sobre «*El recurso de amparo a partir de la LOTC 6/2007. El Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*». La perspectiva, en tot cas, era sensiblement diferent a la que ara s'ofereix.

D'altra banda, el Tribunal Constitucional del Principat d'Andorra va organitzar, durant el mes de juliol passat, un Col·loqui sobre aquest mateix tema, del contingut del qual m'ha semblat convenient informar a la nostra Corporació.

Aquesta comunicació, doncs, donarà compte resumit de la important reunió esmentada i efectuarà algunes consideracions que m'han semblat d'interès, sobre algunes de les resolucions dictades pel Tribunal i sobre la incidència a Andorra i a Espanya d'algunes altres sentències relatives a aquests països, que a parer meu resulten especialment significatives.

II. EL COL·LOQUI ORGANITZAT PEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPAT D'ANDORRA

Va tenir efecte el divendres 12 de juliol, a Andorra la Vella. El seu lema general fou «Els 60 anys del Tribunal Europeu dels Drets Humans» i duia com a subtítol: «*Retorn al passat, anàlisi del present, reflexions sobre el futur*».

La Presidència del Col·loqui correspongué a l'actual President del Tribunal Constitucional d'Andorra, *Dominique Rousseau*. I en aquesta condició obrí i presentà la sessió. Les conclusions foren resumides per la magistrada *Laurence Burgorgue-Larsen*.

Com a actual vicepresident del Tribunal *Josep-Delfí Guàrdia Canela* va presidir les sessions del matí. I el magistrat *Joan-Manel Abril Campoy* va presidir les sessions de la tarda³.

El Col·loqui s'estructurà en tres grans capítols. Els dos primers, a la seva vegada, es subdividiren en dos i en cada un d'aquests apartats es presentaren dues ponències. El tercer, sense subdivisió, comprengué també dues intervencions (en total, doncs, 10 ponències). L'índex general fou, doncs:

- I. La construcció de la jurisprudència
 - a. La construcció pretoriana
 - i. *La creació de l'estàndard europeu o l'època de les sentències fundadores*. Maria Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ⁴
 - ii. *Entre l'estabilització i la regressió de l'estàndard o l'època de la subsidiarietat*. Francisco Javier GARCÍA ROCA⁵ i ⁶

³ Tingueren una participació destacada en l'organització del Col·loqui, la secretària general del Tribunal Constitucional del Principat d'Andorra, Meritxell TOMÁS BALDRICH, l'oficial lletrada, Rosa Ma. RUIZ GUERRERO i la cap de la secretaria administrativa, Encarna PÉREZ ALGUACIL.

⁴ Professora titular de Dret Constitucional de la Universitat Carlos III, de Madrid i Lletrada del Tribunal Constitucional d'Espanya.

⁵ Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Complutense de Madrid.

⁶ Tot i que en el programa la ponència figurava amb aquest encapçalament, en el text escrit el títol era: «*Deferencia internacional, vaguedad del margen de apreciación nacional y procedimiento razonable de decisión*».

- b. La (re)construcció institucional
 - i. *La revolució anunciada dels Protocols núm. 11, 14, 15 i 16 o la metamorfosi judicial esperada*. Michel DE SALVIA⁷
 - ii. *Les adaptacions processals o l'acceleració del tractament dels recursos*. Pascal DOURNEAU-JOSETTE⁸
- II. L'adhesió a la jurisprudència
 - a. La transfiguració dels ordenaments jurídics nacionals
 - i. *Retrospectiva sobre el reconeixement internacional de l'Estat andorrà (conseqüències de la sentència Drozd i Janousek c/ França i Espanya)*. Josep DALLERÈS CODINA⁹
 - ii. *La consideració de la jurisprudència europea per part del Tribunal Constitucional d'Andorra*. Jordane ARIETTAZ¹⁰
 - b. La interacció amb els ordenaments jurídics nacionals
 - i. *La interacció parlamentària o el diàleg institucional entre l'Assemblea parlamentària i els parlaments nacionals*. Pierre-Ives LE BORGNE¹¹
 - ii. *La interacció judicial o la institucionalització del diàleg mitjançant el Protocol núm. 16 (Anàlisi de la presentació de la primera demanda de la Cour de cassation)*. Daniel LUDET¹²
- III. La contestació de la jurisprudència
 - i. *Les impugnacions episòdiques: l'exemple espanyol*. Marc CARRILLO¹³
 - ii. *L'acceptabilitat de les sentències del Tribunal Europeu dels Drets Humans*. Frédéric KRENC¹⁴

III. LES MATÈRIES D'INTERÈS GENERAL TRACTADES

Evidentment depassaria en molt el temps que dispo i resultaria pràcticament impossible resumir les deu ponències exposades en una mica més de cinc hores, a les quals s'hauria d'afegir les interessants qüestions sorgides en els debats. Per aquest motiu em limitaré a presentar aquelles qüestions, unes abordades en el Col·loqui i altres no, que em semblen més interessants als efectes d'aquesta comunicació.

⁷ Antic Secretari general i Jurisconsult del TEDH.

⁸ Professor associat de la Universitat d'Estrasburg. Membre de la Secretaria del TEDH.

⁹ Antic Ambaixador d'Andorra al Consell d'Europa.

¹⁰ Professora a la Universitat de Montpeller.

¹¹ Antic membre de l'Assemblea parlamentària del Consell d'Europa.

¹² Conseller honorari a la *Cour de cassation*. Antic membre del *Conseil Supérieur de la Magistrature*.

¹³ Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra.

¹⁴ Advocat a Brussel·les. Director de la Revista Internacional dels Drets Humans (RTDH).

A. Els 6 primers casos emblemàtics i les 50 sentències bàsiques

Seguiré substancialment en aquest punt, la comunicació ja esmentada de Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ que es refereix als anomenats casos emblemàtics. La complementaré, però, inicialment amb l'exhaustiu treball¹⁵ de Daniel SARMIENTO, Luis Javier MIERES MIERES i Miguel Angel PRESNO LINERA. Aquests darrers en el seu magnífic estudi¹⁶ fan una exposició de fins a 50 casos estructurats de la manera que, pel seu interès, reproduceixo textualment, donant una brevíssima indicació del supòsit de fet i del resultat de la resolució:

a) Les 50 sentències bàsiques

I. Dret a la vida (art. 2)

1. McCann c. Regne Unit, de 27 de setembre de 1995¹⁷
- Pretty c. Regne Unit de 29 d'abril de 2002 (remissió al cas 23)
2. Vo c. França, de 8 de juliol de 2004¹⁸ i ¹⁹

II. Prohibició de la tortura (art. 3)

3. Soering c. Regne Unit, 7 de juliol de 1989²⁰

¹⁵ «Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: [estudio y jurisprudencia]», Thomson-Civitas, 2007, Cizur Menor (Navarra).

¹⁶ M'agrada remarcar en aquest punt, la importància que, al meu entendre, tenen els estudis sobre la jurisprudència en la formació permanent del jurista. Aquest llibre m'ha ajudat molt en la posada al dia dels meus coneixements en la matèria dels drets humans, com en el seu dia ho feu, en l'àmbit del dret civil, la coneguda i celebrada obra «Estudios sobre la jurisprudencia civil» del professor Luis DIEZ PICAZO. 2 vol.1a. ed. Editorial Tecnos. Madrid 1966-1969.

¹⁷ Atemptat terrorista de l'IRA a Gibraltar. Abatiment dels dos sospitosos per les forces militars. Declaració (10 vots contra 9), que hi hagué violació de l'article 2 del Conveni.

¹⁸ La Sra. Vo, d'origen vietnamita i en estat de gestació, va patir un error mèdic (a conseqüència d'una coincidència de noms de dues pacients) i posteriorment se li va efectuar un avortament terapèutic. Reclamà per violació del dret a la vida del fetus. Declaració (14 vots contra 3) que no hi hagué violació de l'article 2.

¹⁹ Sovint s'al·lega aquesta Sentència en favor de la tesi segons la qual per al TEDH el fetus no és «persona» als efectes de l'article 2 de Conveni. I és cert que en els fonaments jurídics de la Sentència s'efectuen moltes declaracions relatives a la interrupció voluntària de l'embaràs. Són, però, manifestacions *obiter dicta*. En realitat la *qüestió iuris* era si una interrupció no voluntària sinó negligent per part d'un ginecòleg comportava inexorablement una actuació penal. Aquest fet va determinar la *ratio decidendi* de la declaració de no violació de l'article 2. Una Sentència posterior, de 16 de desembre de 2010 —cas *A, B i C c. Irlanda*— ha tornat a tractar el tema de l'avortament intentant una solució d'equilibri sobre la base del dret a la intimitat personal i familiar de l'article 8, posant-lo en relació amb l'article 13 —dret a un recurs efectiu— i l'article 14 sobre prohibició de discriminació. Amb tot, el Tribunal rebutja (per 11 vots contra 6) que hi hagi hagut vulneració de l'article 8 en relació amb el 13, pel que fa a les recurrents A i B i declara (unanimitat) que hi hagué aquesta vulneració en el cas de la recurrent C (malalta de càncer amb temor que l'embaràs posés en perill la seva vida). Hi ha un vot particular concordant i de notable interès del magistrat espanyol LÓPEZ GUERRA, al qual s'adherí el magistrat andorrà CASADEVALL.

²⁰ El Sr. Soering, alemany resident a Anglaterra es trobava detingut en espera de l'extradició als EE.UU. a conseqüència de l'acusació de diversos assassinats, pels quals havia estat condemnat a mort. Declaració que existiria vulneració de l'article 3 si es procedís a l'extradició a Estats Units.

4. Öçalan c. Turquia, de 12 de març de 2003²¹
5. Jalloh c. Alemanya, d'11 de juliol de 2006²²
- III. Prohibició de l'esclavatge i del treball forçat (art. 4)
 6. Siliadin c. França, de 26 de juliol de 2005²³
- IV. Dret a la llibertat i a la seguretat (art. 5)
 7. Winterwerp c. Països Baixos, de 24 d'octubre de 1979²⁴
 8. Brogan c. Regne Unit, de 29 de novembre de 1988²⁵
 9. De Wilde c. Bèlgica, de 18 de juny de 1971²⁶
- V. Dret a un judici equitable (art. 6)
 10. Golder c. Regne Unit, de 21 de febrer de 1975²⁷
 11. Ruiz-Mateos c. Espanya, de 23 de juny de 1993²⁸

²¹ El demandant, ciutadà turc i Cap del Partit dels Treballadors del Kurdistan (PKK), residia a Síria d'on fou expulsat. Sol·licità, sense resultat, asil polític a Grècia, Rússia, Itàlia i Kenya. Detingut per les autoritats turques i sotmès a judici, fou condemnat a mort. Declaració per unanimitat que no hi havia hagut violació dels articles 2, 14 i 3. Declaració (6 vots contra 1) de violació de l'article 3 per imposició de la pena de mort en un judici injust.

²² El demandant residia a Colònia però no parlava alemany. Quan fou detingut s'empassà una bosseta que la policia sospitava que contenia estupefaents. Li fou administrat forçosament un emètic. Finalment fou condemnat a sis mesos de presó. Declaració (10 contra 7) de violació de l'article 3 i (11 vots contra 6) de violació de l'article 6.

²³ La reclamant va arribar a França amb 15 anys, en companyia d'una ciutadana francesa d'origen togolès, que li va retenir el passaport i la utilitzà de serventa, sense remuneració i amb treball il·limitat. Es tramitaren diversos processos que acabaren amb l'absolució de les persones que l'havien retingut i l'atorgament d'unes remuneracions d'ordre laboral. Declaració per unanimitat de violació de l'article 4.

²⁴ És objecte d'exposició de fets i comentari més extensos, en un moment posterior. Declaració de no violació de l'article 5.1 i de violació del 5.4.

²⁵ Terence Patrick Brogan, agricultor anglès amb residència a Irlanda del Nord, va ser detingut durant 5 dies i 11 hores per una presumpta participació en un atac a una patrulla mòbil de la policia. En circumstàncies semblants i pels mateixos fets, ho foren Dermot Coyle (aturat), William Mc Fadden (també aturat) i Michael Tracey (aprenent de fuster). No van ser formalment acusats i se'ls posà en llibertat. Declaració (6 vots a 3) de no violació de l'article 5.1, de violació del 5.3 (per 12 contra 7), de no violació del 5.4 (unanimitat) i de violació del 5.5 (13 a 6).

²⁶ Ciutadà d'origen belga, passà la infantesa en un orfenat. Ingressà a l'exèrcit francès (Legió estrangera). Retornat al seu país fou jutjat i condemnat conforme a la llei «per a la repressió de la vagància i la mendicitat». En situació similar es trobaven Franz Ooms i Edgard Versyp. Declaració (unanimitat) de no violació de l'article 5.1; declaració (unanimitat) que l'article 5.3 no és d'aplicació al cas; declaració (9 contra 7) de violació del 5.4, per manca d'un recurs judicial; i declaració (15 contra 1) de no violació del 5.4 en rebutjar-se per les autoritats administratives les peticions de posada en llibertat dels reclamants.

²⁷ Sidney Elmer Golder era un ciutadà britànic que complia condemna de 15 anys de presó per robatori a mà armada. Es produïren uns greus aldarulls i el reclamant fou considerat, en el procediment intern, un dels participants més actius. No hi hagué, però, cap procediment ulterior. L'interessat va demanar autorització per a procedir en via civil contra el funcionari de presons que l'havia denunciat i va sol·licitar el canvi d'establiment penitenciari. El Ministeri de l'Interior li va denegar les dues peticions. Declaració (9 vots contra 3) de violació de l'article 6.1.

²⁸ Es tracta del cas de l'expropiació de RUMASA que al ser més conegut entre nosaltres no necessita explicació. El TEDH va declarar (22 vots contra 2) que hi havia violació de l'article 6.1 quant a la durada del procediment i (per 18 vots contra 6) que hi havia hagut violació de l'article 6.1 quant al caràcter equitatiu dels procediments seguits davant el Tribunal Constitucional.

12. Buchholz c. Alemanya, de 6 de maig de 1981²⁹
 13. Hornsby c. Grècia, de 19 de març de 1997³⁰
 14. Allenet de Ribemont c. França, de 10 de febrer de 1995³¹
 15. John Murray c. Regne Unit, de 8 de febrer de 1996³²
- VI. Cap pena sense llei (art. 7)
- Kokkinakis c. Grècia, 25 de maig de 1993 (remissió al cas 25)
16. Cantoni c. França, de 15 de novembre de 1996³³
 17. Baskaya i Okçuoglu c. Turquia, de 8 de juliol de 1999³⁴
 18. Welch c. Regne Unit, de 9 de febrer de 1995³⁵
- VII. Dret al respecte de la vida privada i familiar (art. 8)

²⁹ El reclamant, alemany resident a Hamburg treballava en una empresa de neteja. Fou acomiadat i l'any 1974 va iniciar un procediment laboral que va concloure el 1978. Reclamà contra la durada del procediment. Declaració de no violació dels articles 6.1, 3, 8 i 12.

³⁰ El senyor Hornsby i la seva esposa sol·licitaren del Govern d'Atenes autorització per obrir un col·legi privat (*frontistirio*) a l'illa de Rodes en la qual residien. Els la fou denegada per la seva condició d'estrangers. El Tribunal de Justícia de la UE establí que aquesta denegació infringia el Tractat CEE. En els seus mèrits el Consell d'Estat de Grècia anul·là les decisions administratives. L'autorització, amb tot, no fou atorgada. Declaració (7 vots contra 2) de violació de l'article 6.1.

³¹ Un diputat i antic Ministre francès fou assassinat davant el domicili del demandant. Aquest fou acusat de complicitat en un homicidi voluntari i ingressà a la presó. En unes declaracions a la premsa el Ministre francès de l'interior, Michel Poniatowski, insinuà la culpabilitat del reclamant. Al cap d'un poc temps fou posat en llibertat i posteriorment l'afer fou sobresegut. Declaració (8 vots contra 1) de violació de l'article 6.2.

³² El demandant fou arrestat com a sospitós d'un delictes de conspiració per assassinat i segrest a Irlanda del Nord. Demanà la presència del seu advocat que no el va poder assistir fins passades 48 hores. Al llarg de tot el procediment va decidir guardar silenci. Després d'un procés sumari fou condemnat a 8 anys de presó. Declaració (14 vots contra 5) que no hi hagué violació de l'article 6, paràgrafs 1 i 2 quan a les conseqüències extremes del seu silenci i que (12 vots contra 7) hi hagué violació de l'apartat 1 en relació amb el 3c) de l'article 6 pel fet de no poder accedir al seu advocat.

³³ Com a director d'un supermercat, el reclamant i també altres persones que ostentaven el mateix càrrec en altres establiments, tenia a la venda una determinada substància que no considerava que fos un medicament. El Tribunal correccional el condemnà al pagament d'una multa i a la indemnització d'1€ a cadascun dels actors civils i la seva sentència fou confirmada en apel·lació i en cassació. El TEDH considera que el reclamant havia de saber que corria un perill efectiu de veure's perseguit per l'exercici il·legal del servei de farmàcia. Declaració de no violació de l'article 7 del Conveni.

³⁴ Els demandants eren professor d'economia i periodista, el primer i propietari d'una editorial el segon. Publicaren i editaren un llibre sobre «occidentalització, modernització i desenvolupament» amb una manifesta crítica a la ideologia oficial. En uns paràgrafs es referia especialment al problema «kurd». El Fiscal els acusà davant el Tribunal de Seguretat de l'Estat. En un primer procediment foren absolts però el Tribunal d'Apel·lació anul·là aquesta sentència i va remetre novament el cas al Tribunal de Seguretat, que en aquest cas els condemnà. Interposat recurs de cassació fou rebutjat. Declaracions per unanimitat de no violació de l'article 7 pel que fa al primer demanant i de violació del mateix article pel que fa al segon.

³⁵ El reclamant fou detingut per un possible delictes contra la salut pública per haver importat grans quantitats de cànnabis. Posteriorment s'afegiren altres delictes relacionats. Fou declarat culpable i se li imposaren vint-i-dos anys de presó i confiscació. El tribunal d'Apel·lació va reduir en dos anys l'anterior pena i la quantitat confiscada. El Tribunal considera que en aquest cas, la confiscació constitueix una pena. Declaració de violació de l'article 7.

19. X i Y c. Holanda, de 26 de març de 1985³⁶
 20. Niemietz c. Alemanya, de 6 de desembre de 1992³⁷
 21. López Ostra c. Espanya, de 9 de desembre de 1994³⁸
 22. Valenzuela Contreras c. Espanya, de 30 de juliol de 1998³⁹
 23. Pretty c. Regne Unit, de 29 d'abril de 2002⁴⁰ i ⁴¹ en relació amb el dret a morir dignament
 - I. c. Regne Unit, d'11 de juliol de 2002 (remissió al cas 36)
 24. Von Hannover c. Alemanya, de 24 de juny de 2004⁴²
- VIII. Llibertat de pensament, de consciència i de religió (art. 9)
25. Kokkinakis c. Grècia, de 25 de maig de 1993⁴³
 26. Hassan i Tchaouch c. Bulgària, de 26 d'octubre de 2000⁴⁴
- IX. Llibertat d'expressió (art. 10)

³⁶ Y, noia holandesa de setze anys d'edat i que vivia en una residència privada per a nens amb deficiències mentals fou objecte d'abusos sexuals per part d'un gendre de la directora. Li fou desestimada l'acció penal. Declaració de violació de l'article 8.

³⁷ El demandant, advocat, fou objecte d'un registre del seu despatx en recerca de documentació per un possible delictes d'injúries amb ocasió de la tramitació d'un procediment penal contra un empresari que es negava a retenir l'impost eclesiàstic del salari dels seus treballadors. El degà del Col·legi d'Advocats de Friburg dirigí una protesta formal al Tribunal que havia acordat el registre. Les diligències penals foren arxivades. Declaració (per unanimitat) de violació de l'article 8.

³⁸ La reclamant denuncià la construcció a Lorca d'una planta depuradora d'aigües i residus. Posteriorment formulà demanda de protecció de drets fonamentals que fou desestimada per l'Audiència Territorial i el Tribunal Suprem. El recurs d'empara fou inadmes a tràmit. Declaració de violació de l'article 8.

³⁹ El Sr. Valenzuela, ciutadà espanyol, era subdirector de personal d'una empresa. Una empleada d'aquesta empresa (que havia tingut relacions sentimentals amb el demandant) va denunciar una tercera persona desconeguda per injúries i amenaces telefòniques. S'intervingueren diversos telèfons. Finalment es dirigí l'acció penal contra el reclamant que fou condemnat a 4 mesos de presó. El Tribunal Suprem desestimà el recurs de cassació i el recurs d'empara no va ser admès a tràmit pel Tribunal Constitucional. Declaració de violació de l'article 8.

⁴⁰ La Sra. Pretty, de 43 anys, patia una ELA (esclerosi lateral amiotròfica) progressiva. Va demanar que no s'instruïssin diligències penals contra el seu marit si aquest, accedint a la seva petició, l'ajudava a suïcidar-se. La seva petició fou denegada en totes les instàncies. Declaració de no violació de l'article 8 (i tampoc de l'article 2).

⁴¹ En realitat el primer assumpte que va arribar al TEDH en relació a l'eutanàsia, en base als arts. 2 i 8 del CEDH fou el del ciutadà espanyol Ramon Sampedro. No obstant, en haver estat formulada la demanda per un familiar després de la mort de l'interessat, el Tribunal considerà que no tenia la condició de víctima i per Sentència de 26 d'octubre del 2000 va declarar la inadmissibilitat de la demanda. Darrerament s'han tractat temes relacionats amb l'eutanàsia en les Sentències de 16 de desembre de 2008 (Ada Rossi c. Itàlia), 20 de gener de 2011 (Hass c. Suïssa) i 5 de juny de 2015 (Lambert i altres c. França).

⁴² La princesa Carolina de Mònaco va reclamar contra la publicació de fotografies seves per part de la premsa sensacionalista. Es tramitaren diversos procediments judicials davant de diferents Tribunals d'Alemanya, amb resultats distints. Declaració de violació de l'article 8.

⁴³ El demandant, de nacionalitat grega i testimoni de Jehovà va ser condemnat per proselitisme de les seves creences religioses. Declaració (6 vots contra 3) de violació de l'article 9 i (per 8 contra 1) de no violació de l'article 7.

⁴⁴ Els reclamants eren respectivament Gran Mufti i professor de musulmans búlgars. Foren substituïts en els seus càrrecs, amb intervenció del Govern i els seus recursos foren desestimats o inaplicats. Declaració (unanimitat) de violació de l'article 9.

27. Handyside c. Regne Unit, 7 de desembre de 1976⁴⁵
28. Lingens c. Àustria, de 8 de juliol de 1986⁴⁶
29. Otto Preminger-Institut c. Àustria, de 20 setembre de 1994⁴⁷
30. Fressoz i Roire c. França, de 21 de gener de 1999⁴⁸
- X. Llibertat de reunió i d'associació (art. 11)
 31. Ezelin c. França, de 26 d'abril de 1991⁴⁹
 32. Sindicat Nacional de la Policia Belga c. Bèlgica, de 27 d'octubre de 1975⁵⁰
 33. Partit Comunista Unificat de Turquia i altres c. Turquia, de 13 de gener de 1998⁵¹
 - Chassagnou c. França, de 29 d'abril de 1999 (remissió al cas 46)
 34. Refah Partisi i altres c. Turquia, de 13 de febrer de 2003⁵²
- XI. Dret a contraure matrimoni i fundar una família (art. 12)
 35. Johnston i altres c. Irlanda, de 18 de desembre de 1986⁵³

⁴⁵ És objecte d'exposició de fets i comentari, més extensos, com «assumpte emblemàtic», en un moment posterior. Declaració de no violació de l'article 10 (per 13 vots contra 1).

⁴⁶ El Sr. Lingens era un periodista austríac, cap de redacció d'una revista a Viena. Va publicar uns articles criticant l'actuació del canceller Kreisky durant el període nazi. Aquest va formular una querrela que finalment determinà una condemna del reclamant. Declaració de violació de l'article 10.

⁴⁷ Aquesta associació austríaca de dret privat va anunciar la projecció d'una pel·lícula que posteriorment fou retirada i confiscada per considerar que atemptava al respecte als sentiments religiosos. Declaració (per 6 vots contra 3) de no violació de l'article 10.

⁴⁸ Els reclamants eren el director i un periodista del diari satíric *Le Canard enchaîné*. En aquesta condició i en ocasió d'un conflicte social a Peugeot publicaren un article en el qual comparaven les retallades salarials amb el sou del President. Aquest exercirà una acció penal que acabà amb la condemna a una multa i a la indemnització del querellant. Declaració de violació de l'article 10.

⁴⁹ El demandant era un advocat francès resident a Guadalupe. Amb ocasió d'una manifestació s'instruïren contra d'ell unes diligències que foren sobresegudes. En via disciplinària i contra la decisió absolutòria del Col·legi d'Advocats, fou condemnat a pena de reprensió pública. Declaració (per 6 vots contra 3 —amb tres opinions dissidents i una parcialment dissident—) de violació de l'article 11.

⁵⁰ Aquest Sindicat va plantejar diverses qüestions relatives a la unitat sindical i al dret de ser consultat pels poders públics, que van resultar desatesses. Declaració (unanimitat) de no violació de l'article 11 i (per 10 vots contra 4) de no violació dels articles 11 i 14 considerats conjuntament).

⁵¹ El Partit demandant va ser dissolt pel Tribunal Constitucional de Turquia per només alguna de les causes al·legades —utilització d'un nom prohibit per la llei i atemptat a la integritat territorial i a la unitat de la nació. Declaració (unanimitat) de violació de l'article 11.

⁵² El Partit de la Prosperitat (Refah Partisi) que va arribar a formar Govern de coalició fou dissolt pel Tribunal Constitucional per «haver-se convertit en un centre d'activitats contràries al principi de laïcitat». Declaració (unanimitat i amb dues opinions concordants) de violació de l'article 11.

⁵³ El demandant, investigador científic, havia contraït matrimoni amb una mestra i havien tingut tres fills. Posteriorment se separaren de fet i passaren a conviure amb altres persones (ell amb Janice Williams-Johnston, amb qui va tenir una filla —Nessa— que van ser també demandants). La legislació irlandesa no els permetia divorciar-se i passar a nou matrimoni. Declaració (16 vots contra 1) que la manca en dret irlandès de divorci i possibilitat de nou matrimoni no viola ni l'article 8 ni el 12; que no hi ha violació de l'article 14 en relació amb el 8 i que l'article 9 no és aplicable al cas. Declaració (unanimitat) que la situació legal de la filla en dret irlandès viola l'article 8.

36. I. c. Regne Unit, d'11 de juliol de 2002⁵⁴
- XII. Dret a un recurs efectiu (art. 13)
37. Klass c. Alemanya, de 6 de setembre de 1978⁵⁵
38. Smith & Grady c. Regne Unit, de 27 de setembre de 1999⁵⁶
39. Kudla c. Polònia, de 26 d'octubre de 2000⁵⁷
- XIII. Prohibició de discriminació (art. 14)
40. Relatiu a certs aspectes del règim lingüístic de l'ensenyament a Bèlgica c. Bèlgica, de 23 de juliol de 1968⁵⁸
41. Thlimmenos c. Grècia, de 6 d'abril de 2000⁵⁹
- XIV. Garanties dels estrangers i límits als seus drets (arts. 1 i 16; arts. 2 i 4 del Protocol 4; art. 1 Protocol 7)
42. Piermont c. França, 27 d'abril de 1995⁶⁰
43. Baumann c. França, 22 de maig de 2001⁶¹
44. Conka c. Bèlgica, 5 de febrer de 2002⁶²

⁵⁴ A través d'una operació quirúrgica, la demandant, de nacionalitat britànica, havia passat del sexe masculí al femení. Amb tot, va continuar essent considerada un home en el pla jurídic i tingué especials dificultats en ordre a contraure matrimoni. Declaració (per unanimitat amb 2 opinions concordants i 2 parcialment dissidents) de violació de l'article 8 i de l'article 12.

⁵⁵ Els recurrents fiscal superior, jutge i advocats denunciaren com a contraris al Conveni l'article 10.2 de la Llei fonamental i una llei relativa a la restricció del secret de la correspondència, dels enviaments postals i de les telecomunicacions. Acudiren al Tribunal Constitucional que estimà una part de les seves al·legacions i en rebutjà unes altres. Es posà en qüestió la legitimació dels recurrents. Declaració de no violació ni de l'article 8, ni del 13 ni del 6.

⁵⁶ La demandant era auxiliar d'infermeria a la RAF. En un procediment intern va reconèixer que era homosexual. L'altre demandant era auxiliar administratiu també a la RAF i encara que en un primer moment ho va negar, finalment va reconèixer la seva homosexualitat. Els dos foren expulsats de l'Exèrcit. Declaració de violació de l'article 13.

⁵⁷ El demandant, acusat de falsificació i estafa fou detingut i posteriorment ingressat a presó. Va presentar moltes peticions de llibertat, va tractar de suïcidar-se i efectuà una vaga de fam. Al·legà que en el seu cas s'havia vulnerat el dret a que la causa fos jutjada en un termini raonable i que no havia disposat d'un recurs efectiu. Declaració (per unanimitat) de violació de l'article 6.1 i (per 16 vots contra 1) de violació de l'article 13. Opinió parcialment dissident del jutge andorrà Casadevall.

⁵⁸ La Comissió sotmet al Tribunal la petició d'uns pares i mares belgues d'expressió francòfona que volien instrucció en aquesta llengua. Es plantegen fins a sis qüestions. Declaració (per 8 vots contra 7) de que l'article 7.3 de la llei belga no s'adapta a l'article 14 del Conveni i (per unanimitat) de no violació de cap altre dels articles del Conveni i Protocol. Hi ha una pluralitat d'opinions dissidents i concordants.

⁵⁹ Un Tribunal militar va condemnar al demandant, testimoni de Jehovà, per haver-se negat a portar uniforme. Posteriorment va ser rebutjat en una oposició d'auditor comptable per haver estat condemnat. Declaració de violació de l'article 14.

⁶⁰ La demandant, ciutadana alemanya, era ecologista i pacifista. Diputada al Parlament europeu, grup dels Verds. Es desplaçà a la Polinèsia francesa d'on fou expulsada per haver participat en una manifestació. Es dirigí a Nova Caledònia però li va ser impedita l'entrada. Declaració (per unanimitat) de no violació de l'article 2 del protocol 4 i (per 5 vots contra 4) de violació de l'article 10 del Conveni.

⁶¹ Amb motiu d'una actuació policial, fou confiscat el passaport i una quantitat de diners del demandant. Declaració (per 4 vots contra 3) de violació de l'article 2 del Protocol 4.

⁶² Els demandants —matrimoni i dues filles menors— eren ciutadans eslovacs d'origen zíngar. Víctimes d'agressions racistes al seu país, es traslladaren a Bèlgica on demanaren asil polític

- XV. Protecció de la propietat (art. 1 Protocol 1)
- 45. Sporrong i Lönnroth c. Suècia, 23 de setembre de 1982⁶³
 - 46. Chassagnou c. França, 29 d'abril de 1999⁶⁴
- XVI. Dret a eleccions lliures (art. 3, Protocol 1)
- 47. Mathieu-Mohin i Clerfayt c. Bèlgica, de 2 de març de 1987⁶⁵
 - 48. Matthews c. Regne Unit, de 18 febrer de 1999⁶⁶
 - 49. Hirst c. Regne Unit, de 6 d'octubre de 2005⁶⁷
 - 50. Selim Sadak i altres c. Turquia, d'11 de juny de 2002⁶⁸

Molt recentment, JOSEP CASADEVALL ha publicat un llibre en el qual efectua «Una Inmersió ràpida»⁶⁹ en l'exposició de l'organització i la jurisprudència del Tribunal d'Estrasburg en el qual apareixen molts dels casos esmentats i alguns altres igualment interessants.

b) *Els sis primers casos emblemàtics*

Els casos que assenyalava la professora Gómez com assumptes emblemàtics o

que els el fou denegat. Finalment foren retornats al seu país. Declaració (per 4 vots contra 3) de violació de l'article 4 del Protocol 4, de no violació (per unanimitat) de l'article 13 del Conveni en relació amb el 3, i (per 4 vots contra 3) de violació de l'article 13 del Conveni en relació amb l'article 4 del Protocol 4.

⁶³ Les dues demandes fan referència a les conseqüències que com a titulars de determinades propietats situades a Estocolm els hi suposen un permís d'expropiació a llarg termini i la consegüent prohibició de construir. Declaració (per 10 vots contra 9) de violació de l'article 1 del Protocol 1.

⁶⁴ La demandant i altres interessats eren propietaris de diferents terrenys que foren inclosos en «Associacions Comunals de Caça Aprovades». Reclamaren que a les seves finques no es pogués caçar però les seves sol·licituds foren desestimades. Declaració (per 12 vots contra 5) de violació de l'article 1 del Protocol 1 i de l'article 11 del Conveni.

⁶⁵ Tots dos demandants són ciutadans belgues francòfons residents en territori flamenc pròxim a Brussel·les i elegits a diversos cossos polítics. Plantegen algunes qüestions derivades d'aquesta situació. Declaració (per 13 vots contra 5) de no violació de l'article 3 del Protocol 1 i (per 14 vots contra 4) de no violació de l'article 14 en relació amb l'article 3 del Protocol 1.

⁶⁶ La demandant, resident a Gibraltar va sol·licitar la seva inscripció a les llistes per les eleccions al Parlament Europeu. Li va ser denegada. Declaració (per 15 vots contra 2) de violació de l'article 3 del Protocol 1.

⁶⁷ Declarat culpable d'homicidi involuntari i condemnat a cadena perpetua discrecional, el reclamant, abans de ser posat en llibertat, demanà autorització per a votar en les eleccions al Parlament i locals. Li és denegada en mèrits d'una llei interna. Declaració (12 vots contra 5) de violació de l'art. 3 del Protocol 1 i de que no procedeix qüestió diferent respecte els articles 10 i 14 del Conveni.

⁶⁸ Els demandants eren ciutadans turcs, membres del Partit de la Democràcia que fou dissolt pel Tribunal Constitucional i diputats a la Gran assemblea nacional turca. Foren detinguts i condemnats pel Tribunal de Seguretat de l'Estat, a penes greus que, només respecte a alguns, foren anul·lades pel Tribunal de Cassació. Declaració (unanimitat) de violació de l'article 3 del Protocol 1 i de no procedència d'examinar si hi hagué violació dels articles 7, 9, 10, 11 i 14 del Conveni i de l'article 1 del Protocol 1.

⁶⁹ Aquest és el títol de la col·lecció de «Tibidabo Ediciones» dins la qual s'ha publicat (octubre 2019) el llibre «El Tribunal de Estrasburgo». L'autor ha estat Jutge del TEDH designat per Andorra, entre 1996 i 2015 i fou President de la Secció III i Vicepresident del Tribunal.

«affaires phares» tenen en comú que pertanyen a la primera etapa del TEDH, la de les «sentències fundadores» com diu en el títol de la seva ponència o, de les que integren la «construcció pretoriana» dels drets fonamentals i les llibertats públiques», com es diu en el programa del Col·loqui. Només dos d'ells (*Winterwerp -23- i Handsyde -27-*) figuren a la relació anterior.

Aquests assumptes emblemàtics són els següents:

1. Neumeister c. Àustria. Sentència de 27 de juny de 1968
2. Engel i altres c. Països Baixos. Sentència de 8 de juny de 1976
3. Handyside c. Regne Unit. Sentència de 7 de desembre de 1978
4. The Sunday Times c. Regne Unit. Sentència de 26 d'abril de 1979
5. Airey c. Irlanda. Sentència de 9 d'octubre de 1979
6. Winterwerp c. Països Baixos. Sentència de 24 d'octubre de 1979

En aquestes Sentències, en general i en tractar temes relatius a la privació de llibertat, a la llibertat d'expressió i a les garanties dels processos (penals i no penals), neixen i es desenvolupen conceptes tan importants en el posterior desplegament de la jurisprudència del TEDH com:

- i) l'existència d'uns drets i llibertats exercitables purament i simplement i que resulten de «configuració legal»,
- ii) el «marge d'apreciació» nacional,
- iii) la deferència o control europeus menys intensos en el cas de decisions internes raonables que s'ajustin al cànon per a controlar les ingerències en un dret fonamental i que comporta:
 - a) que estiguin previstes per la llei;
 - b) que estiguin inspirades en un o més dels fins legítims des de la perspectiva de l'article 10,2 del Conveni;
 - c) que siguin necessàries en una societat democràtica;
- iv) el principi de proporcionalitat, ponderació o «*balancing of interests*»,
- v) la deriva (excessiva?) a aspectes procedimentals,
- vi) es requereixen mesures positives de l'Estat quan els drets civils i polítics enunciats pel Conveni només en els seus elements essencials, tenen unes conseqüències d'ordre econòmic i social,
- vii) tots els drets i llibertats tenen vocació i exigència d'universalitat.

En la meua intervenció com a President de la Mesa vaig insistir en els aspectes positius d'aquesta construcció «pretoriana» a semblança d'allò que va succeir en el dret romà, en el qual el «*ius honorarium*» del pretor, complementant el «*ius civile*» i el «*ius gentium*» ha deixat la més gran empremta en la història del dret. També vaig voler subratllar que calia moure l'ànim dels legisladors per tal que deixessin la seva actitud «*silent*» o «*absent*» i prenguessin una actitud activa en la protecció i defensa dels drets humans com a base essencial de l'existència dels Estats de dret.

B. Presentació dels sis casos emblemàtics

1. *Neumeister c. Àustria. Sentència de 27 de juny de 1968*

Constitueix el primer dels casos emblemàtics des d'un punt de vista temporal. En síntesi es tractava del supòsit d'un ciutadà austríac que va resultar privat de llibertat durant un llarg període de temps (26 mesos i 4 dies entre el 12 de juliol de 1962 i el 16 de setembre de 1964).

El TEDH va apreciar violació de l'article 5.1 del Conveni i va considerar que la durada de la privació de llibertat durant un procés penal havia de ser «raonable» i des del mateix moment que no ho fos, la persona havia de ser posada en llibertat provisional. Només l'existència d'una veritable exigència d'interès públic pot justificar una derogació de la regla del respecte a la llibertat individual.

2. *Engel i altres c. Països Baixos. Sentència de 8 de juny de 1976*

El senyor Cornelius J.M. Engel i altres companys es trobaven complint el servei militar a l'exèrcit dels Països Baixos. Els seus superiors els havien sancionat amb restriccions de la seva llibertat, per infracció de la disciplina militar. Després d'haver esgotat les instàncies nacionals en les quals només obtingueren alguna disminució de les sancions, el TEDH sosté que la disciplina militar no escapa del domini de l'art. 5.1. Accepta que el servei militar no constitueix per ell mateix una privació de llibertat i que cada Estat pot organitzar el seu sistema de disciplina militar disposant d'un cert «marge d'apreciació». Com ja he dit, aquest és un concepte que el Tribunal comença a utilitzar i del qual posteriorment farà un ús que molts qualifiquen d'abusiu. Finalment el TEDH estima que en aquest cas s'ha produït també una violació de l'art. 6 en el sentit que la infracció disciplinària ha interferit en la veritable matèria penal i que els interessats no han gaudit d'un judici equitable.

3. *Handyside c. Regne Unit*⁷⁰. *Sentència de 7 de desembre de 1976*

Aquesta Sentència va ser molt mediàtica en el seu moment. Afectava l'article 10 del Conveni i, per tant, a la llibertat d'expressió. Ja he assenyalat que també es citada com a resolutòria d'un dels «casos bàsics» i afegiré que torna a insistir en el concepte de «marge d'apreciació» del qual hem parlat en el cas anterior.

M. Richard Handyside va editar un llibre titulat «The little red school-book», d'origen danès i adreçat a escolars de 12 anys o més. En ell hi havia un capítol dedicat a la sexualitat que les autoritats angleses van considerar obscè i delictiu. Tramitat el corresponent procediment penal, la sentència va concloure que el llibre o la secció dedicada a la sexualitat tendia efectivament, en una visió de conjunt, a «depravar i corrompre» una important part dels joves que el llegissin.

⁷⁰ Cfr. nota 45.

El TEDH va considerar que les diverses mesures adoptades per les autoritats angleses (condemna penal de l'editor, confiscació i destrucció de la matriu i d'un miler d'exemplars del llibre constituïen una ingerència de les autoritats públiques en l'exercici de la llibertat d'expressió de l'editor garantida en l'art. 10, excepte que aquesta ingerència estigués prevista per la llei o fos necessària en una societat democràtica per a la protecció de la moral. Reconeix que la seva funció respon al principi de subsidiarietat i que els Estats disposen d'un «marge d'apreciació» que, no obstant, resta subjecte a criteris de finalitat i de necessitat. Considera que protegir la moral dels joves és una finalitat llegítima als efectes de l'art. 10.2 del Conveni. Finalment decideix que no hi hagué vulneració del dret a la llibertat d'expressió.

4. *The Sunday Times c. Regne Unit. Sentència de 26 d'abril de 1979*

El supòsit de fet era el següent: A conseqüència de les greus malformacions sofertes per infants nascuts de mares que havien utilitzat medicaments que contenien «talidomida» es va seguir al Regne Unit un llarg procés en fixació de les responsabilitats derivades d'aquest fet. El diari «The Sunday Times» va publicar diversos articles molt crítics sobre l'actuació de les autoritats i tribunals britàniques especialment per la durada del procés i l'escassa valoració dels danys. En un dels darrers publicats s'anunciava un nou article sobre «la història de la tragèdia». El Ministeri Fiscal va interessar i va obtenir una decisió judicial prohibint la publicació de l'article per quan, al seu parer, suposava una «ofensa al Tribunal» que estava coneixent del cas.

El TEDH va considerar la doctrina proclamada en el cas anterior, segons la qual la maquinària de protecció establerta pel Conveni és subsidiària respecte dels sistemes nacionals de garantia dels drets humans i que, per tant, el legislador disposa d'un gran espai per establir i mantenir polítiques pròpies que un Tribunal supranacional ha de respectar llevat el cas que el judici intern es revelés manifestament desproveït de bases racionals.

Això no obstant, per onze vots contra nou, el TEDH va considerar que en aquest cas s'havia vulnerat el dret a la llibertat d'expressió de l'article 10 del Conveni.

5. *Airey c. Irlanda. Sentència de 9 d'octubre de 1979*

Johanna Airey va intentar, sense aconseguir-ho, una separació convencional. Posteriorment intentà la interposició d'una demanda judicial però no ho aconseguí en no trobar advocat que la defensés, atesa la seva manca de recursos econòmics i la inexistència a Irlanda, en aquella època, d'assistència judicial gratuïta.

El Tribunal Europeu de Drets Humans va sostenir que es tractava d'una violació al seu dret a tenir accés al sistema judicial (article 6 del Conveni). En base al dret internacional i a l'objectiu del Conveni, va afirmar que els Estats havien de

proveir els seus ciutadans de remeis efectius i no il·lusoris. Molts drets civils i polítics tenen implicacions socials i econòmiques que exigeixen obligacions positives. En conseqüència, existia el dret a obtenir assistència judicial gratuïta quan resultés indispensable per accedir de manera efectiva al sistema judicial. En aquest cas, l'autorepresentació no resultava efectiva a causa del complex procediment davant l'Alt Tribunal irlandès, de les lleis aplicables, de la dimensió emocional de les disputes conjugals i de la possibilitat que el seu marit comptés amb representació processal. El Tribunal també va dictaminar que s'havia violat l'article 8 (respecte de la vida familiar). El dret al respecte de la vida familiar podia implicar obligacions positives respecte de l'accés efectiu als mecanismes de protecció relacionats amb la vida familiar, és a dir, en aquest cas, la possibilitat d'instar efectivament la separació judicial. El Tribunal, en darrer terme, no es va pronunciar respecte de la pretensió relativa a la discriminació que plantejava la qüestió de si la denegació dels drets civils causada per la condició de pobresa legal constituïa, o no, un supòsit de discriminació.

6. *Winterwerp c. Països Baixos*⁷¹. Sentència de 24 d'octubre de 1979

El senyor Winterwerp fou ingressat en un sanatori per a malalts mentals per decisió de l'Alcalde del seu municipi. Posteriorment l'ingrés fou demanat per la seva esposa. A instància d'ella i del Ministeri Fiscal es va anar renovant l'internament per decisió del Tribunal de districte en base a informes del metge que l'atenia. Mai es va demanar el seu alliberament fins que l'interessat el va instar. La reclamació es basava en el fet de trobar-se arbitràriament privat de llibertat i en què no havia estat escoltat per un Tribunal ni havia estat informat de les diferents decisions que havien prolongat el seu internament.

El TEDH va entendre que, tot i que l'article 5.4 del Conveni pot justificar certes limitacions al «dret a la jurisdicció» respecte dels malalts mentals, no queda justificada la seva absència total i, en conseqüència hi ha hagut vulneració de les garanties establertes a l'article 6.1. En conclusió declara que no s'ha violat l'article 5.1 però que efectivament s'ha violat l'article 5.4.

IV. ALTRES DECISIONS DEL TEDH D'INTERÈS PER A ÀNDORRA I ESPANYA

Exposaré a continuació, algunes decisions del TEDH que fan referència als dos països que m'interessen més des d'un punt de vista personal i professional, en el benentès que, en el cas d'Àndorra, sense ser moltes, són d'especial interès, mentre que en el d'Espanya, les decisions són molt nombroses i, per tant, em referiré només a una mostra de les més conegudes o de més gran actualitat.

⁷¹ Cfr. nota 24.

A. Principat d'Andorra

a) Fins ara no han estat molts els casos que han arribat al TEDH⁷². La relació dels principals casos que han arribat al TEDH en els darrers temps seria:

1. Millan Tornes c. Andorra. Sentència de 6 de juliol de 1999.
2. Pla i Puncernau c. Andorra. Sentència de 13 de juliol de 2004. I Decisió de 10 d'octubre de 2006 sobre efectes indemnitzatoris.
3. Gouarré Patte c. Andorra. Sentència de 12 de gener de 2016. Amb vot particular dissident.
4. UTE Saur Vallnet c. Andorra. Sentència de 29 de maig de 2012.
5. Vidal Escoll i Guillan González c. Andorra. Sentència de 9 de juliol de 2008.
6. Ball c. Andorra. Sentència d'11 de desembre de 2012.
7. Figueiredo Teixeira c. Andorra. Sentència de 8 de novembre de 2016. Amb vot particular concordant.

Foren inadmeses a tràmit les reclamacions:

1. Solanelles Mollar c. Andorra
2. Orosa Iglesias c. Andorra
3. Torres Duedra i altres c. Andorra

Està pendent de resolució

1. Chong Coronado c. Andorra⁷³

b) En canvi cal remarcar la importància que els Tribunals andorrans i especialment el Tribunal Constitucional solen donar a la jurisprudència europea⁷⁴.

Aquí em limitaré a presentar tres dels casos més significatius: dos de la relació anterior i l'altre, més antic. Les raons són: el primer per la seva transcendència en la conformació política del Principat; el segon per tractar-se d'una qüestió

⁷² És molt probable que, a partir d'ara, siguin molt més nombrosos, especialment com a conseqüència de l'anomenat «cas Banca Privada Andorrana (BPA)». Així es pot deduir de la gran quantitat de casos que arriben al Tribunal Constitucional i dels també nombrosos casos en els quals s'interposa recurs de súplica contra els Autes d'inadmissió del recurs d'empara, amb un probable intent d'esgotar la via interna abans d'acudir a la jurisdicció europea.

⁷³ Justament a primers de desembre de 2019, aquest assumpte (d'un advocat panameny condemnat, juntament amb el seu pare, pel Tribunal de Corts a cinc anys de presó i multa de 600.000€, per blanqueig de diner del narcotràfic), ha estat d'actualitat perquè la petició de recusació del magistrat representant d'Andorra, Pere Pastor Vilanova (per vincle matrimonial amb una ministra del Govern andorrà), ha estat desestimada per la secció corresponent.

⁷⁴ En el Col·loqui de constant referència tractà amb profunditat aquesta qüestió la professora de la Universitat de Montpeller, nascuda a Perpinyà, Jordane ARIETTAZ en la seva comunicació: «La consideració de la jurisprudència europea per part del Tribunal Constitucional d'Andorra».

de dret civil que ha afectat el dret català; i el tercer per la singularitat dels temes abordats: la interposició fora de termini i la recusació d'un magistrat.

1. *Drozd i Janousek c. França i Espanya. Sentència de 26 de juny de 1992*

El que s'ha denominat «l'assumepte dels txecs» (tot i que Jordi Drozd havia adquirit la nacionalitat espanyola) consisteix en el fet que aquestes dues persones van cometre un robatori de joies i diners a la cambra d'un hotel d'Andorra. Foren detinguts i jutjats pel Tribunal de Corts que els condemnà a 14 anys de presó i una forta indemnització. D'acord amb la legislació aleshores vigent se'ls demanà en quin dels dos Estats veïns volien complir la condemna i escolliren França. Al cap d'un temps presentaren una demanda contra França i Espanya denunciant la vulneració dels articles 5 i 8 del Conveni.

La importància de l'assumepte no és tant el contingut directe de la Sentència sinó els efectes que va produir. França i Espanya al·legaren que no podien ser responsables dels actes judicials que havien tingut efecte en un territori que no era el seu. I resulta curiós advertir que la sentència dedica tot un capítol —el IV— a estudiar les perspectives d'evolució d'Andorra i recull textualment (79) bona part del discurs del Copríncep francès (Mitterrand) a les autoritats andorranes, el 26 de novembre de 1991. Finalment el TEDH va resoldre per unanimitat que no tenia competència per conèixer del fons de la qüestió pel que fa a l'article 6; i, per 12 vots contra 11, que no s'havia produït violació de l'article 5.1 del Conveni. Més concretament, rebutjà la responsabilitat dels dos països demandats. No obstant, els historiadors⁷⁵ estan d'acord en el fet que aquesta Sentència determinà importants canvis polítics i jurídics a Andorra, que al cap d'un any aprovava la seva Constitució.

2. *Pla i Puncernau c. Andorra. Sentència de 13 de juliol de 2004 (i de 10 d'octubre de 2006)*

Aquest és un cas que em resulta especialment punyent perquè considero que la Sentència del TEDH és desafortunada i era, en canvi, més ajustada a dret i més justa, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra que el Tribunal Constitucional havia validat en desestimar el recurs d'empara. També em semblen més ben fonamentades les opinions dissidents del President Sir Nicolas BRATZA (Regne Unit) i M. Lech GARLICKI (Polònia).

Algunes circumstàncies del cas —la condició mental del fill recurrent, la redacció de la clàusula codicil·lar i la sentència de primera instància— poden, probablement, sinó justificar-la, almenys explicar-la. Els fets, en síntesi, eren aquests. Carolina Pujol Oller, en estat de vídua de Francesc Pla Guasch, va morir deixant

⁷⁵ Concretament em refereixo a la comunicació ja esmentada de Josep DALLERES CODINA: «Retrospectiva sobre el reconeixement internacional de l'Estat andorrà (Conseqüències de la sentència Drozd i Janousek c/ França i Espanya)».

tres fills, Francesc-Xavier, Carolina i Sara. En el seu testament de 12 d'octubre de 1939 disposà una substitució fideïcomissària condicional *si sine liberis decesserit* amb aquest text literal: «*El qui arribi a ésser hereu haurà forçosament de trametre l'herència a un fill o un net de legítim i canònic matrimoni*». A manca d'aquestes condicions, l'herència havia de passar, per ordre, als substituïts Carolina i Sara i llurs descendents. Francesc-Xavier Pla Pujol es casà canònicament amb Rosa Puncernau Pedro i l'11 de novembre de 1969 adoptaren en forma plena, un fill, Antoni —el recurrent al TEDH— i posteriorment una nena —Mercè—. L'any 1995 Pla Pujol atorgà codicil en el qual va disposar de tots els béns del fideïcomís en favor d'Antoni —com hereu— i de la seva mare —com usufructuària—.

Carolina i Immaculada Serra Areny interposaren demanda de nul·litat del codicil i d'acció de petició de l'herència fideïcomesa. El Tribunal de Batlles desestimà aquesta demanda. Interposat recurs d'apel·lació, el Tribunal Superior de Justícia revocà la sentència, anul·là el codicil i declarà hereus a les demandants. Es va interposar recurs d'empara i el Tribunal Constitucional el va inadmetre a tràmit.

El Tribunal Europeu de Drets Humans, després d'algunes explicacions prèvies, en definitiva sosté que el text literal de la clàusula testamentària només exigia «*un fill o un net de legítim i canònic matrimoni*» i considera que la voluntat de la testadora no feia distinció entre descendents biològics i adoptius. En conseqüència aplica la *regula iuris* de Paulo continguda al Digest 32, 25,1 «*cum (quum) in verbis nulla ambiguitas est, no debat admitti voluntatis questio*» i considera que les resolucions dels Tribunals andorrans vulneraren l'article 24 combinat amb el 8 del Conveni. Declara també el dret dels recurrents a ser indemnitzats, la qual cosa es produí per acord transaccional que fou acceptat per Sentència de 10 d'octubre de 2006⁷⁶.

3. UTE Saur Vallnet c. Andorra. Sentència de 29 de maig de 2012

La Unió temporal d'empreses entre la Sociedad francesa Saur, S.A. i l'andorrana Vallnet, S.L., participà en un concurs per a la realització de l'obra consistent en la depuradora d'aigües residuals de La Masana i el guanyà. Al cap de dos anys de la recepció de l'obra, l'Administració andorrana va instruir un procediment administratiu sancionador per defectes en l'obra construïda i a resultes imposà a

⁷⁶ Lamentablement aquesta Sentència ha tingut una notable incidència en el Dret català. En un cas molt semblant, la Sala Civil i Penal del TSJC en Sentència de 22 de gener de 2004, havia seguit la doctrina tradicional. Nogensmenys interposat el corresponent recurs d'empara el Tribunal Constitucional l'estimà —al·legant la resolució del TEDH— per Sentència de 27 d'abril de 2010 (Ponència de Jesús Delgado Barrio i amb vot particular de Jorge Rodríguez-Zapata Pérez). Com a conseqüència el TSJC va haver de dictar una nova Sentència conforme al criteri del Tribunal Constitucional. Dec aquesta informació —i és de justícia que així ho faci constar, junt amb el meu agraïment— a la companya acadèmica Maria Eugènia ALEGRET BURGÜÉS.

la UTE una sanció pecuniària. El Tribunal de Batlles, en primera instància confirmà la sanció i igualment ho va fer la Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia. Es presentaren dos incidents de nul·litat, un per considerar que el peritatge judicial s'havia desenvolupat de forma incorrecta i l'altre per entendre que el Ponent del TSJ s'hauria d'haver abstingut per manca d'independència i d'imparcialitat⁷⁷. Ambdós incidents resultaren desestimats, en part per haver estat interposats fora del termini legal. El posterior recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional fou inadmès a tràmit i es desestimà també el subsegüent recurs de súplica.

Davant el TEDH el tema del peritatge es va debatre molt succintament i finalment fou inadmès. En canvi es considerà que l'incident de nul·litat havia estat interposat dins de termini i que la intervenció d'un jutge que podia no ser considerat independent i imparcial, violava l'article 6,1 del Conveni.

La primera qüestió que aborda el TEDH és la de si s'havien respectat els terminis legals. Consta que els incidents de nul·litat foren interposats el dia 1 d'octubre de 2009, quan el termini acabava el 30 de setembre⁷⁸. Reconeix que la part recurrent en la instància no va provar que tingués coneixement dels fets en els quals basava la manca d'independència i d'imparcialitat, en data posterior al 15 de setembre. De tota manera entén que una interpretació particularment estricta d'una regla de procediment (còmput d'un termini) havia privat a la part de la possibilitat que el seu recurs de nul·litat fos examinat.

D'altra banda i pel que fa a la independència i imparcialitat d'un membre del Tribunal, el TEDH en primer terme no posa en dubte que l'existència de Magistrats a temps parcial pot ser compatible amb l'article 6 del Conveni. Recorda la seva jurisprudència en matèria d'imparcialitat i d'independència, que exigeix la concurrència d'almenys un d'aquests dos elements: el subjectiu —convicció i comportament de la persona afectada— i l'objectiu —garantia suficient per excloure tot dubte legítim. Accepta que, en el cas, no s'adverteix la concurrència de l'element subjectiu, però confirma que —com d'altra banda ja va fer la Sala penal del TSJ en estudiar la recusació— existien dubtes respecte de la manca d'imparcialitat del Magistrat. En conseqüència declara l'admissió del recurs només pel tema de la imparcialitat i estima que hi va haver violació de l'article 6.1 del Conveni.

⁷⁷ El motiu pel qual es considerava que el Magistrat no era independent i imparcial consistia en el fet que, al temps d'actuar en la funció judicial exercia d'advocat a Espanya (cosa absolutament correcta) però formant part d'un despatx col·lectiu que havia treballat i treballava pel Govern d'Andorra que era part en el procediment objecte del judici.

⁷⁸ Tot i aquesta coincidència de dates, el TEDH dona una resposta diferent a la qüestió de si un i l'altre dels dos incidents de nul·litat varen ser interposats o no, dins de termini, als efectes de l'esgotament dels recursos interns. Considera fora de termini el relatiu a la prova pericial i dins de termini el referent a la independència i imparcialitat del Magistrat.

B. Regne d'Espanya

En aquest apartat, em limitaré a donar compte d'algunes sentències o episodis que em semblen d'interès. En la primera part exposaré allò que la doctrina ha anomenat «sentències previsibles» i, en la segona efectuaré —amb les dificultats i limitacions del cas— algunes consideracions sobre la «qüestió catalana».

a. *Les «sentències previsibles»*

En aquest punt, seguiré la comunicació esmentada amb referència al programa de la Jornada, del professor Marc CARRILLO⁷⁹. En ella exposa, seguint diversos treballs de Javier MATIA PORTILLA, que des de la ratificació del Conveni per part d'Espanya, el 4 d'octubre de 1979, el TEDH ha dictat poc més de cent cinquanta sentències relatives al Regne d'Espanya⁸⁰.

1. *Atutxa Mendiola c. Espanya. Sentència de 13 de juny de 2017*

El president del Parlament basc, Atutxa, el vicepresident Knörr i la secretària Bilbao foren objecte d'un procediment penal per la suposada negativa a acatar una resolució del Tribunal Suprem que havia ordenat la dissolució dels grups polítics del País Basc i de Navarra que duguessin la paraula *Batasuna* en la seva denominació. El procediment judicial tingué moltes vicissituds. Finalment el Tribunal Superior del País Basc va absoldre (amb un vot particular en contra) tots els acusats. El Tribunal Suprem, en Sentència de 8 d'abril de 2008 va estimar el recurs de cassació i va dictar sentència condemnatòria (amb el vot particular discrepant de 5 dels 12 magistrats)⁸¹. El Tribunal Constitucional en Sentència de 5 de desembre de 2013 va desestimar el recurs d'empara, amb el vot particular discrepant de quatre magistrats⁸². El Tribunal Europeu de Drets Humans en Sentència de 13 de juny de 2017 resolgué que la demanada era admissible i que s'havia produït una violació de l'article 6.1 del Conveni. Com a conseqüència, el Tribunal Suprem ha dictat, amb data 28 d'octubre nova Sentència disposant l'absolució dels encausats.

2. *Stern Taulats i Roura Capellera c. Espanya. Sentència de 13 de març de 2018*

Els reclamants havien estat condemnats pel Jutjat Penal de l'Audiència Nacional a 15 mesos de presó susceptibles de reemplaçament per una multa de 2.700€

⁷⁹ El títol del text escrit de la comunicació és «*La contestació de la jurisprudència: Les contestacions episòdiques; el cas espanyol*». És en aquest treball que l'autor parla de «sentències previsibles».

⁸⁰ La data de la ratificació del Conveni constitueix no l'única però sí una de les raons importants per les quals Espanya no està entre els 10 Estats amb un nombre més gran de recursos. D'altra banda ha tingut 103 sentències condemnatòries enfront de les 193 d'Alemanya i les 728 de França.

⁸¹ En fou Ponent l'actual President de la Sala 2^o, Manuel Marchena Gómez que també ha estat Ponent en la Sentència de 14 d'octubre de 2019 sobre els fets de la tardor del 2017 a Catalunya.

⁸² El ponent de la sentència fou el conegut magistrat Enrique López López i els vots discrepants, dels magistrats Adela Asua, Luis-Ignacio Ortega, Fernando Valdés i Juan-Antonio Xiol.

cadascun d'ells, per haver posat foc a una fotografia cap per avall dels Reis d'Espanya. La Sala Penal de l'Audiència Nacional confirmà la sentència amb 6 vots dissidents entre els 16 magistrats que formaven Sala. El Tribunal Constitucional, en sentència de 22 de juliol de 2015 desestimà el recurs d'empara (amb el vot dissident de 4 magistrats)⁸³. El Tribunal d'Estrasburg declarà admissible la reclamació i va considerar que s'havia produït una violació de l'article 10 del Conveni.

3. *Otegui Mondragón i altres c. Espanya. Sentència de 6 de juny de 2018*

Quatre van ser els reclamants que havien estat condemnats per Sentència de 16 de setembre de 2011 de l'Audiència Nacional, a 10 i 8 anys de presó per pertinença a organització terrorista, en un procediment que tingué bastantes vicissituds. Especialment rellevant va ser el fet que la Presidenta de la Sala de l'Audiència Nacional va preguntar a Otegui si condemnava el terrorisme d'ETA. Davant del seu silenci la Presidenta va replicar que «ja sabia [jo] que no m'anava a respondre a aquesta pregunta». La Sala 2^a del Tribunal Suprem confirmà la condemna si bé va reduir l'extensió de les penes. El Tribunal Constitucional en Sentència de 22 de juliol de 2014⁸⁴ desestimà, per 7 vots contra 5, el recurs d'empara. El Tribunal Europeu de Drets Humans, en Sentència de 6 de novembre de 2018 va declarar admissible la reclamació i decidí que hi havia hagut violació de l'article 6 del Conveni.

b. *La «qüestió catalana» davant el Tribunal Europeu de Drets Humans*

És previsible que després de la Sentència que ha de dictar ben aviat el Tribunal Suprem i dels eventuals recursos d'empara al Tribunal Constitucional, arribin al TEDH un número considerable de casos relacionats amb els fets que es produïren a Catalunya al final de l'estiu i a la tardor de 2017. De tota manera, el Tribunal ja ha tingut l'oportunitat de pronunciar-se en algunes resolucions.

1. *Aumatell Arnau c. Espanya. Decisió d'11 de setembre de 2018*

La senyora Aumatell Arnau c. Espanya fou designada per la Sindicatura Electoral Central, membre de la Sindicatura electoral de Tarragona. Com a conseqüència de l'anul·lació i suspensió de les disposicions que eren a la base del seu nomenament, tots els membres de la Sindicatura foren comminats a cessar i, en cas contrari, se'ls hi imposava una multa coercitiva. La reclamació fou inadmesa a tràmit pel TEDH.

⁸³ Fou Ponent, expressant el parer del Tribunal, el magistrat Juan Antonio Xiol (que formulà vot particular dissident). Els altres tres vots particulars foren dels magistrats Adela Asua, Fernando Valdés i Encarna Roca.

⁸⁴ La ponència fou del magistrat Xiol Rios que expressà el parer del Tribunal però formulà vot particular dissident, També formularen vots dissidents, d'una banda Adela Asua i, de l'altra, conjuntament Xiol, Ortega, Roca i Valdés.

2. *Carme Forcadell Lluís i altres c Espanya. Decisió de 7 de maig de 2019*

Es tracta de la reclamació interposada per la Presidenta del Parlament de Catalunya i 75 membres més, contra la decisió del Tribunal Constitucional espanyol d'impedir la convocatòria d'una sessió parlamentària una vegada anul·lades les anomenades «lleis de desconnexió». El TEDH en Decisió de 28 maig 2019 estima que no hi ha hagut vulneració dels drets de reunió i expressió perquè, tot i haver-hi ingerència aquesta estava prevista per la llei, tenia una finalitat legítima i era necessària en el marc d'una societat democràtica.

3. *Altres assumptes*

A la pàgina web del Tribunal Europeu dels Drets Humans no consta cap més resolució relativa a la qüestió catalana. Per la premsa m'he assabentat d'algunes actuacions que porten causa d'aquesta qüestió però fins que no apareguin a la informació oficial no voldria donar-les-hi rellevància. Sembla que ha inadmissió la demanda que 83 persones (la majoria de les Terres de Ponent) van presentar contra la decisió adoptada pel Senat en data de 27 d'octubre de 2017 que donava el vistiplau perquè el govern espanyol pogués aplicar l'article 155 a Catalunya. La decisió judicial, segons la informació que he obtingut de l'associació Advocacia per la Democràcia a Lleida, no entra en el fons de l'assumpte i no admet la demanda per motius de caràcter formal. El Tribunal d'Estrasburg entén que els reclamants no tenen legitimitat per posar en marxa aquest procediment, ja que són els càrrecs electes i no els electors els únics que poden mostrar el seu desacord per una decisió del Senat com la d'aplicar el 155 a Catalunya.

També es podria conjecturar que, sinó totes, almenys algunes de les resolucions desestimàtoies de recursos d'empara davant del Tribunal Constitucional, acabaran al Tribunal d'Estrasburg⁸⁵. De tota manera, fins que no hi hagi constàn-

⁸⁵ Ja fa uns dies la premsa s'ha fet ressò del fet que aparentment el Tribunal Constitucional el passat mes de juny havia ajornat la decisió (ponència del magistrat Conde-Pumpido) sobre el cas anomenat «assalt al Parlament de Catalunya» per la incidència que podia tenir sobre la Sentència del Tribunal Suprem en relació al cas dels fets succeïts a Catalunya la tardor de 2017 i pels efectes «previsibles» de la Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans d'Estrasburg. Amb data 28 de novembre de 2019, el Tribunal Constitucional ha desestimat per majoria (9 vots contra 3) el recurs d'empara plantejat pel Sr. Oriol Junqueras al·legant que la seva presó provisional havia vulnerat el seu dret a la representació i a la participació política. La ponència ha estat del president del Tribunal, González Rivas. Hi ha hagut 3 vots particulars (Juan Antonio Xiol, Fernando Valdés i Maria Luisa Balaguer) que obren camí a una possible Sentència estimatòria per part del Tribunal d'Estrasburg. Una altra decisió de gran importància és la Sentència de 19 de desembre de 2019 del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) en la qüestió prejudicial plantejada pel Tribunal Suprem d'Espanya en relació amb l'article 9 del Protocol número 7 sobre els privilegis i les immunitats de la Unió Europea, en el sentit que Oriol Junqueras gaudia d'immunitat des del moment que ha estat proclamat electe com a membre del Parlament Europeu i que aquest fet comportava l'aixecament de la mesura de presó provisional per tal de poder complir les formalitats requerides; i si el Tribunal nacional estimava que havia de mantenir la mesura de presó havia de plantejar al Parlament Europeu la suspensió de la immunitat. És evident que aquesta Sentència pot tenir també algun efecte colateral futur sobre diverses decisions del TEDH. A l'hora de tancar aquesta comu-

cia de la presentació de les reclamacions, prefereixo no incorporar-les a aquesta comunicació⁸⁶.

V. CONCLUSIÓ

Acabo l'itinerari. Una ruta que s'inicia ara fa seixanta anys i que arriba fins avui. Sincerament crec que ens permet una reflexió que va més enllà del Tribunal Europeu de Drets Humans. Han estat anys d'un fecund matrimoni entre Europa i els Drets Humans. Amb llums i amb ombres. Penso que no estem en el millor dels moments i que caldria donar un nou impuls als Drets Humans i al seu Tribunal Europeu. Els Estats difícilment ho faran; al contrari, és molt possible que hi posin tota mena de traves. Ho hauran de fer els ciutadans i d'una manera preferencial els juristes. Tots ens hem de sentir cridats a participar en aquesta engrescadora missió.

Barcelona, trenta-ú de desembre de 2019⁸⁷.

nicació, tot i que encara són bastant nombroses les incidències que es produeixen en relació amb aquest tema, no hi ha cap més notícia fidedigna que les relacioni immediatament amb el TEDH.

⁸⁶ Un parell de dades que sí m'interessa remarcar pels seus efectes mediats en relació amb possibles futures resolucions del TEDH, són les següents. La primera, que constitueix un fet evident que no existeix ja aquella anterior unanimitat entre els membres del Tribunal Constitucional en relació amb els temes referents als darrers fets polítics esdevinguts a Catalunya. I aquesta divisió s'ha manifestat també en la recent Sentència de 28 de novembre de 2019 en matèria de dret civil català. Recordem que la desestimació del recurs d'inconstitucionalitat es produí per 7 vots (González Rivas, Roca Trias, Valdés, Xiol, González Trevijano, Conde Pumpido i Balaguer) contra 5 (Ollero, Narváez, Martínez Vares, Montoya i Enríquez) i que només amb el canvi del sentit del vot del President el recurs hauria quedat estimat. Per aquest motiu s'ha arribat a insinuar que hi hagué una mena de pacte que, d'altra banda, no ha estat aliè al funcionament històric del Tribunal Constitucional. La segona dada a remarcar és que molt recentment el jutge del TEDH designat per Andorra, Pere PASTOR VILANOVA ha canviat de Secció —de la tercera a la primera— per no haver de pronunciar-se sobre els temes polítics de Catalunya. Sembla que el Govern espanyol havia manifestat el seu disgust pel posicionament del magistrat andorrà en alguns temes relatius al Regne d'Espanya.

⁸⁷ Aquesta comunicació fou concebuda durant l'estiu del 2019 i es va elaborar per a ser presentada en una sessió de l'Acadèmia del mes d'octubre següent. Diverses circumstàncies han determinat l'ajornament de la presentació fins el dia d'avui. Per aquest motiu, la seva estructura fonamental no ha estat variada, si bé s'han incorporat algunes breus actualitzacions fins la data que consta, substancialment amb el format de notes a peu de pàgina.

LA TRANQUIL·LITAT DEL COMPRADOR D'IMMOBLES EN LA FASE ANTERIOR A L'ADQUISICIÓ: LA PAGA I SENYAL A CATALUNYA

per

MIQUEL TARRAGONA COROMINA

Acadèmic Electe a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

18 de febrer de 2020

Presento aquesta comunicació per encàrrec del president Lluís Jou, no com una comunicació tancada de caràcter doctrinal, sinó com un esquema de diverses reflexions que planteja una de les novetats del Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya que a la pràctica podria tenir més joc en relació amb la compravenda d'immobles.

1. PRESENTACIÓ I PROBLEMÀTICA QUE PLANTEJA L'ADQUISICIÓ D'IMMOBLES

És sabut que la compravenda d'un immoble, i principalment de l'habitatge habitual, és un dels actes més transcendents en la vida jurídica de molts particulars, que té gran relleu social i transcendència personal pel comprador.

La llei ha tingut sempre cura d'establir un sistema de protecció per al comprador al temps precís de l'adquisició, mitjançant un sistema de documentació pública en el que hagi estat assessorat personalment i dotat, el seu contracte, de tots els requisits legals, i amb la inscripció al Registre de la Propietat, en executar-se la venda, se li garanteix la propietat adquirida. Però la complexitat dels temps actuals fa que sigui necessària una fase prèvia a l'adquisició, principalment per obtenir el finançament bancari necessari.

Potser serà moment ja de distingir entre:

- Compres al comptat, en què el comprador té ja tots els diners, i el procés no té fase prèvia o preliminar.
- Compres finançades, en què l'adquirent necessita i van acompanyades de crèdit bancari, que són avui les més freqüents i importants, i que tenen sempre aquesta fase prèvia a l'adquisició, des de que hi ha el compromís

o vinculació inicial de les parts, fins a la transmissió de la propietat i pagament del total preu.

El període d'arres, a més de permetre trobar el finançament necessari, també possibilita un examen més acurat de l'immoble, de les seves qualitats físiques i de comprovació del compliment de les característiques legalment exigides.

L'entrega de quantitats a compte per els compradors als promotors d'habitatges (primera transmissió), té una regulació pròpia (ara a la Llei d'Habitatge 18/2007, de 28 desembre) que imposa l'obligació d'entregar aval bancari en garantia de les quantitats entregades pel comprador, perquè quan venen temps de crisi hi ha risc de pèrdua de les quantitats entregades a compte. Però quan el venedor de l'habitatge no és un promotor, la llei no establia cap mecanisme de garantia que pogués protegir al comprador per les quantitats entregades a compte, i ara la nova regulació del llibre sisè del Codi Civil de Catalunya, faculta que les parts, voluntàriament, s'acullin al sistema de garantia previst i que serà objecte d'aquesta comunicació.

El principal problema de la regulació catalana actual que tractarem, és el seu cost fiscal, donat que la subjecció de la constància registral de les arres penitencials a l'Impost d'Actes Jurídics Documentats (AJD) desincentiva la utilització de la garantia proposada pel legislador; aquesta qüestió pensava jo al plantejar-me el seu estudi, però sortosament, la situació i l'ús de la garantia canviarà radicalment esperem que en breu, ja que en l'actual Projecte de Llei de mesures fiscals, financeres i administratives i del sector públic per al 2020, pendent d'aprovació parlamentària a Catalunya, preveu al seu article 71 la *«bonificació del 100% de la quota gradual d'actes jurídics documents als instruments públics notariais en els quals es formalitzin els dipòsits d'arres penitencials a què fa referència l'article 621-8 del Codi Civil de Catalunya, així com la resta de documents notariais que poguessin atorgar-se per a la seva cancel·lació registral»*.

L'aplicació pràctica de la regulació de les arres penitencials a més de donar tranquil·litat i garantia als futurs compradors d'immobles, permetrà més claredat i afloració de documentació en la fase prèvia de la contractació.

2. CONCEPTE D'ARRES I LES SEVES CLASSES

La regulació de les arres o paga i senyal, es conté a l'article 621-8 del Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya, que estableix el següent:

«Article 621-8

Arres

1. *El lliurament pel comprador d'una quantitat de diners al venedor s'entén fet com a arres confirmatòries, és a dir, en senyal de conclusió i a compte del preu de la compravenda.*

2. *Les arres penitencials s'han de pactar expressament. Si el comprador desisteix del contracte, les perd, llevat que el desistiment estigui justificat d'acord amb el que disposa l'article 621-49. Si qui desisteix és el venedor, les ha de tornar doblades.*

3. *En la compravenda d'immobles, el lliurament d'arres penitencials pactades per un termini màxim de sis mesos i dipositades davant notari es pot fer constar en el Registre de la Propietat i, en aquest cas, l'immoble resta afecte a llur devolució. En cas de desistiment, el notari ha de lliurar les arres dipositades a qui correspongui. L'afectació s'extingeix:*

- a) Una vegada transcorreguts seixanta dies després del termini pactat, llevat que hi hagi una anotació anterior de demanda per part del comprador. En aquest cas, l'afectació es cancel·la d'ofici.*
- b) Quan el comprador desisteix i el venedor ho acredita fefaentment.*
- c) Quan s'inscriu la compravenda.»*

Veiem així que les arres són una quantitat de diners que el comprador entrega i que segons la finalitat d'aquesta entrega permet distingir entre:

—Arres o paga i senyal confirmatòries, quan són «en senyal de conclusió i a compte del preu de la compravenda».

—Arres o paga i senyal penitencials, que faculden les parts per desistir del contracte.

En les confirmatòries, el contracte de compravenda ja existeix i l'incompliment d'una de les parts faculta a l'altra per instar l'execució forçosa o la resolució, amb indemnització de danys i perjudicis en ambdós supòsits, que a manca d'acord serà determinada per els Tribunals; en cas d'incompliment del comprador, l'import de la indemnització no necessàriament coincidirà amb la quantitat entregada com a paga i senyal a compte del preu. A Catalunya, les arres o paga i senyal es presumeixen confirmatòries, al contrari que en el Codi Civil espanyol, en què s'entenen penitencials (CCE 1454).

Les arres penitencials poden estar incorporades a un contracte de compravenda, que serà resoluble, o poden constituir un contracte autònom, i en tot cas es permet que una de les parts desisteixi unilateralment del mateix, amb les conseqüències ja taxades per la llei. Ni que s'estableixin en un contracte independent d'arres penitencials, aquest ha de contenir tots els elements essencials d'un contracte de compravenda, però donat que és resoluble, el contracte de compravenda com a tal pot no existir. A Catalunya, per a que la paga i senyal tingui caràcter penitencial, ara, s'ha de pactar expressament.

3. LES ARRES O PAGA I SENYAL PENITENCIALS. ELEMENTS ESSENCIALS

Han de quedar fixats ja els termes de la futura compravenda, i essencialment el preu i la seva forma de pagament.

Subjectes: per la part venedora, les arres han de ser convingudes per tots els propietaris i per la part compradora es pot admetre que la persona que subscriu les arres pugui cedir total o parcialment la seva posició contractual, sense necessitat d'haver estat prèviament autoritzada; el dret d'adquisició de l'immoble no és personalíssim, i en general l'article 1112 del CCE permet la transmissió de tots els drets, i per tant, el dret a adquirir i en quant a l'obligació, principalment la de pagament, la cessió de l'obligació és possible si bé no allibera al cedent.

Objecte: per l'aplicació del sistema de garantia que estudiem, ha de tractar-se d'un immoble situat a Catalunya i subjecte a dret català.

En cas de varies finques, cal distribuir el preu i les arres per a la seva constància registral d'acord amb el principi d'especialitat.

El preu ha de ser determinat o determinable, fixar el termini de pagament, de màxim sis mesos, i l'import de les arres, que acostumen a ser del deu per cent del preu total, però poden representar un percentatge superior o inferior; en tot cas, les arres penitencials tenen naturalesa assimilable a la de pena convencional, i com a tal es planteja si s'admet la seva moderació judicial.

Forma: el document s'haurà d'atorgar davant de notari i serà una escriptura pública d'arres, i no una acta, doncs les arres suposen un conveni i acord consensual entre parts.

Per facilitar la prova de l'eventual incompliment d'una de les parts, és aconsellable la fixació ja inicialment de lloc i notari, data i hora en la que les parts queden ja citades per a l'atorgament de l'escriptura de compravenda de l'immoble, i així no caldrà fer noves citacions, sense perjudici de que les parts, en la pràctica, signin uns dies abans, i si no és així, el dia assenyalat, el notari aixecarà acta de les parts que compareixen i els termes en què ho fan.

El notari demanarà ja informació registral de la finca i l'escriptura d'arres penitencials es farà constar al Registre de la Propietat de conformitat amb l'article 621-8.

4. PROBLEMES QUE PLANEJA EL DESENVOLUPAMENT DE LA PAGA I SENYAL

Planteja fonamentalment dues qüestions: el dipòsit davant notari i l'acreditació de l'incompliment i destí del dipòsit notarial.

I. *El dipòsit davant notari*

Un dels requisits de la norma catalana és que la quantitat de diners que constitueixen les arres, siguin «dipositades davant notari».

Es plantegen dues interpretacions:

1. Que les arres s'atorguin en escriptura pública, davant de notari i els diners s'entreguin en el mateix document, evidentment davant del mateix notari, amb independència de que els conservi el fedatari com a dipositari, o que, autoritzat expressament per el comprador, entregui els diners al venedor; aquesta és la interpretació que ens sembla més lògica i adient amb les necessitats de les parts; en moltes ocasions el venedor necessita els diners de les arres per pagar impostos pendents, cancel·lar alguna càrrega o pagar algun deute; literalment, la norma no diu «*dipositades al notari*», sinó *dipositades «davant notari»*, i lògicament vol dir que es poden lliurar al venedor, sempre que es faci davant de notari.

La conseqüència que assenyala el precepte de que «*en cas de desistiment, el notari ha de lliurar les arres dipositades a qui correspongui*» no és necessàriament contrària a aquesta interpretació, perquè es vol que la devolució quedi documentada en forma pública i és el notari qui ha de decidir inicialment quina és la part incomplidora.

Amb aquesta interpretació, s'haurà d'entendre que l'afecció registral cobreix les arres duplicades.

Fixem-nos que el supòsit de l'article 621-49 de negativa de l'entitat designada a concedir el finançament hipotecari al comprador, no es configura com una causa d'extinció de l'afecció registral, perquè tal vegada, les arres s'han entregat per el notari al venedor, i en aquest cas, l'afecció garanteix la seva devolució.

És clar que aquesta és una interpretació una mica forçada, però adaptada a la realitat social de que el venedor pot precisar els diners de les arres per portar endavant l'operació.

2. L'altra interpretació possible, més restrictiva, és que és imprescindible que els diners que constitueixen les arres els conservi el notari com a dipositari. És cert que si el notari conserva el dipòsit, el comprador té la seguretat i se li facilita que en cas que el venedor incompleixi, li seran retornades les arres duplicades; en la quantia originària pel notari, i en la part doblada, gràcies a l'afecció registral, si bé per aquesta haurà d'exercir la corresponent acció judicial.

II. *Determinació de la part incomplidora i destí del dipòsit*

Hem de diferenciar incompliment de desistiment justificat.

1. Hi ha desistiment justificat en el supòsit de l'article 621-49, quan hi ha «*negativa de l'entitat designada a concedir el finançament*». És un supòsit de desistiment no imputable per una causa objectiva. Hem de dir que la designació d'en-

titat bancària, no necessàriament ha de ser al document d'arres (el que limitaria la llibertat d'elecció d'entitat), sinó que és el futur comprador qui pot designar l'entitat. La norma preveu dues excepcions:

a. El fet que la denegació del finançament «*es derivi de la negligència del comprador*».

Serà aconsellable que l'entitat bancària certifiqui la causa de la denegació, i que el pretès prestatari hagi presentat tota la documentació que li ha estat requerida.

b. Una altra excepció que estableix l'article 621-49 és que s'hagi establert «*pacte en contra*», és a dir, que les parts del contracte d'arres hagin establert que la manca de concessió de finançament no permeti al comprador el desistiment del contracte. Aquesta exclusió pactada de l'efecte legal i natural de la denegació de finançament caldrà valorar-la en cada cas amb prudència, perquè pot donar lloc a conseqüències inacceptables; no sembla lògic que per obtenir crèdit a través d'un préstec hipotecari s'exigeixin cauteles rigoroses d'informació independent i de comprovació de coneixement de les condicions i de les seves conseqüències al que el sol·licita, i per contra, aquesta mateixa persona pogués perdre les arres com a conseqüència de la denegació de finançament, sense haver estat adequadament informat ni preveure les seves conseqüències —del pacte en contra—; en tot cas la inaplicació del «*pacte en contra*» haurà de ser determinada per els tribunals.

2. L'incompliment d'una de les parts autoritza a l'altra a desvincular-se del contracte, sense perdre les arres el comprador si l'incomplidor és el venedor, i sense haver-les de retornar doblades el venedor, si l'incomplidor és el comprador. L'acreditació de l'incompliment és aconsellable que es faci a través d'una acta notarial amb acreditació dels fets transcendents. La part complidora té justificat el desistiment, i en aquest cas el mandat del precepte és que «*el notari ha de lliurar les arres dipositades a qui correspongui*».

Només en cas de que la determinació de la part incomplidora fos dubtosa, i no pugui aclarir-se per les manifestacions i acreditacions de les parts, el notari ha de conservar les arres dipositades sense entregar-les.

Si no s'arriba a signar la compravenda per incompliment, les parts poden de mutu acord decidir sobre les arres, però de no fer-ho, haurà de ser el notari qui decideixi; amb independència de que si l'incomplidor és el venedor, el comprador ha de presentar demanda judicial en reclamació de l'entrega de les arres i aquesta s'ha d'annotar al registre abans de seixanta dies des del termini de les arres pactat. Si la quantitat dipositada la conserva el notari, aquest, a requeriment de la part corresponent, a manca d'acord, haurà de decidir sobre l'entrega de la quantitat d'arres al comprador o al venedor, «*a qui correspongui*», com mana el punt 3 de l'article, sense necessitat d'esperar a la Sentència en el cas de que s'hagi presentat demanda. La suspensió de l'entrega de les arres ani-

ria contra la lògica del sistema i suposaria un greu perjudici per al comprador, —la part més necessitada de protecció, que ja veu retardada, si bé garantida per l'afecció registral— l'entrega de la part duplicada de les arres.

En aquest sentit, les arres penitencials dipositades davant notari entenc que participen a la regulació catalana, de determinades característiques semblants a les del compliment d'un aval a primer requeriment, en què valorades indiciàriament les circumstàncies d'incompliment —no cal una prova plena—, s'ha d'entregar la quantitat donada en garantia, a la part que volia complir.

5. EXTINCIÓ DE L'AFECCIÓ REGISTRAL

La norma tracta de l'extinció de l'afecció en tres supòsits:

a) Per al transcurs de seixanta dies després del termini pactat (de màxim sis mesos), llevat que hi consti anotació anterior de demanda per part del comprador.

b) «*Quan el comprador desisteix i el venedor ho acredita fefaentment*». L'acreditació la podrà fer el venedor mitjançant l'acta notarial que deixi constància de que en el lloc, dia i hora convinguts, el comprador no ha complert amb la seva obligació de comparèixer a comprar i pagar tot el preu pendent. Si les arres han quedat dipositades en el notari, aquest les entregarà a la part venedora.

c) «*Quan s'inscriu la compravenda*». No sembla que calgui sol·licitar expressament la cancel·lació o extinció de l'afecció registral, perquè és una conseqüència automàtica que preveu la llei. Si els diners de les arres estaven dipositats al notari, en el moment de l'escriptura de compravenda el notari les haurà entregat a la part venedora.

A aquests tres supòsits s'hi pot afegir un altre, que és el següent:

d) També s'extingeix l'afecció, per simple voluntat del venedor, dipositant les arres duplicades davant del notari si el notari les hi havia entregat segons les instruccions de les parts, o un import de les arres perquè, junt amb les dipositades siguin retornades per el notari al comprador. Serà suficient que el notari tingui en el seu poder les arres duplicades per a la seva devolució al comprador frustrat, per a la cancel·lació de l'afecció registral; no caldrà acreditar la recepció i acceptació de les arres duplicades per part del comprador frustrat, doncs és de la pròpia essència de la institució de les arres penitencials, la facultat de qualsevol de les parts de deslligar-se del pacte.

En els supòsits d'incompliment per el venedor o desistiment del comprador haurà de ser el notari dipositari qui haurà de decidir la part culpable de l'incompliment; així ha d'estar previst en la constitució de les arres, però és de la pròpia essència del dipòsit que s'ha de retornar la suma dipositada «a

qui correspongui», i això suposa una valoració que requereix a més de coneixements, proves que acreditin els fets imputables a la part incomplidora; en aquest sentit, convé objectivar al màxim els supòsits d'incompliment i la seva acreditació per evitar futures disputes.

EL TESTAMENT DE PERSONES AMB CAPACITAT MODIFICADA JUDICIALMENT

per

LLUÍS JOU I MIRABENT

President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

10 de març de 2020

INTRODUCCIÓ

La finalitat d'aquesta comunicació és la de compartir amb els acadèmics dues resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques recaigudes amb motiu de sengles qualificacions de registradors de la propietat que suspènen la inscripció d'escriptures d'herència regides per testaments atorgats per persones amb la capacitat modificada judicialment en l'atorgament dels quals no havien intervingut facultatius de conformitat amb l'article 421-9 del Codi Civil de Catalunya. Es tracta de les Resolucions JUS/2904/2015 de 26 de novembre, i JUS/3526/2019, de 9 de desembre.

En els darrers cursos s'ha tractat en altres ocasions el tema de la capacitat per atorgar testament¹ de manera que em sabia greu de dur a aquesta taula una altra comunicació relacionada amb el tema, però finalment he cregut que no deixava de tenir interès.

Els dos testaments són atorgats després de l'1 de gener de 2009, data de l'entrada en vigor de la Llei 10/2008, de 10 de juliol i per tant fan referència a l'article 421-9 d'aquest Codi.

Recordem, per començar, que l'article 421-9 del Codi Civil estableix:

¹ Dues comunicacions recents presentades en aquesta Acadèmia tracten també el tema de la capacitat de la persona que atorga testament. Una és la presentada per Robert Follia Camps el 24 de febrer de 2015 sobre *Capacitat per atorgar testament (estudi entorn de tres sentències del TSJC)*. En ella analitza les sentències del TSJ 32/2006. De 4 de setembre, 25/2014 de 7 d'abril i 31/2014, de 8 de maig. L'altra és la presentada per Tomàs Giménez Duart el dia 15 de gener de 2019 sobre una sentència de l'Audiència Provincial de Girona de 17 de setembre de 2018. L'abundància de conflictes relacionats amb la capacitat de les persones que atorguen testament, sobretot quan són d'edat avançada, no deixa de ser un efecte col·lateral de l'allargament de la vida humana a l'Europa occidental.

1. Si el testador no està incapacitat judicialment, el notari n'ha d'apreciar la capacitat per a testar d'acord amb l'article 421-7 i, si ho considera pertinent, pot demanar la intervenció de dos facultatius, els quals, si escau, han de certificar que el testador té en el moment de testar prou capacitat i lucidesa per a fer-ho.

2. Si el testador està incapacitat judicialment, pot atorgar testament notarial obert en un interval lúcid si dos facultatius acceptats pel notari certifiquen que el testador té en el moment de testar prou capacitat i lucidesa per a fer-ho.

3. En els casos a què fan referència els apartats 1 i 2, els facultatius han de fer constar llur dictamen en el mateix testament i l'han de signar amb el notari i, si escau, amb els testimonis.

COMENTARI A L'ARTICLE 421-9 DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

Abans d'entrar en l'exposició de les dues resolucions a què faré referència, procediré a fer una exegesi bàsica de l'article 421-9 del CCCat. Per fer-ho, prendré per base el que jo mateix vaig escriure en els *Comentaris al Llibre Quart del Codi Civil de Catalunya* dirigits pel professor Joan Egea, company acadèmic i publicats per Atelier l'any 2010 i el text del nostre company Robert Follia en els *Comentaris al Llibre Quart* coordinats per Encarna Roca i publicats per l'Editorial Sepín l'any 2011.

L'article 421-9 va clarificar substancialment l'article 116 CS de 1991 que per causa d'una redacció defectuosa havia generat dubtes d'interpretació, ja que permetia entendre que sempre que alguna persona tenia habitualment disminuïda la capacitat natural, encara que no estès incapacitada, era necessària la intervenció de dos pèrits. Això havia generat una certa conflictivitat resolta pels Tribunals en el sentit que el judici de capacitat corresponia al notari i genera una presumpció que només pot ser destruïda amb proves concloents. La STSJC 37/2014, de 8 de maig, ens resumeix bé aquella doctrina.

El doble supòsit normatiu

El text del Codi de 2008 aclareix que la intervenció dels pèrits només és necessària quan la persona que atorga testament està incapacitada. En els altres casos és simplement potestatiu per al notari demanar-ne, o acceptar-ne, la presència. Així, l'article regula dos supòsits diferents:

- a) El de la persona no incapacitada però amb aparent disminució, cas en què el notari pot demanar la intervenció de dos facultatius.
- b) El de la persona incapacitada, en què el notari ha de demanar la intervenció de dos facultatius encara que li sembli que la testadora té el cap prou clar.

A parer meu el punt 1 no aporta res, ja que dono per fet que sense la norma el notari o la persona interessada també podria demanar l'assistència dels dos facultatius.

És el punt 2 el que conté l'autèntica especialitat, amb un contingut normatiu doble: d'una banda, permet «derogar» parcialment, en un moment determinat i per a un acte concret, la incapacitació judicial. De l'altra, estableix un requisit formal afegit al testament notarial.

S'ha dit, amb raó, que l'article 421-9 CCCat, relacionat amb el 421-3 que autoritza a atorgar testament notarial les persones majors de 14 anys, permet formular amb tota l'amplitud el principi general *pro capacitate*, en virtut del qual tenen capacitat per a atorgar el testament totes les persones amb capacitat d'obrar plena i, a més, les que essent menors d'edat ja han complert els catorze anys i les que estant judicialment incapacitades, tenen prou lucidesa. En ambdós casos s'estableixen formalitats reforçades: el testament ha de ser sempre notarial (no és possible l'hològraf) i, en el cas de persones incapacitades, a més, ha de ser obert i cal la intervenció de dos facultatius que han d'aportar un dictamen i han de signar el testament juntament amb el notari.

Qüestions de capacitat i de forma

La primera qüestió pràctica a determinar és, però, la d'establir com pot saber el notari que la persona que vol fer testament està incapacitada. Certament, podria exigir a cada persona que vol atorgar-lo que li aportés una certificació de naixement del Registre Civil de poca antiguitat per poder constatar que no té la capacitat modificada. És una exigència desmesurada avui per avui i a la pràctica no es demana mai per a cap acte, ni entre vius ni per causa de mort. D'altra banda, generaria un tractament desigual a les persones que volen atorgar testament fonamentat simplement en l'edat que resultaria discriminatori. Per tant mai no es podrà imputar manca de prudència ni mala praxi al notari per no haver demanat aquesta certificació quan hagi atès a alguna persona incapacitada que s'expressi amb prou coherència i claredat i aparenti ser capaç.

Si el testament s'autoritza sense facultatius, la manca de forma facilitarà la impugnació per part de les persones que es considerin perjudicades: no caldrà que aportin proves que desnaturalitzin el judici positiu de capacitat que fa el notari sinó que en tindran prou amb demostrar que el testador estava incapacitat judicialment en el moment d'atorgar el testament i en l'atorgament no hi van intervenir facultatius.

La incapacitació de la persona que vol atorgar testament pot constar al notari per coneixement directe, quan la coneix o en coneix la família, o la pot presumir, quan acut a un centre d'atenció social per a persones discapacitades o quan, tot i personar-se en el despatx, ho fa acompanyada i no s'expressa amb

coherència, convicció ni claredat. Ordinàriament, però seran els familiars els qui informaran el notari de l'estat d'incapacitació de la persona que vol atorgar testament.

Així doncs el que comportarà la nul·litat del testament no serà tant el defecte de forma sinó la manca de capacitat de qui el va atorgar. El defecte de forma existirà, estrictament, quan constant la incapacitació i havent cridat els facultatius, aquests no hagin aportat el dictamen en la forma prevista en el punt 3 de l'article. La nul·litat basada en la manca de facultatius ex punt 2 serà, així, nul·litat per manca de capacitat, mentre que la nul·litat per no haver complert els requisits del punt 3 serà nul·litat per defecte de forma.

El notari haurà de fer constar al testament la incapacitació del testador per referència a la Sentència que se li aportarà o bé pel que resulti de la certificació de naixement del Registre Civil que podrà exigir. No valdran, a parer meu, les certificacions de l'Institut Català de Serveis Socials per molt que li puguin ser útils per a demanar facultatius a l'empara del punt 1 de l'article. En tot cas, no és admissible que els familiars es limitin a dir al notari que la persona que vol fer testament està incapacitada sense provar-ho, perquè a la pràctica no és del tot estrany que els fills o cònjuge del testador intentin impedir que atorgui un testament que presumeixen que els pot perjudicar alarmant el notari sobre l'estat de salut mental de qui vol fer-lo. Com sempre, la prudència del notari serà essencial. Aquest és el punt bàsic tractat en la Resolució de 2015.

El que no s'ha qüestionat ara per ara és a quines persones incapacitades s'aplica la norma. S'ha d'aplicar a totes les persones incapacitades o només a les incapacitades totalment? A la llum de les darreres tendències legislatives i jurisprudencials i de la sensibilitat social actual, tendent a la màxima conservació de l'autonomia de les persones amb discapacitat i a la màxima igualtat entre les persones, em decanto per entendre que només és exigible la intervenció de facultatius ex punt 2 de l'article que es tracti d'una incapacitació total. Aquest és el punt bàsic tractat en la Resolució de 2019.

Sobre els facultatius i el dictamen

Si els facultatius consideren que el testador té prou capacitat natural i el notari comparteix el seu parer, autoritzarà el testament sense cap altra especialitat. Si no el comparteix, denegarà l'autorització². Si els facultatius consideren que el testador no té prou lucidesa i el notari, en canvi, arriba de bona fe a la convicció

² Com deia Mezquita del Cacho, un document en el qual el notari es limités a donar fe que uns facultatius consideren amb capacitat natural una persona incapacitada però en què el notari no doni fe que ell mateix el considera amb prou capacitat natural, no seria un testament, sinó una simple acta de manifestacions.

que efectivament la té, podrà autoritzar el testament incorporant, això sí, el dictamen negatiu dels facultatius i, a més, justificant d'una manera o altra el seu judici positiu.

Alguns autors es qüestionen a quins facultatius fa referència aquest article. En concret, ¿han de ser necessàriament metges en exercici? Han de ser forçosament especialistes en psiquiatria o en malalties de la ment? Hi ha qui respon afirmativament a les dues qüestions, i aquesta és l'opinió compartida per força metges forenses. Tot i això, el CCCat fa referència a facultatius, sense fer cap menció específica a especialistes en malalties mentals. Per tant, entenc que n'hi ha prou amb que els facultatius siguin metges col·legiats. A parer meu, el metge de capçalera i, per exemple, el cardiòleg que atén periòdica i regularment la persona incapacitada, té elements més que suficients per dictaminar sobre la capacitat natural del seu pacient en un moment concret. Crec que fins i tot diplomats en gerontologia (la persona que periòdicament ajuda a fer exercicis a la incapacitada per mantenir-ne la mobilitat o el diplomat en infermeria que l'atén diàriament) podrien actuar com a facultatius si són els que atenen regularment la persona que atorga el testament. El que em sembla rellevant és que tinguin uns coneixements tècnics i objectivables dels quals el notari no disposa, i que estiguin en actiu. La Llei no imposa que els facultatius estiguin col·legiats però és imprescindible que tinguin formació especialitzada.

Naturalment, en el testament caldrà identificar els facultatius i justificar que efectivament ho són. També caldrà incorporar el dictamen i que els facultatius signin en el testament. Encara que la Llei usi un «llur» plural en referir-se als dictàmens, entenc que res no s'oposa a que es tracti d'un sol dictamen signat pels dos col·legiats. A la pràctica els col·legiats hauran redactat el dictamen abans que el notari redacti el testament, però caldrà que en el moment d'atorgar el testament ratifiquin aquell dictamen.

Finalment, no cal ni dir-ho, els facultatius han de ser idonis, en el sentit que no poden ser parents del testador, de les persones beneficiades pel testament ni del notari que l'autoritza, essent d'aplicació el que estableix per als testimonis l'article 421-10 CCCat.

La meua única experiència professional

En la meua vida professional només he autoritzat un testament de persona incapacitada. Es tractava d'una persona vídua resident a Barcelona, sense ascendents ni descendents i amb germans que l'havien premort deixant nebots. Tenia parents a Espanya i al Brasil i amics en els dos països. Una neboda resident fora de Catalunya, que a més tenia poders del testador, n'havia instat la incapacitació i la sentència havia establert la incapacitació total i l'havia designada tutora a ella. Per simplificar, el testador pretenia ordenar alguns llegats en favor d'unes entitats

sense ànim de lucre (una de l'òrbita de l'Església Catòlica), de la persona que el cuidava, d'una persona amiga (en concret un apartament al Brasil) i instituïa hereus els tres nebots. De fet havia demanat per atorgar testament per la via del metge i és aquest que va contactar amb l'advocat que em va requerir per atorgar el testament.

Tot i que d'entrada m'hi vaig resistir, el lletrat em va aportar a l'avançada dos dictàmens, un de medicina general i l'altre de psiquiatria i unes notes amb indicacions sobre la pretesa darrera voluntat de la persona incapacitada. Finalment em vaig constituir a la clínica una tarda de visita i vam deixar al voltant d'una hora, amb els dos metges i dos testimonis, cap dels quals era l'advocat que m'havia contactat perquè jo el vaig acceptar com a tal. La meua primera intenció, en veure el testador a la sala d'espera en cadira de rodes i la manera que em va saludar, va ser la de marxar sense més. Parlava, és evident, però feia bromes que la meua manca de sentit de l'humor em va fer creure que eren incoherències que m'incomodaven. De tota manera, potser perquè esperàvem els metges, vaig conformar-me en valorar amb més paciència i profunditat la coherència dels desitjos i de les bromes i, finalment, amb certa dificultat i algunes llacunes de memòria es va expressar amb coherència i claredat més que suficient. Vaig deixar-hi una tarda, és cert, però confesso que és un dels records més vius que conservo de la vida professional. El testador va morir al cap d'una mica més d'un any i la seva voluntat expressada en el testament es va complir per part de tots els interessats, inclosa la neboda tutora i apoderada que segurament va ser la perjudicada.

Fins aquí, teoria i experiència. Ara passarem a analitzar les dues Resolucions que són objecte d'aquesta comunicació³.

LA RESOLUCIÓ JUS/2904/2015 DE 26 DE NOVEMBRE DE 2015

El supòsit, la qualificació i el recurs

El cas que provoca la Resolució sorgeix a causa d'una escriptura autoritzada pel notari de Lleida Carlos L. Herrero Ordóñez el 6 de maig de 2015, en la qual dos germans accepten l'herència de la seva cosina que va morir el 14 de gener de 2015. L'herència consisteix en trenta-sis finques (majoritàriament rústiques) i altres béns mobles, que s'adjudiquen els cosins per parts iguals. El títol de la suc-

³ En exposar les dues Resolucions he recorregut al text que té penjat el Departament de Justícia al web de la Generalitat i n'he importat els textos. Els he resumit i/o alleugerit però he evitat les citacions literals per fer més àgil la comunicació. Subratllo, doncs, que hi ha paràgrafs coincidents entre el text d'aquesta comunicació i el publicat al DOGC.

cessió és el testament atorgat per la causant el 4 de març de 2013 (dos anys abans de la defunció) davant del notari de Lleida, Sebastián Gutiérrez Gañán.

A l'escriptura s'acompanyava la còpia del testament que s'havia autoritzat en una residència. La testadora, soltera i amb domicili a la mateixa residència, instiuéix hereus els seus cosins per parts iguals i revoca el testament anterior. Del certificat del Registre General d'Actes d'Última Voluntat resulta que hi havia un testament notarial anterior atorgat el 13 de juny de 2007.

L'escriptura d'herència fou presentada al Registre de la propietat de la Seu d'Urgell i la registradora en va suspendre la inscripció. A la nota de qualificació fa constar que en els llibres del Registre consta que la causant fou declarada incapaç per sentència de 15 de novembre de 2007 (subratllo cinc mesos després de la data del testament anterior) i que el darrer testament de la causant és de 4 de març de 2013 i no hi consta el compliment dels requisits de l'article 421-9.2 del CCCat. La registradora argumenta que això duu com a conseqüència la nul·litat del testament, cosa que donaria eficàcia al testament atorgat abans de la incapacitació de la testadora. Per tot això entén que no es pot practicar la inscripció llevat que s'acrediti que la causant va ser reintegrada en la seva capacitat per sentència judicial abans de l'atorgament del testament. També argumenta que l'article 421-9 del CCC s'ha d'aplicar amb independència que el notari autoritzant del testament tingui o no tingui coneixement de la incapacitació judicial.

El notari que havia autoritzat l'escriptura d'herència (no el que havia autoritzat el testament que no rep comunicació de cap mena) interposà recurs sobre la base que el notari no havia conegut la incapacitació i per tant el judici de capacitat corresponia al notari, i que si aquest no havia tingut dubtes de la capacitat de la testadora i no havia requerit els facultatius, la registradora no havia d'entrar en la valoració de la suficiència de la capacitat perquè no sabia que estava incapacitada. També discuteix la competència de la registradora per a considerar que el testament és nul, cosa que segons el notari correspon en exclusiva a l'autoritat judicial.

La Resolució

La Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques va desestimar el recurs sobre la base de l'argumentació següent:

a) L'article 421-9 del CCCat està situat en la secció dedicada a les formalitats dels testaments i tot i que hi ha remissions a la legislació notarial, aquesta s'ha d'integrar amb els requisits substantius del CCCat. En concret, considera que l'exigència de dos facultatius en l'atorgament de testament de la persona incapacitada judicialment i de que llur dictamen consti al testament, no és una previsió legal per reforçar el judici de capacitat del notari, sinó una exigència legal necessària perquè una persona prèviament incapacitada per sentència, que en principi no pot atorgar testament, en tingui la facultat.

b) Si els majors de 14 anys no poden atorgar testament hològraf i l'han d'atorgar necessàriament en forma notarial, les persones incapacitades, en interval lúcid, no poden atorgar testament sense complir els requisits formals que estableix l'article 421-9. El precepte és coherent amb els dos principis que la Llei mira d'harmonitzar: llibertat de testar i seguretat jurídica. Si la incapacitació comporta una presumpció de manca de capacitat per a realitzar negocis jurídics, l'exigència de la intervenció de dos facultatius es justifica per garantir que efectivament hi ha un interval lúcid. L'ur dictamen no supleix el judici de capacitat que correspon al notari, però ha de ser pres en consideració per aquest a l'hora de fer-lo, de la mateixa manera que el Jutge va prendre en consideració el dictamen dels forenses sense quedar-hi sotmès.

c) El CCCat imposa un requisit formal afegit perquè la persona incapacitada per sentència pugui atorgar testament sense necessitat de revisar la sentència.

Tot seguit la Direcció General també entra en la segona qüestió plantejada pel notari, és a dir, que no es pot aplicar l'article 421-9 del CCC si el notari que autoritza el testament no coneix la incapacitació de la testadora. La Direcció General no comparteix aquest criteri i, si bé admet que no es pot exigir al notari que investigui cas per cas si la persona testadora està o no està incapacitada judicialment, sí que conclou que si una persona incapacitada atorga testament sense el compliment dels requisits formals de l'article 421-9, el testament serà nul per molt lúcida que estigui la persona, no tant per manca de capacitat, perquè potser en aquell moment tenia capacitat natural, sinó per defecte de forma.

Finalment, la Direcció General entén que correspondrà a l'autoritat judicial declarar la nul·litat del testament si les persones que en tenen la legitimitació exerceixen l'acció dins del termini legal que preveu l'article 422-3, de manera que mentre la nul·litat no sigui declarada per sentència ferma, tampoc no podran pretendre la inscripció dels béns les persones cridades pel testament anterior vàlid segons estableix l'article 422-4 del Codi Civil. La qualificació del registrador no pot declarar nul el testament sinó que s'ha de limitar a considerar-lo títol no apte per a fonamentar la transmissió hereditària als efectes de la inscripció.

LA RESOLUCIÓ JUS/3526/2019, DE 9 DE DESEMBRE DE 2019

El supòsit de fet i la qualificació

El supòsit a què fa referència aquesta segona resolució és ben diferent del primer, per molt que giri al voltant de l'aplicació del mateix article i també tingui per autors tant de l'escriptura com del testament, sengles notaris de Lleida diferents dels del supòsit anterior. Es tracta d'una escriptura autoritzada pel notari de

Lleida José Lorenzo Iribarne Blanco el 20 de maig de 2019, en la qual una de les dues filles de la testadora, com a única hereva, accepta l'herència de la seva mare, que havia mort a Lleida el 3 de gener de 2019, en relaciona els béns i se'ls adjudica en ple domini. La successió es regeix pel testament que va autoritzar el notari de Lleida Luis Prados Ramos el dia 9 de setembre de 2016 del qual resulta que la difunta era vídua i tenia dues filles i, després de llegir la llegítima a una institueix hereva a l'altra. Entre els béns inventariats hi ha un habitatge situat a Barcelona i per això la qualificació correspon al Registre número 5 de la capital.

Al testament, de 9 de setembre de 2016, s'hi fa constar que la testadora, havia nascut el 17 de maig de 1926 i que *«En sentència dictada pel Jutjat .. de Lleida en procediment d'incapacitació ... es va declarar ... que no té capacitat d'obrar ni les habilitats necessàries per a actuar per si sola i prestar consentiment vàlid en relació amb els actes que figuren en la sentència, sense pronunciament especial sobre la capacitat de testar. Així resulta del testimoniatge de la dita sentència que m'exhibeix. En el mateix sentit, m'exhibeix una fotocòpia, que incorpore, d'un certificat mèdic de data 26 de juliol de 2016, emès per la metgessa geriatra ... que determina que la demència lleu que pateix la compareixent no li impossibilita atorgar un testament (sic). Assegura tenir, i a judici meu té, la capacitat legal necessària per a testar i manifesta la seva lliure i conscient decisió d'atorgar testament»*. De l'expedient resulta que la testadora signa amb la seva empremta i la signatura de dos testimonis instrumentals que compareixen.

La registradora va suspendre la inscripció de l'escriptura per *«Incompliment de les formalitats extrínseques a l'autorització del testament. Vulneració de l'article 421-9.2 i 421-9.3 del Codi Civil de Catalunya. Possible vici de nul·litat que impedeix (sic) la inscripció de l'escriptura de manifestació d'herència. Testament atorgat després de la sentència d'incapacitació. En el cas present, el testador (sic) és una persona incapacitada judicialment, i la sentència de la incapacitació fixa l'extensió de la dita incapacitat d'obrar. La capacitat i lucidesa del testador en el moment d'atorgar el testament no ha estat valorada pels dos facultatius, que han de ser acceptats pel notari i han de formular un dictamen sobre la suficient capacitat i lucidesa de la testadora en aquell moment. El testament no ha estat signat per ells (els facultatius). Pel que s'ha exposat, s'ha de concloure que el dit testament té un defecte (sic) en les formalitats extrínseques que no li permet fonamentar la transmissió hereditària que es pretén i que impedeix l'accés del títol al registre, atès que podria estar viciat de nul·litat, si bé aquesta ha de ser declarada als tribunals si les persones legitimades per a fer-ho ho sol·liciten en termini»*.

El recurs

La filla hereva presenta un recurs contra la nota de qualificació sobre la base dels arguments següents:

a) Que el jutjat va declarar que la testadora tenia una incapacitat parcial, la va sotmetre al règim de curatela i va establir un catàleg parcial dels límits de capacitat d'obrar i de les habilitats per als quals necessita complement de capacitat entre els quals no hi ha referència a la facultat de testar; destaca el fet que la sentència, seguint l'informe del forense, estableix que la persona «té conservades les seves facultats mentals superiors».

b) Que el judici notarial de capacitat conforma una presumpció *iuris tantum* de capacitat que només es pot destruir judicialment amb proves clares i concloents.

c) Que el Codi Civil de Catalunya disposa que poden testar totes les persones que d'acord amb la llei no siguin incapaces per fer-ho i al·lega la jurisprudència del TSJC en les Sentències següents: 7/1990, de 21 de juny; 17/1999, d'1 de juliol; 4/2000, de 28 de febrer; 24/2000, de 13 de novembre; 5/2002, de 4 de febrer; 36/2003, de 16 d'octubre; 25/2014, de 7 d'abril, i 37/2014, de 8 de maig, de les quals extreu, com a idees bàsiques, que la capacitat de qui fa testament és la regla i l'excepció és la incapacitat. En concret, en relació amb la Sentència del TSJC 25/2014, subratlla que, als efectes de la intervenció de facultatius en el testament notarial, l'article 421-9 del Codi Civil de Catalunya distingeix els casos segons que el testador estigui incapacitat judicialment o no. És quan està incapacitat, que la presència dels facultatius és inexcusable.

d) Que la testadora no estava incapacitada de manera plena, sinó parcial, i conservava les facultats mentals superiors, per la qual cosa la intervenció dels facultatius no era un requisit obligatori.

e) Que perquè una persona es consideri incapacitada per a atorgar testament la incapacitat o afecció mental ha de ser greu fins a l'extrem de fer desaparèixer la personalitat psíquica en la vida de relació de qui la pateix, amb exclusió de consciència dels seus propis actes, i no n'hi ha prou per a declarar-la amb les afeccions lleus ni les simples presumpcions o conjectures indirectes, de manera que cal mantenir la necessitat que es demostrï de manera inequívoca i concloent la manca de raciocini.

La recurrent adjunta el testimoniatge de la Sentència... dictada per la jutgesa del Jutjat de Primera Instància ...de Lleida en el procediment d'incapacitació corresponent⁴.

⁴ En la part resolutiva, la sentència modifica la capacitat d'obrar de la testadora i declara que «no té capacitat d'obrar ni les habilitats necessàries per actuar, tota sola, i prestar consentiment vàlid: 1) per a atorgar consentiment vàlid i informat en ordre al tractament mèdic, psicològic i/o psiquiàtric, a seguir per a supervisar el seguiment del tractament mèdic i terapèutic pautat; 2) per a realitzar actuacions complexes o d'administració del seu patrimoni, en termes generals i, especialment, obrir, demanar i tenir targetes bancàries, de crèdit o dèbit i, igualment, targetes de serveis financers de grans, mitjanes o petites superfícies comercials; obrir comptes, actius, préstecs, etc.; i qualsevol actiu financer en entitats bancàries o semblants; se l'autoritza per al maneig de diners de butxaca per a les seves despeses personals per l'import que determini el curador; 3) per a atorgar poders; 4) per a atorgar,

La Resolució

La Direcció General circumscriu la qüestió debatuda a l'abast del requisit formal i en concret de si calia complir-lo en el supòsit d'una persona sotmesa a curatela i estima el recurs sobre la base dels fonaments que, resumits, són els següents:

a) El Codi Civil fa de la llibertat de testar un dels principis fonamentals de l'ordenament jurídic i per això permet que persones que en circumstàncies ordinàries no tenen capacitat d'obrar puguin atorgar testament: les de més de 14 anys, tot i no tenir capacitat d'obrar plena de conformitat amb l'article 211-3 CCCat, poden atorgar-lo i no s'impedeix atorgar-lo a les persones incapacitades.

b) La senyora tenia la capacitat modificada judicialment en virtut d'una sentència que reconeixia que conservava les seves facultats mentals superiors i no la sotmetia a tutela, règim que comportaria una representació legal, sinó a una curatela, règim que exigeix complement de capacitat per a realitzar determinats actes (i, d'acord amb l'article 223.4.3 del Codi Civil de Catalunya, tots els que segons l'article 222-43 exigeixen autorització judicial quan actua el tutor), però no el d'atorgar testament. Es tracta del que en terminologia convencional es coneix com una incapacitació parcial.

A favor de l'equiparació plena de les situacions de submissió a tutela o a curatela amb vista a l'aplicació de l'article 421-9.2, podem argumentar que la llei no distingeix perquè només parla de «testador incapacitat judicialment». És la posició de la registradora. En contra d'aquesta equiparació podem argumentar que: 1) les limitacions a la capacitat d'obrar s'han d'interpretar de manera restrictiva (211-3.3, 2), i sempre en favor de la persona amb capacitat modificada; 2) el testament és un negoci jurídic que ha de ser conservat mentre sigui possible i que gaudeix del *favor testamenti* (articles 421-6, 422-5, 422-6 i 422-3.2); 3) d'acord amb els principis que deriven de la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets de les persones discapacitades, de desembre de 2006 i l'esperit de la doctrina més recent, no hi ha pròpiament persones incapaces, sinó persones amb la capacitat modificada, i és precisament la sentència d'incapacitació la que ha d'establir els límits a la capacitat de la persona; 4) els requisits formals del negoci

per si sola, consentiment vàlid en contractes o negocis jurídics que afectin la seva persona o el seu patrimoni (a títol d'exemple, subscripció de crèdits al consum, subrogació en crèdits de tercers, cessió de crèdits o assumptió de deutes de tercers); 5) per a determinar el seu lloc de residència». Com a mesura de suport es nomena curadora la filla (l'hereva). En l'exposició de fets, consta que s'ha aportat un informe del forense, que la jutgessa ha interrogat personalment la senyora la qual ha parlat de la seva situació familiar i personal, de la seva estada a la residència i d'altres qüestions, que el fiscal ha prestat la conformitat a la declaració, i en els fonaments de dret la sentència subratlla que la normativa del Codi civil de Catalunya (articles 222-16, 223-1, 223-6) s'ha d'interpretar d'acord amb la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat de 13 de desembre de 2006, ratificada per Espanya el novembre de 2007 i en vigor des de maig de 2008.

jurídic responen sempre a finalitats de protecció de les persones concernides i de la seguretat jurídica, però no poden ser entesos de manera maquinal i inqüestionable; 5) en matèria successòria el subjecte tutelat per la llei, a Catalunya, és precisament la persona que disposa dels seus béns, no el cònjuge o el convivent, o determinats parents, als quals se'ls atorga el dret a la llegítima o a la quarta vidual; 6) l'article 421-4 considera «incapaços per a testar els qui no tenen capacitat natural en el moment de l'atorgament», mentre que l'article 421-9 parla de «testador incapacitat judicialment» amb una qualificació terminològica diferent que no es pot passar per alt, i caldrà entendre aquesta previsió en el sentit que ha d'estar incapacitat judicialment per a testar.

c) Considera que en l'autorització del testament el notari no estava obligat a incloure el dictamen de dos facultatius que certifiquessin que la testadora tenia, en el moment de testar, prou capacitat i lucidesa per fer-ho perquè si el jutge ja va entendre que tenia aquella capacitat, davant de la llei, era igual que qualsevol altra persona.

Per acabar, la Direcció General compara les dues resolucions que ara comentem i mira de justificar l'aparent canvi de criteri. Així, diu que la de 26 de novembre de 2015 es fonamentava en l'aplicació del mateix article 421-9.2 però el supòsit de fet no era anàleg:

El 2015 es tractava d'un testament en l'autorització del qual el notari no havia conegut la circumstància de la incapacitació de la testadora, que tampoc no s'havia esmentat a l'escriptura d'herència, i la registradora la va advertir pel llibre d'incapacitats del seu Registre. Pel que constava a l'expedient, es tractava d'una «incapacitació absoluta». En conseqüència, essent el testament posterior a la sentència, i atès que no s'havia pogut valorar aquest punt en el moment d'autoritzar-lo, l'incompliment de la forma de l'article 421-9 era flagrant.

En la Resolució de 2019 no som davant d'una *incapacitació absoluta*, sinó d'un cas de capacitat modificada per una sentència que impedeix fer determinats actes, però no fer testament. I som davant d'un testament en l'autorització del qual el notari ha tingut en consideració la sentència, l'ha valorada i, a la vista de les circumstàncies, ha qualificat la capacitat de la testadora amb cautela i ha emès el seu judici favorable a l'atorgament del testament. Si la persona que atorga el testament no està incapacitada judicialment per a atorgar-lo, el judici de capacitat és un judici ordinari que fa el notari tot sol i sense necessitat de facultatius. És cert que fa constar al testament un dictamen (un, no dos), i que li és aportat amb una signatura d'uns quants dies abans (no en el mateix moment de l'atorgament), de manera que no es compleix el que estableix l'article 421-9.3, però si la norma no obliga a fer comparèixer facultatius no podem considerar que el testament tingui defectes de forma; el fet d'incorporar-hi un dictamen mèdic pot servir de principi de prova per a un hipotètic judici d'impugnació per manca de capacitat

de la testadora, de la mateixa manera que pot servir incorporar-hi una còpia del document d'identitat per a provar la de qui atorga el testament en cas de judici per suplantació.

En el punt final de la Resolució la Direcció General es cura en salut tot dient que: *En la resolució present en cap cas ens pronunciem en relació amb la capacitat de la testadora, per a la valoració de la qual ens remetem al judici de capacitat del notari que va autoritzar el testament. Ens pronunciem sobre els pressupòsits de fet que justifiquen el requisit de forma reforçada que és la intervenció dels facultatius. La inscripció de l'escriptura d'herència que considerem que cal fer, no causa cap perjudici especial a les persones instituïdes hereves en el penúltim testament de la causant, atorgat el 1998, que serien hereves si el darrer testament fos nul... Malgrat la inscripció, es manté intacta la seva legitimació per a impugnar el testament, si ho consideren adequat, pels motius que els semblin oportuns a l'empara de l'article 422-3 del Codi Civil de Catalunya, amb els efectes que preveuen els articles 422-4 i 465-2. El procediment judicial, contradictori i amb possibilitat de presentar i demanar proves, serà l'adequat per a determinar si la testadora tenia capacitat natural o no en tenia en el moment que va atorgar testament i, si arriba el cas, per a determinar si manquen en el testament determinats requisits de forma.*

CONCLUSIÓ

Com a conclusió, entenc que les dues Resolucions plantegen algunes qüestions noves relacionades amb els testaments de les persones amb la capacitat modificada judicialment.

La primera, considera que si la incapacitació no és absoluta, la persona pot atorgar testament sense cap especialitat. La Direcció General trenca una llança en favor de la igualtat de totes les persones i ve a establir que la persona amb la capacitat modificada o amb una discapacitat no ha de córrer amb el relatiu estigma d'haver de superar uns requisits legals que no s'imposen a d'altres persones, sinó que és la societat en conjunt la que ha de córrer amb el perjudici d'haver d'impugnar els actes realitzats per aquella persona. Personalment aquesta posició em genera dubtes perquè entenc que a la pràctica, mirar d'evitar que aquestes persones siguin víctimes d'abusos també em sembla una posició elogiable i és el que a parer meu pretén evitar l'article 421-9.

La segona, ve a afirmar que la concurrència de facultatius en testaments de persones amb la capacitat modificada per incapacitació absoluta, és un requisit exclusivament de forma. Em sembla correcta l'afirmació, però entenc, com deia en començar, que el que genera la nul·litat del testament, si no hi concorren els facultatius, és la manca de capacitat més que la manca de formalitat. La nul·litat formal existirà, només, quan un cop s'ha acreditat al notari que la persona que

atorga testament està incapacitada totalment i per tant cal la intervenció de facultatiu, aquesta intervenció no s'hagi fet constar de la manera adequada.

La tercera és la que considera que la incorporació d'un sol informe mèdic, sense que siguin dos informes ni intervinguin els facultatius, quan no era exigible llur concurrència en el testament, no és un defecte formal, sinó una simple expressió de prudència. Personalment, en el cas plantejat per la resolució, jo hauria tingut la prudència de fer comparèixer els facultatius, per molt que ja sé que cada dia costa més que ningú vulgui ni tan sols fer de testimoni.

En el fons, crec que darrere de les Resolucions hi ha una mena de justícia del cas. La de 2015, més conservadora, impedia la inscripció de l'herència fonamentada en el testament discutit, però «forçava» als beneficiats pel testament anterior a impugnar-lo si volien pretendre algun dret en la successió. Així, mentre el testament no sigui declarat nul, ningú no inscriurà, ni els cridats pel testament discutit ni els cridats en el testament anterior. La de 2019 és més proactiva i considera que mentre el testament discutit no sigui declarat nul ha de produir tots els seus efectes i, entre d'altres, el de servir de títol per a la inscripció i qui es consideri perjudicat sempre pot demanar-ne la nul·litat dins del termini.

I això ens du a una altra qüestió que el Codi Civil despatxa amb dos articles: els de l'acció de reclamació d'herència, imprescriptible; i el del règim jurídic de l'hereu aparent, a qui el mateix Codi beneficia respecte de la normativa anterior amb terminis d'usucapció més curts que els tradicionals: tres anys per a béns mobles i vint per a immobles segons l'article 531-27.

Necrològiques

NECROLÓGICA Y ELOGIO DEL ACADÉMICO DE NÚMERO DON FELIPE TALLADA DE ESTEVE

por

ELÍAS CAMPO VILLEGAS

Académico de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

20 de octubre de 2020

SUMARIO

- I. *Introducción*
- II. *El abogado*
- III. *El alcalde*
- IV. *El académico*
- V. *¿Críticas de su figura?*

I. INTRODUCCIÓN

Estamos en el punto final de una relación irrepetible de quizá más de sesenta años. En octubre de 1956 en que tomé posesión de Juez, entonces se conocieron un abogado joven y un juez también joven. A la relación profesional, pronto se añadió la de amistad, que en principio es admisible y, en nuestro caso, lo fue. Con el tiempo, y la posterior condición de Notario, aquella buena amistad se transformó en amistad íntima, con influencia en variadas circunstancias. Así, cuando a él lo promocionaron para ingresar en esta Academia, yo lo apoyé con cuantas posibilidades tenía; y, al poco tiempo, la situación se invirtió: fue él quien hizo lo mismo.

Luego vinieron otros tiempos, los años de prueba a que el Señor lo sometió. Le faltó la esposa, María Pilar, y le sobrevino el inacabable calvario corporal, que superó con gran voluntad, entereza y ánimo, mostrando su ejemplar temple espiritual. Jamás una queja, nunca. En su lugar su siempre agradecimiento a Dios, en cuyo trance he de recordar la constante presencia de su familia, de sus tres hijos, y sus esposas, Felipe, Juan Antonio y Jordi, a quienes fui encontrando siempre a la hora y día de mis visitas a lo largo de las casi dos décadas que estamos describiendo.

De Felipe Tallada mostraremos sus dos trascendentales amores: el Derecho y el Delta. En estos temas nos centraremos en los últimos años dedicado a la problemática del río Ebro en su tramo final. En las veces que le fui viendo me asombraba su juvenil entusiasmo por ambos amores.

A lo largo de una vida aparecen en nuestro horizonte personas que muestran nortes al que seguir. Él fue para mí uno de ellos.

El 6 de diciembre último desapareció Felipe Tallada a los noventa y cinco años, dejando desolada a su familia y a mí una tristeza añorante.

II. EL ABOGADO

El que hemos denominado como «el joven Abogado» nació a la ABOGACÍA bajo los auspicios del prestigioso Letrado de Tortosa, y Decano que fue de su Colegio de Abogados, su padre, D. Felipe Tallada Cachot, quién había sido admitido en esta Academia «en qualitat d'acadèmic-professor» el 27 de febrero de 1934. De él es de quién aprendió y siguió en sus principios básicos que constituyeron la vida que conocimos y trataremos de exponer. En la continuación del despacho de su padre, introdujo, en la abogacía tortosina, la novedad de abordar temas del Derecho público, especialmente administrativo.

Fue miembro de los Ilustres Colegios de Abogados de Tortosa, Tarragona, Reus, Castellón de la Plana y Barcelona. En el de Tortosa fue Tesorero de su Junta de Gobierno.

Sin perjuicio de la actividad jurisdiccional, a la que accedía siempre como último recurso, debemos referirnos, tanto a las funciones cautelar y asesora, como además a la docente.

La primera de ellas, lo condujo a buscar cuantos medios imaginara y tuviera a su alcance, para que se resolvieran los conflictos transaccionalmente. En esta línea pudo ejercer de árbitro, al ser nombrado como tal por el Tribunal Arbitral de Barcelona en temas agrarios.

En el asesoramiento se movió, tanto en el ámbito personal, como en el referente a entidades, incluso públicas. En este sentido fue primer firmante, coautor y coordinador de las «Alegaciones de las 33 entidades del Bajo Ebro al proyecto del acueducto Ebro-Pirineo Oriental (1974)». Asesor de la Comunidad de Regantes del Canal Aldea-Camarles. Asesoró a la Comunidad de Regantes en la adquisición del Canal de la Izquierda y miembro de la comisión de estudio para la modificación de las Ordenanzas (2013); promotor de la puesta en funcionamiento del canal Cherta-Cenia, mediante la constitución de las comunidades de base.

En su actividad docente fue profesor de Derecho Público en la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio de Abogados de Tortosa. Miembro de la «Co-

misión de los 16» que estudió el Régimen Especial para Cataluña. Miembro de la Comissió Jurídica Assesora de la Generalitat de Catalunya (1976). Impartió conferencias en el seno del Foment del Treball sobre los «cambios legislativos de la nueva Ley de Aguas (1985)».

Conjunción de sus dos amores y preocupaciones, el Derecho y el Delta, fue en 2016 la culminación de su monumental trabajo «INFORME ACERCA DE LA PROBLEMÁTICA DEL RÍO EBRO EN SU TRAMO FINAL», contando para ello con colaboraciones técnicas de ingeniería agrícola y de geología. *En sus páginas se muestra el padecimiento de hechos y la situación antijurídica que culminan en una dramática regresión del Delta que se inició desde 1965 por la retención de los sedimentos en los embalses del conjunto formado por los de Riba-roja, Mequinenza y Flix; aumentando la salinidad al faltar el empuje descendente del propio cauce del río. La responsabilidad de la Administración Pública se muestra en los actos y acciones de la misma, al igual que en sus omisiones que se describen y prueban a lo largo del extenso informe. Ahora bien, Felipe Tallada recordó que el requisito de la culpa del Derecho clásico, de ascendencia romana, hoy no solo ha sido modificado, sino en ciertos supuestos incluso eliminado de la responsabilidad civil, sustituido por la denominada responsabilidad por riesgo e incluso en algunos eventos por la responsabilidad objetiva, que es el caso de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, de la que se parte en el Informe.*

En cuanto a la reparación o indemnización del daño causado no se trata de acudir a la vía jurisdiccional, sino más bien buscar «soluciones integrales», estando siempre presente la necesidad de «la construcción de un muro o dique de defensa».

Recordaba Tallada que este dique de defensa ya estaba incardinado en el Plan General de Reforma y Desarrollo Agrario del Delta del Ebro (IRIDA, 1973). Se había proyectado un dique alrededor del Delta, con una anchura de coronación de 9,50 metros. En el puerto de los Alfaques, Puerto del Fangar (izquierda) y río Migjorn (derecha), la altura del dique sería de 1,40 m sobre el nivel medio del mar. En los lugares en que el dique quedaba cerca del mar abierto, la altura se elevaba a 2,40 m. La longitud total era de 48 km.

Sobre esta obra de Felipe Tallada, el Presidente de la Comunidad de Regantes, en diciembre de 2016 nos hizo el honor y la confianza, de solicitarnos un estudio y opinión al que oportunamente dimos cumplimiento; en cuya tarea nos percatamos de que el Delta, que pretendíamos conocer desde que llegamos a Tortosa, sin embargo presentaba la compleja problemática que Tallada ofreció en sus páginas al mostrar los hechos y situaciones antijurídicas que culminan con llegar a imaginar una dramática regresión.

Esta obra fue editada en julio de 2017 por la UNED, en un volumen de 350 páginas, en la que se nos hizo la deferencia de incorporar el informe que habíamos emitido.

III. EL ALCALDE

En 1967 Felipe Tallada sustituyó como Alcalde, al industrial Joaquín Fabra Grifoll que lo era desde 1960. El nuevo mandatario participaba en el sector reformista de Tortosa; y las circunstancias que se produjeron en sus años de regidor lo hicieron protagonista de trascendentales sucesos.

1. En el año 1971 el Gobierno decidió situar la Refinería y la ampliación del complejo Petroquímico alrededor del área Tarragona-Reus, contra la aspiración ebrenca de hacerlo entre Amposta y San Carlos de la Rápita. Al conocerse la noticia, una sensación de frustración invadió la ciudad y al cabo de pocos días se produjo una gran concentración en la plaza del Ayuntamiento para exteriorizar la disconformidad y protesta por tal decisión. La difusión de los hechos por los medios informativos y las presiones de las instituciones locales permitieron al Ayuntamiento tortosino desatascar los grandes expedientes entonces en fase de proyectos. En dos de ellos, la Residencia Sanitaria y el Parador de Turismo, su implantación precisó de la reversión a la ciudad por el Ministerio de Defensa, de los terrenos de los castillos de la Zuda y de San Juan, con sus murallas; además se configuraron el Polígono Industrial y el Plan de infraestructuras del Delta del Ebro. Todas las obras se iniciaron entre 1971 y 1974. Y a ritmo diferente, según los casos, protagonizaron la vida local durante los años inmediatos otras realizaciones como el edificio de los Juzgados (1971), el Hospital de Jesús (1972), las instalaciones deportivas municipales (1972). Debiendo destacarse en 1973 la creación de la UNED a impulso personal de Tallada con el prócer de Madrid José Celma (METROPOLIS), que hoy ofrece veintisiete carreras con mil cien alumnos y ochenta profesores. Acontecimiento este que constituye una muestra de cómo Felipe Tallada se apoyaba en su entorno a través de relaciones personales.

Cuando llegó la democracia, Tallada se adaptó a la nueva situación y llegó a pactar con los máximos dirigentes locales de los partidos emergentes (Joan Martí de CIU, Josep M. Castells del PSUC, y el periodista José Bayerri Ragá del PSC), que hacían política alternativa en el marco del Congreso de Cultura Catalana. Tallada ofreció todo el apoyo del Ayuntamiento para la celebración de los actos de clausura de este Congreso bajo el eslogan, de «Tortosa, cruïlla dels Països Catalans». Durante la visita del presidente Tarradellas (1978), la colaboración y relación personal se fortaleció y llegó a firmarse lo que se denominaría «Pacte de l'Ebre» para pedir todos juntos al Gobierno de la Generalitat reinstaurada un plan de actuaciones para el territorio que se concretó en la creación del «Consell Intercomarcal de les Terres de l'Ebre». Tarradellas hizo de Tallada uno de sus hombres de confianza, nombrándolo miembro del «Consell assessor». El último año de su mandato, Tallada pactó con la oposición democrática.

2. En su tiempo se independizaron de Tortosa las pedanías, hoy las poblaciones de Deltebre (Jesús y María y la Cava), Camarles y San Jaime de Enveja. En la historia de Tortosa este acontecimiento había llegado a considerarse, social y económicamente, como un drama, lo que necesita cierta explicación.

En el municipio de Tortosa, uno de los más extensos de España, estas pedanías se sentían desatendidas de la capital. En ellas se desarrollaba una importantísima y floreciente agricultura de los arrozales del Delta, un triángulo con base aproximadamente en la Carretera nacional 340, adentrándose en unos veinticinco kilómetros, entre L'Ampolla al Norte y San Carlos de la Rápita al Sur, de unas 32.000 hectáreas, dividido por el río Ebro que lo cruza en dos grandes comunidades de regantes, la de la derecha y la de la izquierda.

Las deficiencias en las carreteras interiores las hacían en ocasiones y tiempos casi intransitables. Al prevenir un viaje a determinada partida convenía averiguar previamente cuál era el mejor camino. Lo mismo ocurría con los servicios de agua potable a los domicilios, o los desagües, escuelas, etc. Todo ello además se conjugaba con el primitivo cultivo del arroz, sin la mecanización que ya se conocía. El arroz no se sembraba, sino que se plantaba mata a mata. Sin herbicidas, había que arrancar del fango las malas hierbas, una a una. La inexistencia de máquinas trilladoras hacía que la siega se llevara a cabo con hoces manuales.

Bastantes años atrás estas poblaciones habían solicitado del Gobierno del Estado su separación de Tortosa constituyéndose en otros tantos municipios, todo ello mediante instancias suscritas por los miles de personas que componían cada pedanía. Pero fueron desestimadas por falta de autenticidad de las firmas y de los nombres de los solicitantes.

Y en el tiempo que precedió al alcalde Tallada se repitieron las solicitudes de independencia; pero esta vez con firmas legitimadas notarialmente lo que conllevó meses de labor notarial en las propias pedanías.

3. En las postrimerías de su mandato, en las fiestas de la Cinta de 1977, Felipe Tallada, dando cumplimiento al tradicional uso, el día 4 de septiembre rompió el baile con la reina de las fiestas, María Jesús Campo Güerri.

4. Además podemos ofrecer la distinción de que fue objeto Felipe Tallada por la Real Archicofradía de Nuestra Señora de la Cinta al nombrarle primer mayordomo, que implicaba portar el Estandarte en la procesión de su fiesta, con el aditamento de que fueron cordonistas los académicos Josep-D. Guàrdia i Canela y Eugeni Gay Montalvo.

Por último, también recordar que en 2013 se le concedió a Felipe Tallada la Insignia de Oro por la misma Archicofradía de Nuestra Señora de la Cinta.

IV. EL ACADÉMICO

Fue elegido como miembro de esta Academia en junio de 1982; y leyó su Discurso de ingreso el 22 de noviembre de 1984. Ocupó los cargos en la Junta de Gobierno de vicesecretario y censor (2007). Fue ponente, con el doctor Argullós del Informe rendido a la Academia sobre el contenido y modificación de criterios de la nueva Ley de Aguas (1985). De su aportación doctrinal destacaremos su discurso de ingreso y dos comunicaciones, de todo lo cual hacemos mérito.

1. Su Discurso versó sobre «POSIBILIDAD Y CONVENIENCIA DE UNA LEY DE AGUAS DE CATALUÑA».

La gran preocupación de Tallada sobre el uso de las aguas en Cataluña radicaba en que la Generalitat no tenía competencia sobre ellas, según el artículo 9.16 del Estatut por haberse reservado con carácter exclusivo al Estado «cuando las aguas discurren por más de una comunidad», según el artículo 149.22 de la Constitución, por lo que entendía que se había de comenzar por el planteamiento general de los recursos hidráulicos por el ordenamiento jurídico y adecuando las estructuras de su administración.

2. La Comunicación del 5 de noviembre de 2001. «COMENTARIO DE LOS CONTRATOS DE CESIÓN DE LOS DERECHOS PRIVATIVOS DEL AGUA».

En estos, el requisito requerido de la autorización administrativa, contrastaba con el concepto del contrato en el Derecho privado, creándose unas relaciones dominadas por la intervención de la Administración hidráulica que imponía la prioridad del interés o servicio público.

3. La Comunicación a la Academia en octubre de 2002. «LA VÍA JURISDICCIONAL COMO POSIBLE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS DEL ÚLTIMO TRAMO DEL RÍO EBRO HASTA SU DESEMBOCADURA (falta de caudales, recesión, etc.)».

Esta Comunicación constituyó el germen de la monumental obra de Felipe Tallada, a la que antes se aludió, «INFORME DE LA PROBLEMÁTICA DEL RÍO EBRO EN SU TRAMO FINAL».

V. ¿CRÍTICAS DE SU FIGURA?

Tras la defunción de Felipe Tallada, pudimos encontrar unas críticas de dos periodistas de origen tortosino, ambos de signo radicalmente contrario.

1. Josep Bayerri Raga en el seminario L'EBRE del día 3 de enero de 2020 bajo el título TALLADA, L'ALCALDE DE LA TRANSICIÓ.

«Vàrem estar durament enfrontats, pero també vàrem col·laborar civilitzadament al servei de la ciutat. Deixar constància de la relació amb ell em sembla un deure històric allora que un sentiment de nostàlgia».

2. Daniel Arasa Favá: «mi relación con él no fue inicialmente buena ... hice críticas al Ayuntamiento ... y no gustó. Como es normal. Pero luego llegamos a ser amigos. Era un hombre cordial y hábil».

NECROLÓGICA DE DON FRANCISCO SOTO NIETO

Magistrado y Académico honorario de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña

por

M^a EUGENIA ALEGRET I BURGUÉS
*Vicepresidenta y Académica de número de
l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*
10 de noviembre de 2020

I. BREVE RESEÑA BIOGRÁFICA

Don Francisco Soto Nieto nació en Cartagena en el año 1926 en el seno de familia de militares.

Completó la educación primaria y secundaria en Cartagena y se licenció en Derecho por la Universidad de Murcia, haciendo a continuación oposiciones a judicatura.

Su primer destino, como Juez de primera instancia e instrucción, fue Centaina (Alicante) en el año 1953. Aunque, anteriormente, había ejercido el cargo de Juez comarcal en Samos (Lugo) y después en Crevillente (Alicante).

El año 1956 fue promovido a Juez de ascenso y fue destinado al Juzgado de Santa Coloma de Farnés en Girona.

Tomó posesión del cargo del Juzgado de Santa Coloma de Farners el 9 de noviembre de 1956.

Allí se afincó con su familia y es donde nacieron 4 de sus 8 hijos.

El 10 de octubre de 1966 fue ascendido a la categoría de Magistrado.

Al no existir vacante en la Audiencia de Girona, tomó posesión de su cargo en la Audiencia Territorial de Albacete hasta que en el año 1973 fue nombrado Presidente de la Audiencia Provincial de Girona.

Tomó posesión de la Presidencia de la Audiencia el 5 de septiembre del mismo año de 1973.

A principios de 1980 se doctoró en derecho en la Universidad de Murcia con la tesis *«Responsabilidad solidaria derivada de los ilícitos culposos civil y penal»*.

Al año siguiente, en 1981, fue nombrado miembro de la Academia de Doctores de Cataluña.

El 24 de julio de 1985 fue promovido a la Sala 2ª del Tribunal Supremo en Madrid, ciudad a la que hubo de trasladarse.

En el año 1995 fue elegido presidente de la Junta Electoral Central debiendo destacarse que desde su presidencia se prohibieron las campañas de propaganda institucional en periodo electoral.

En la primavera del año 1996 se jubiló al cumplir la edad reglamentaria. A pesar de esto, continuó su labor en el Tribunal Supremo como Magistrado suplente hasta el año 1998.

En el año 1978 fue distinguido con la Cruz de Primera Clase de San Raimundo de Peñafort, obteniendo la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort en el año 1997.

Fue además declarado hijo adoptivo de Cocentaina y de Santa Coloma de Farners.

Francisco Soto Nieto ingresó en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña en el año 1976.

En ese momento la Academia se extendió por todo el territorio catalán aumentando el número de académicos de 30 a 36.

Fue elegido en representación de la demarcación de Girona, donde se hallaba ocupando el cargo de Presidente de la Audiencia Provincial juntamente con Juan Anglada Vilardebó en representación de la demarcación de Barcelona fuera de la capital.

El día 30 de enero de 1979 leyó su discurso de ingreso en la Academia con el título: «*El cambio social y el Derecho*», siendo contestado por el académico Josep-Joan Pintó Ruiz.

A raíz de su traslado a Madrid para ejercer como Magistrado del Tribunal Supremo, su asistencia a las sesiones académicas se redujo.

En el año 2013 con motivo de su continuada residencia en la capital pidió y obtuvo pasar a la condición de Académico honorario, dejando vacante su sillón en nuestra Academia, que fue ocupado en la siguiente elección por la Magistrada de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sra. María José Magaldí Paternostro.

Mantuvo su condición de Académico numerario hasta su fallecimiento el día 25 de agosto de 2019.

Para reseñar los logros profesionales y académicos de D. Francisco Soto Nieto y la transversalidad de su obra y pensamiento nos centraremos en su actividad judicial, científica, académica y humana.

II. ACTIVIDAD JUDICIAL

Francisco Soto fue un excelente magistrado.

Destacó tempranamente por la amplitud de sus conocimientos y su fina prosa en la misma Escuela judicial que compartió con otro Ilustre Académico de esta corporación.

Su paso por los Juzgados de Santa Coloma de Farners, dejó una honda impronta, no solo por la calidad de sus resoluciones sino, todavía más, por su inmensa humanidad y su gran conciencia social, al punto que la ciudad le hizo hijo adoptivo en el año 1966 y le otorgó la medalla de Plata de la localidad.

De igual manera, como Presidente de la Audiencia Provincial de Girona asumió las labores gubernativas del cargo con la misma maestría, estilo y autoridad que las jurisdiccionales. Gozó siempre de una alta estima entre sus compañeros y funcionarios.

Bajo su mandato consiguió reducir en menos de un año el enorme retraso en las ejecutorias pendientes concitando para ello a todos los implicados, no reparando en aleccionar y estimular a los funcionarios interinos encargados de su tramitación.

Como Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Supremo, Francisco Soto Nieto contribuyó a forjar una jurisprudencia sólida y transversal poniendo de relieve la conexión y enlazamiento entre las distintas áreas del derecho, incluida la penal.

Cuando se apunta en el horizonte una nueva ley, como fue el Código Penal de 1995 que tuvo que aplicar, decía, no hay sector del ordenamiento que pueda permanecer indiferente.

III. ACTIVIDAD CIENTÍFICO-JURÍDICA

Su obra científica en el campo del derecho fue ciertamente extensísima.

Dotado de indudables cualidades para la escritura —no siempre frecuentes en el mundo de la judicatura— abarcó en sus obras múltiples áreas del derecho, tanto en el ámbito del derecho civil como en el del derecho penal.

En relaciones editoriales he contabilizado, sin ánimo exhaustivo, hasta 290 artículos en revistas, 12 colaboraciones en obras colectivas y más de 10 libros.

Resultaría imposible en esta necrológica glosar una obra tan ingente.

En un esfuerzo de síntesis, podemos agrupar su tarea investigadora y divulgadora en los siguientes temas, casi siempre conectados con intereses sociales relevantes:

A. En el área del derecho civil destacan sus colaboraciones y artículos dedicados a las leyes de Arrendamientos urbanos como sus *Comentarios a la ley*

de reforma de 11 de junio de 1964, publicados en el año 1965. En el mismo año publicaba en la Revista General de Derecho *Arrendamientos urbanos. Reglas de la buena fe: el abuso o ejercicio anormal de un derecho y el fraude de la ley como actos que la contrarían.*

Sobre la LAU de entonces opinaba que «*aspira a un sistema equilibrado y justo que proyectando su atención proteccionista sobre el arrendatario, en orden a salvaguardar la estabilidad del hogar familiar y del patrimonio mercantil no descuide los intereses de la propiedad ni desoiga sus justas reivindicaciones, siempre que estas se contengan dentro de los límites marcados por la función social que le viene impuesta.*»

Trató también otros temas clásicos del derecho civil como *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos de la contratación* en el año 1985 o propios del derecho civil de Cataluña, como su artículo sobre *Derechos sucesorios del hijo adoptivo en la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña* publicado en la *Revista general de derecho* en el año 1961.

El análisis de la problemática relativa a la responsabilidad civil en sus múltiples manifestaciones fue objeto de numerosos estudios y artículos por parte de D. Francisco Soto Nieto.

En este campo podemos citar los *Comentarios al reglamento sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor* (aprobado por RD 7/2001, de 12 de enero) en el año 2001.

Los grandes lesionados, aproximación al sistema más idóneo para el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos, publicado en el año 1999.

Estudios y comentarios sobre la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, en el año 1997.

La responsabilidad civil derivada del accidente automovilístico en el año 1989.

Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad Gobierno y administración en la Constitución, en el año 1988.

La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo del año 1982.

B. En el área del derecho penal citar únicamente entre obras propias y colaboraciones, entre otras muchas, las siguientes:

El delito de intrusismo profesional, año 2012.

Ética profesional y su proyección en la prueba penal, año 2003.

El nuevo Código penal y el contrato de seguro, año 1998.

El dolo y el seguro, año 1998.

Las falsedades en documento privado, año 1994.

La responsabilidad civil derivada del accidente automovilístico, año 1989.

La responsabilidad penal de jueces y magistrados, año 1987.

El seguro voluntario y el procedimiento penal, año 1986.

La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo, año 1982.

Correlación entre acusación y sentencia, año 1979.

C. La generalidad de su pensamiento se acredita en sus muchos artículos.

Algunos de ellos fueron incluidos en su obra *«Compromiso de Justicia»* del año 1978 que reúne sus reflexiones sobre el hecho judicial y la relación entre jueces y abogados.

Destacar entre ellos el artículo con el título *«La voluntad unilateral generadora de obligaciones, la titularidad del fiduciario en la fiducia cum creditore»* que había sido publicado ya en la Revista Jurídica de Cataluña, o el artículo publicado en el año 1969 en la misma revista con el título *«Meditaciones sobre la Abogacía»* y en el que decía: *Abogacía y Juez han de adquirir el hábito de contemplarse no frente a frente sino uno junto al otro, sabedores de su recíproca necesidad, de la trascendente misión que les aúna, de la complementaria función que les acerca* y que fue merecedor del premio Federico Roda Ventura otorgado por el Colegio de Abogados de Barcelona en el año 1970.

La relación entre jueces y abogados fue una constante en su obra.

En el año 1956 ya había escrito en la Revista general de derecho *«El ejercicio de la abogacía en los Juzgados de Primera Instancia»*. Tema que volvió a ser objeto de su atención en el año 1995 en el artículo publicado en la revista La Ley: *«Jueces y abogados: miscelánea sobre sus condiciones y deberes»* o *«Los jueces, los abogados y el Estado de derecho»* publicado en la misma revista en el año 1996 y *«El secreto profesional del abogado: deontología y tipicidad penal»* publicado también en la Ley en 1997.

Célebres fueron también obras como *«Derecho Vivo: Jurisprudencia comentada»* en el año 1970 o *«Estudios jurídicos varios»* en el año 1983.

Ensayos sobre Roca Sastre con el nombre de *«Un hombre del derecho y para el derecho»* o la sensible necrológica sobre la figura de Martí Miralles *«El jurista y el hombre»* publicado en el diario los Sitios de Girona dan cuenta de la magnitud del sentimiento y pensamiento de Soto Nieto y de su capacidad creadora.

IV. ACTIVIDAD ACADÉMICA EN CATALUÑA

La integración personal y profesional de D. Francisco Soto Nieto en Cataluña fue intensa, hasta el punto de que, pese a su traslado a Madrid en el año 1985, quiso conservar la vecindad civil catalana hasta su muerte.

Participó en el II Congreso Jurídico catalán que tuvo lugar en 1971, organizado por el Colegio de Abogados de Barcelona, con una relevante ponencia sobre la *«Vecindad Civil»*.

Otra faceta, no menos importante fue su vocación docente, ya materializada en su juventud y que culminó con su titulación en magisterio, contribuyendo a la creación de la UNED en Girona, en la que ejerció como profesor de derecho civil.

Prueba de su afecto y estimación hacia Cataluña, especialmente por las tierras gironinas, lo puso de manifiesto en la introducción de su Discurso de ingreso en nuestra Corporación, leído en la sesión del día 30 de enero de 1979.

En él se declaró identificado con el sentir cultural y sobre todo jurídico «*de un pueblo que es genio, imaginación, ponderación y augurio*» y se mostró orgulloso de trasladar a la Academia con motivo de su expansión, reproduzco sus mismas palabras: *el perfil majestuoso de la Girona monumental, volcada en el espejo del Oñar y cruzada por la sombra venerable y socarrona de Josep Pla; la perenne sinfonía wagneriana de los bosques inabarcables de la comarca de la Selva; la luminosidad de la llanura ampurdanesa; el acopio histórico del Ripollés; los mil verdes pirenaicos de la Cerdanya y la finura y montaraz anfractuosidad de la Garrotxa.*

Traslucía su admiración por los insignes juristas *gironins* como Fontanella, Tomas Mieres, Francesc Eiximenis, o Joan de Socarrats y especialmente por los Presidentes de la Academia procedentes de aquellas tierras, como Pella i Forgas, Almeda Roig, Rahola Tremols, Coll i Rodes o Casals Coldecarrera.

Su visión premonitoria sobre las relaciones entre el derecho y la sociedad quedó reflejada en su discurso de ingreso a la Academia titulado, como hemos dicho, «El cambio social y el derecho» que por su modernidad resulta todavía hoy vigente.

El discurso pivotó sobre tres grandes ejes:

Elacompañamiento entre el derecho y la sociedad, las razones de la ley y el papel de los tribunales de justicia.

De este modo, puso de manifiesto su preocupación por la sincronización del derecho con la rápida evolución de una sociedad que anhelaba acceder a mayores cotas de bienestar y se afanaba en hallar nuevas fórmulas ideológicas que garantizaran mejor la convivencia social.

Proféticas fueron sus palabras —recordemos, en el año 1979— que avanzaban la imprevisibilidad que las incidencias del progreso tecnológico, científico y cultural podían provocar en el seno de la comunidad social.

Con razón afirmaba Soto Nieto: «*Si ayer era un precepto aislado del Código el que se resentía con su arcaica concepción de los nuevos instrumentos que la técnica ha puesto en circulación, hoy, y no digamos mañana, serán la globalidad del ordenamiento jurídico y la ciencia del derecho en toda su plenitud de investigación y adoctrinamiento, los que se encuentren en proceso revisorio y de estudio para comprobar hasta donde las innovaciones de la segunda revolución industrial —energía nuclear, cibernética, informática, máquinas computadoras— el replanteamiento de los condicionantes socio-económicos y la renovación del cuadro de asertos y creen-*

cias, pueden encontrar albergue en el quehacer del jurista y, sobre todo, en la tarea justicialista de los tribunales.»

Las leyes, concluía el lector, deben ofrecerse como traducción ordenada, sistematizada e imperativa de aquellas demandas o exigencias sociales que aparecen como más justas y necesarias en momento y lugar determinados. Pero si el derecho ha de encontrar una permanente justificación en sí mismo y en el sentimiento de sus afectados destinatarios, *la normativa jurídica elaborada no puede convertirse en un manual de exhortaciones y buenos consejos*, sino que la autoridad legisla pero la autoridad también custodia la observancia de lo legislado en tanto que no cabe un mundo desprovisto de todo enunciado de derechos y deberes.

No concebía el autor el anquilosamiento del derecho.

Antes bien, sostenía *que el ordenamiento jurídico debía abandonar cualquier textura conservadora y retardante que dificulte u obstaculice su significación instrumental en los procesos de cambio.*

Hoy el legislador —insistía— *no puede menos que mostrar una fina perceptibilidad, prestando oídos y tomando el pulso al sentir societario, para diagnosticar con certeza cuáles son sus precisiones y en qué momento debe hacer brotar el retoño de una regla nueva.*

No era, por el contrario, partidario de los cambios bruscos y poco reflexivos de las normas jurídicas, sino en forma atemperada y cautelosa, propiciando la seguridad jurídica y la estabilidad.

El derecho —afirmaba— *«...debe mantener una constante fidelidad al cambio social, un pulso rítmico a tono con tales mudamientos. Pero es predicable del derecho en general no identificable necesariamente con el acerbo positivo legal. Lo que quiere decir que el taller legislativo no ha de concebirse en febril y trepidante consagración productiva arrojando sobre los ciudadanos grandes resultados de elaboraciones normativas difíciles por su prolijidad y número de ser asimiladas y puestas en práctica. El legislador debe adoptar iniciativas creadoras solo cuando no quepan dudas sobre la caducidad e inoperancia de los moldes legales vigentes o del advenimiento de imperiosas exigencias sociales a las que hay que ofrecer un refrendo y un cauce de legalidad.»*

Abogaba en su discurso el nuevo Académico, por la sensibilización de los tribunales ante la realidad social de su tiempo, lo que había plasmado ya el legislador estatal en la reforma del art. 3.1 del CC llevada a cabo en el año 1974.

Entre la gestación de un estado de opinión y el nacimiento de las nuevas normas —afirmaba Soto Nieto— *ha de mediar el esfuerzo precursor de los tribunales de justicia interpretando las normas entre las diferentes posibilidades constructivas que esta ofrezca, sin suplir al legislador, conforme a su mejor acomodo al interés social.*

En el marco de la sumisión a la ley tiene la jurisprudencia un amplio campo de creación inventiva para hacer las normas funcionales y más eficaces.

Terminaba el discurso haciendo referencia a que eran los jueces los que debían imprimir a la ley *la flexibilidad precisa para su efectivo acompañamiento con el entorno comunitario, los que debían salvar los graves desajustes entre la regla promulgada y las realidades sociales de cada etapa de su vigencia.*

El discurso fue contestado magistralmente por el académico Josep-Joan Pintó Ruiz, quien dijo del nuevo Académico que llegaba «...*con el acerbo de su ciencia de la que son muestra, enjundiosas e importantes publicaciones y con la ejecutoria de juzgador que ha aplicado el derecho ejerciendo esta noble función pacificadora por la vía de imponer el restablecimiento de la justicia con la autoridad del imperium institucionalmente derivado de su investidura y con la autoridad personal, naturalmente derivada de su ser, estar y quehacer, es decir de su íntima humanidad*».

V. EPÍLOGO

Las facetas hasta ahora examinadas nos han permitido profundizar en el jurista y académico pero no podemos olvidar el aspecto humano de D. Francisco Soto, su gran cultura, su enorme curiosidad y humildad.

Hijo de la posguerra y proveniente de una familia humilde, huérfano de padre desde los siete años, Francisco Soto, fue un hombre que se hizo a sí mismo.

Desde su más tierna juventud tuvo muy clara su vocación hacia el derecho y, muy particularmente hacia la carrera judicial.

Junto con su querida esposa Encarnita, también huérfana de padre como él, no tuvo otro afán que «sacar adelante» a la familia y a sus ocho hijos, a los que dio carrera bajo la aseveración de que esa era su mejor herencia.

Su vida se asentó en tres pilares fundamentales: su vocación judicial, su familia y, como él decía, «en Dios, que es el primero».

Así, su formación y pensamiento religioso formaban parte de ese esquema, como una forma de acceder a un orden superior en el que él creía profundamente, en otro caso, afirmaba, «*la vida sería una burla*». Creía que el trabajo y buen hacer, sirven para ganar la vida eterna que, citando a J. Manrique decía «*es la verdadera*».

Fruto de su profundo sentido religioso son sus últimas obras, como «*Entre Dios y los hombres. La práctica médica y científica, a través del cine*» publicada el año 2010; «*La respuesta del hombre ante la integridad de la vida. Espíritu cristiano*», en el año 2014; «*La confesión del hombre. Una valentía del espíritu*» en el año 2016; o «*El diablo existe. Empeño mi palabra*» en el año 2017.

Como hombre estudioso, hizo de su casa una improvisada y casi infinita biblioteca.

Al margen del mundo del derecho, sus otras grandes aficiones fueron la literatura y el cine, que ejercía con entusiasmo y capacidad de contagio. Siempre

acudía al cine con papel y bolígrafo para recoger cuantas citas merecieran la pena y prodigarlas después en sus escritos y publicaciones como hizo en el libro *Imágenes y justicia: El derecho a través del cine* publicado en el año 2004, en el cual se recoge, por ejemplo, la célebre cita de Sir Wilfrid (Charles Laughton) en Testigo de cargo: «*La balanza de la Justicia a veces se inclina, pero al final siempre se nivela.*»

Francisco Soto Nieto fue un ejemplo en vida de solidez jurídica, coherencia personal y profesionalidad.

Desgraciadamente nos dejó junto con su esposa que murió unas horas después y que fue su sostén y apoyo durante tantos años, el día 25 de agosto de 2019.

Siempre nos quedarán sus obras y su recuerdo.

Actes Especials

LAUDATIO A L'ACADÈMIC HBLE. SR. JOAN EGEA
AMB MOTIU DEL PREMI PUIG SALELLAS

per
FERRAN BADOSA I COLL
Acadèmic de número
de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
17 de desembre de 2019

LA JUSTIFICACIÓ DE LA MEVA FUNCIÓ DE «LAUDATOR» EN AQUEST ACTE

És una relació de 40 anys amb el Prof. Joan Egea que m'ha convertit en testimoni de la seva carrera universitària. El 1976 Llicenciatura a la UB i immediata entrada a la Càtedra de Dret Civil del Prof. Francisco Fernández de Villavicencio. El 1981 Doctorat amb Premi Extraordinari. El 1986 professor titular Dret civil. El 1991 incorporació a la Universitat Pompeu Fabra i el mateix any Catedràtic de Dret Civil.

Fora de l'àmbit universitari el Prof. Egea ha estat membre de la Junta Electoral Central entre els anys 2000 i 2004. I d'ençà l'any 2009 membre del Consell de Garanties Estatutàries del que n'és president des de l'any 2013.

Són un testimoni en una seu especial. La d'un seminari setmanal. Una col·lectivitat, en aquest cas, amb un enfocament explícitament maièutic. En Joan Egea ha estat sempre un talent brillant, un dialèctic ferreny i un jurista amb uns coneixements exhaustius. I sempre actualitzats. A això últim hi contribueix el fet que ell i el Prof. Josep Ferrer se sotmetin bianualment a la prova de concordar i anotar amb la Jurisprudència la normativa catalana. Amb una 1^a edició, el 1988, amb 388 pàgines i la 16^a el 2018, amb 845. Primer amb el títol de «Legislació civil catalana» i posteriorment amb el de «Dret civil de Catalunya» és el menys aparent i, amb gran diferència, el millor repertori del nostre Dret civil.

La meva «laudatio» serà, doncs, un testimoniatge del seu quefer universitari. Una activitat que concretaré en la seva obra.

La seva dada més característica és comuna amb altres membres de la generació universitària dels 80. És el paral·lelisme amb l'evolució del Dret Català.

L'inici de la carrera professoral d'en Joan Egea està marcat per varis fets. Remotament pel 2n Congrés Jurídic Català que s'havia tingut el 1971 i 1972. I de present la recuperació de la competència legislativa arran de la Const. i l'Estatut de 1979.

Una competència que es va exercir de ben aviat. L'abril de 1981 es va engegar la reforma de la Compilació de 1960 que s'acomplia el 1984 amb la seva traducció oficial al català i la seva constitucionalització. I el març de 1982 es va promulgar la Llei 1/1982 de Fundacions que encetava el període de les Lleis Especials. Un període en què apareixen els primers Codis sectorials, el de Successions, el 1991, i el de Família, el 1998, i que oficialment es va declarar superat per la Codificació civil amb la L.29/2002.

La llista oficial de les publicacions del Prof. Egea, en diversos formats, s'acosta a les 80. Pertanyen a totes les matèries del Dret civil i a tota l'evolució del Dret Català de la qual ell no solament n'ha estat estudiós sinó també promotor.

Ha calgut, doncs, triar. Ho he fet per temes. Són quatre: la tradició jurídica catalana, l'heretament, el Dret del Menor i les immissions. I fora de la llista hi afegeixo la més breu que és l'art. 129 EC.2006.

LA TRADICIÓ JURÍDICA CATALANA

És un concepte que s'atribueix al Prof. José Castán Tobeñas i que es refereix al Dret català, en la CaDCat. 1704, i als seus supletoris Canònic i Romà en una situació concreta que és la seva derogació per la Comp. 1960. La funció de la frase era i és de donar-los-hi presència en la legislació vigent. És coherent amb el fet que la Comp. 1960 (DF 1ª) no va derogar sinó, seguint la Compilació basca de 1959 (DF.1ª), «substituir» el Dret anterior. I també és coherent amb la voluntat de «continuatio iuris», en expressió d'en Ramon Mª Roca Sastre, per part dels compiladors.

Una de les conseqüències de la menció de la tradició jurídica catalana fou l'impuls d'anar més enllà de la figura retòrica i donar-li contingut.

Hi va contribuir la relació amb el Prof. Josep Mª Font Rius amb qui durant un any, els dilluns al matí, ens reuníem alguns professors, per escoltar la seva lectura dels Usatges. Amb el descobriment dels noms i de les obres dels seus comentaristes, els anomenats «iusperiti Barchinonae». Els més coneguts, perquè les obres estan impreses: Jaume de Montjuïc, Jaume i Guillem de Vallseca i Jaume Callís. I els desconeguts: Jaume de Far, Bertran de Seba, Berenguer de Montjuïc, Ramon Vinader o Berenguer Vives, els escrits dels quals dormen a la Biblioteca del Monestir de l'Escorial.

En el cas d'en Joan Egea la tradició jurídica catalana el convertirà en un historiador del Dret. Amb la seva primera publicació, conjunta amb en Josep

Maria Gay Escoda professor d'aquesta assignatura. És «L'eficàcia de les normes de la tradició jurídica catalana des de la Baixa Edat Mitjana fins al Decret de Nova Planta» en dos números de la Rev. Jur. Cat. de 1979.

Simultàniament ell i n'Antoni Mirambell varen acceptar la invitació de la Biblioteca del Col·legi d'Advocats per l'ordenació del seu fons d'Al·legacions. Els dos futurs catedràtics l'acompleixen i en presenten una Memòria amb la metodologia i els resultats a la Revista Jurídica de Catalunya de 1981.

Aquesta obra bibliogràfica té la conseqüència de l'interès per l'obra del jurista català, d'origen aragonès, Jaume Càncer. Anys més tard el Prof. Joan Egea tornarà a la Història del Dret Català, amb una esplèndida Introducció a la reimpressió de l'obra d'en Pere Nolasc Vives i Cebrià. És la 2^a edició dels quatre volums de la seva traducció castellana i comentaris als usatges i altres Dret de Catalunya. No sols és una biografia jurídica sinó una descripció de la vida jurídica de la Barcelona del XIX.

L'HERETAMENT

Però evidentment la tradició jurídica catalana raïa també en les institucions jurídiques que havien sobreviscut en la Comp.1960. Tres d'aquestes foren objecte, en els anys 80 de sengles tesis doctorals: l'heretament, el cens emfitèutic i la rescissió per lesió. Les institucions triades, les fonts utilitzades i la finalitat de restauració van donar lloc a que aquesta línia de treball s'hagi descrit, no sempre amablement, com a historicisme.

La institució triada per en Joan Egea fou l'heretament. Una institució que ha continuat tractant en el Llibre Quart.

La tesi tenia dues direccions: la Història del Dret i el Dret Civil. La Història del Dret era un estudi dels precedents. En Joan Egea va esbrinar les fonts de l'heretament en el *Liber Iudicum* d'on va passar al *Us. Auctoritate et rogatu* (dels dos amb el mateix encapçalament, el 71) i en el Dret Feudal Català en les Commemoracions d'en Pere Albert i el seu comentari d'en Joan de Socarrats.

En el Dret Civil la tesi enfocava el canvi fonamental que la Comp.1960, sota el model del Proy.1955, va fer en l'heretament. Fins llavors l'heretament era una donació universal, «heretament o donació», tant el negoci com el títol adquisitiu, els dos entre vius. Però el títol amb una extraordinària força transmissiva, ja que abastava el patrimoni de l'heretant i la seva conversió en herència. L'heretament compartia la successió universal amb el testament. Arran de la Comp.1960 l'heretament va quedar reduït a una cobertura o formalització del negoci d'institució d'hereu que fins llavors era exclusiu del testament. Amb aquest canvi, el negoci d'institució d'hereu i el títol d'hereu tenien el monopoli de la successió universal.

Com a norma de Dret Transitori, la Comp.1960 va establir un article frontissa: el 68,2 (art. 71,2 CS) que no ha passat al Llibre Quart.

L'art. 68,2 integrava en el nou heretament-institució d'hereu les donacions universals en capítols, tant les fetes abans com les que es poguessin fer després de la Comp. La integració es feia tot dient «Les donacions universals atorgades en capítols a favor dels contraents produiran efecte d'heretament baldament no s'empri aquest terme». La interpretació de la tesi va diferenciar entre el negoci i el títol adquisitiu, que va designar com d'«heretat» d'acord amb la Memòria d'en Duran i Bas («donatario o heredado» pàgs. 94 i 97). Aquest títol tenia un doble efecte adquisitiu: l'*inter vivos* de donació, pel que feia als béns transmesos de present (tot i la reserva d'usdefruit, que sovint hi havia) i el *mortis causa*, del títol d'hereu universal a la mort de l'heretant per als béns relictos.

Al seu torn l'estudi històric aclaria el civil. La Història del Dret mostrava que l'anomenat «contracte successori» no era, ni és, un negoci jurídic sinó una mera designació metafòrica de la donació acceptada. En aquest punt és il·lustrativa la referència d'en Fontanella al jurista saboià Antonius Faber que diu que és una expressió dels juristes «Galli». I la Història immediata mostra que en la Comp.1960 l'heretament va deixar d'ésser un negoci i un títol successoris, la donació universal, per esdevenir una formalització entre vius del veritable, i únic, negoci successori que era la institució d'hereu. Amb el retruc de què el testament es reduïa a la formalització per causa de mort. La institució d'hereu esdevenia doncs l'únic negoci de successió universal i que estava dotat de dues formalitzacions: en testament i en heretament. Per tant la institució d'hereu tenia una naturalesa neutre, per causa de mort o entre vius, que depenia de la formalització triada.

LA «PROTECCIÓ DEL MENOR»

És un àmbit que a Catalunya enceta la L.11/1985. La «protecció del menor» era un dels dos plantejaments tradicionals del tractament del menor en la Legislació espanyola administrativa. L'altre era el disciplinari dels Tribunals de Menors. Els dos enfocaments havien estat regulats l'any 1948 per sengles Decrets. Els Tribunals de Menors pel D.11-VI i un mes després, la protecció dels menors en el D. 2-VII. Aquest darrer va subsistir 50 anys fins la seva derogació per la LO 1/1996, de 15-I de Protecció Jurídica del Menor.

La protecció del menor no va ésser acollida explícitament a la CE on l'art. 39,2,4 parla genèricament de la protecció de la família. Però sí la va acollir l'EAC.1979 a la llista de competències de la Generalitat on l'art. 9.28 la considera una matèria autònoma «Institucions públiques de protecció i tutela de

menors respectant, en tot cas, les normatives concorrents», «la legislació civil, penal i penitenciària». Silenciava l'administrativa a la que pretenia substituir.

La competència fou immediatament exercida. El RD 1534/1981, de 5-VI traspassava a la Generalitat les competències respecte dels serveis i personal. I la Resolució 37/1 del Parlament de Catalunya, de 10-XII-1981 endegava el procés legislatiu d'una norma que es qualificava d'administrativa en la part de protecció de menors (Preamb. parg.4 L.11/1985).

En Joan Egea va comentar la Llei en un primer article l'any 1987 al que en van seguir d'altres acabant en la monografia «La protecció dels menors de Catalunya» l'any 1989.

L'obra va excedir de l'àmbit acadèmic a la projecció legislativa. Tenia un Annex intítulat «Propostes de nova regulació» acompanyat d'un articulat. Aquest articulat es va convertir gairebé íntegrament en text legal a la Llei 37/1991, de 30-XII «sobre mesures de protecció dels menors desemparats i de l'adopció». És una Llei que traslladava la protecció de menors a la matèria civil (Preàmb.parg.5). S'hi introduïen el desemparament i les mesures de l'acolliment simple i preadoptiu i s'hi desenvolupen les mesures de la L.11/1985 de l'acolliment en família i en institució. La regulació subsisteix a la L. 14/2010, de 27-V «de drets i oportunitats de la infància i l'adolescència» que és una Llei especial fora del Codi civil català.

LES IMMISSIONS

Hi pertanyen la seva monografia «Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad», de 1994 arran de la LL.13/1990 que era la primera de l'Estat en regular la matèria.

Pel que feia a les immissions la Llei establia «un règim de dret privat» a part del Dret Públic. Era l'art. 3 (actual art. 564-14). L'article delimitava les immissions legítimes que s'havien de tolerar amb o sense compensació patrimonial. Ho feia manllevat de dos textos legals alemanys. La regulació de les immissions amb perjudicis no substancials o substancials procedia del § 906 del BGB. I la de les immissions resultants d'«instal·lacions autoritzades administrativament» procedia del parg. 14 de la Llei d'Immissions de 15-III-1974. Una Llei que ha tingut nombroses modificacions posteriors, cap de les quals, si no m'erro, no ha afectat a l'esmentat parg.14.

Tanmateix l'obra d'en Joan Egea capgira el plantejament tolerant de l'article 3 de la Llei catalana. Du les immissions a l'àmbit dels drets fonamentals, la salut, la intimitat, la inviolabilitat del domicili, i al de la defensa del medi ambient. Ho fa en un seguit d'articles sobre sentències del TC i del TEDH que el converteixen en un pioner de l'estudi de la funció protectora del Dret Privat en aquests camps.

En Joan Egea n'és l'autor intel·lectual. Els dos Estatuts, 1979 i 2006, prescindeixen de la «Legislació civil» de l'art. 149.1.8 CE. L'art. 129 EAC.2006 diu «Correspon a la Generalitat la competència exclusiva en matèria de dret civil excepte en les matèries que l'art. 149.1.3 atribueix en tot cas a l'Estat» i hi inclou el «sistema de fonts del dret civil». Trenca doncs amb el plantejament compilacionista del precedent art. 9.2 EAC.1979 «Conservació, modificació i desenvolupament del Dret civil català».

S'han de remarcar altres dues diferències amb l'art. 9.2 EC.1979. Són la inclusió de la paraula «matèria» i la supressió de l'adjectiu «català». La «matèria» significa que el Dret civil que es contempla no és la legislació o norma jurídica sinó el seu l'objecte. I la supressió de l'adjectiu «català» significa que aquest objecte és el mateix i amb la mateixa o semblant delimitació d'institucions que els Codis civils d'altres països. És la matèria descrita a l'art. 3 L.29/2002. L'art. 129 subratlla que la competència exclusiva de la Generalitat es refereix directament a aquesta matèria. En definitiva el que serà català serà la Llei o Codi reguladors, no la matèria o objecte que serà la tradicional del Dret civil. És l'afirmació de la competència civil «ex ratione materiae» que havia exclòs expressament, per «il·limitada», la STC 88/1993, d'Aragó (FJ 3.parg.3; «no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos» FJ 3.parg. 1) reproduïda per la STC 156/1993, de les Illes Balears (FJ 3. parg. 2 in fine).

Inicialment, la Jurisprudència constitucional va donar l'art. 129 per inexistent. La STC 31/2010 el va llegir en termes de l'art. 9.2 EAC.1979 interpretats segons la STC 88/1993.

S'ha de recordar que la STC 88/1993 clou el desenvolupament del Dret Civil dintre de les respectives Compilacions (d'acord amb la «singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar», FJ 3 parg.3). Ho fa imposant dues limitacions a la funció legislativa, ambdues sense cobertura en la CE. La primera és en les institucions a regular. Hi estableix la regla del «desenvolupament» del Dret per la «connexió de les institucions» noves amb les ja regulades en les Compilacions (FJ 3.pargs.2,4). És una regla proposada pel President de les Corts d'Aragó en les seves alegacions acollint la «doctrina científica que ha interpretado el sentido de la expresión constitucional 'conservación, modificación y desarrollo'» (Ant.5.a.3) in fine). Amb la connexió de les institucions («conexas con las ya reguladas en la Compilación», «indiscutible conexión», «no puede tacharse de inconexa» FJ 3 pargs.2,4) la funció legislativa queda vinculada a les Compilacions vigents el 1978. La segona limitació és en l'exercici de la competència legislativa. La STC 88/1993 hi formula la directriu del «crecimiento orgánico» de Dret (FJ 3.parg.1) d'acord amb «los principios informadores peculiares del Derecho Foral» (FJ 3.parg.2). Són dues limitacions que la pràctica le-

gislativa catalana havia desconegut en la L.10/1998 d'Unions Estables de Parella (com ho palesa el seu modèlic Preàmbul).

En canvi la STC 4/2014 sí que ha estat sensible a l'art. 129 EAC si interpretem així les frases críptiques del FJ 4.e de què, en relació a la legislació estatal, «es un supuesto de coextensión de la competencia y la materia in toto», «cuando las competencias concurren con las autonómicas sobre el mismo espacio físico o un mismo objeto jurídico».

La recent STC 132/2019 de 13-XI (FJ.3 parg.3) esmenta i fa ús de la STC 4/2014. I ve a convergir amb l'art. 129 EAC, malgrat que el punt de vista de la STC sigui l'oposat del «creixement orgànic» (FJ 3. pargs.2,4) i del desenvolupament del Dret civil per «connexió de les institucions» amb la CDCC (FFJJ 3.pargs.1,5,6 ,4.A pargs.6,8).

Seguint aquesta indicació la STC s'escarrassa en identificar els ítems, tots de la CCDC, que són el suport de la connexió, ara rebaixada amb el requisit de la «suficiència» (amb cita de la STC 95/2017 FJ 4. FFJJ 3 parg.5, 4.parg.1, A parg.11). En la matèria contractual, la referència és el Llibre Quart «De les obligacions i contractes» (FJ 4. A parg.4 parg.1). En la compravenda i la permuta (FJ 4.A pargs.1,5,6), ho és llur regulació incompleta en els arts. 321 a 329, amb la rescissió per lesió i el pacte de retro (FJ 4. A parg.5,6) i amb les localitzacions escadusseres fora del Llibre Quart (FJ 4. A parg.4). A la permuta s'hi esmenta la rúbrica del Cap.3 del Tít.1 del Lib.4 (?) i les mencions dels arts. 307,2;313,1r incloent-hi la implícita en l'art. 323,1 «alienades...valor...»).

Tanmateix els mitjans de desenvolupament del Dret Català per arribar a la L 3/2017 ja no són «los principios informadores peculiares» del Dret Català sinó els del Dret Civil «tout court». I llur presència la percep la STC 132/2019. En la «matèria civil», en la seva concreció a la contractual (FJ 3.) i en les «materias básicas civiles...» (FJ 3. A.parg.4). I, sobretot, en els «tipus contractuals» (FJ 4.A parg.10), on la fragmentació de la regulació es jutja segons les categories del Dret civil (vid la llista del FJ 4.A parg.1).

PARAULES D'AGRAÏMENT AMB MOTIU DEL PREMI PUIG SALELLAS

per

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

Acadèmic de número i censor

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

17 de desembre de 2019

Honorable Consellera de Justícia, il·lustre Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya, senyora Aleu, autoritats, companys, amics, senyores i senyors, gràcies per la vostra presència.

Rebo aquest Premi amb moltíssima il·lusió i orgull. Sentiments que neixen, d'una banda, de l'elevat prestigi que té en la comunitat jurídica catalana i, d'una altra, de poder-lo compartir amb juristes que tenen mèrits tan brillants i remarcables que difícilment puc pensar que concorren en la meva persona. Així que el primer que vull fer és expressar públicament l'agraïment més sincer al Col·legi de Notaris de Catalunya per l'extraordinària generositat que ha tingut en concedir-me'l.

Aquest sentiment de complaença es veu incrementat pel fet que el Premi porti el nom d'un jurista de qui encara em sento deutor per tot el que vaig poder aprendre en les sessions de treball que vàrem compartir, primer al Departament de Justícia i, posteriorment, a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. A més, m'enorgulleix que fos, precisament, un dels tres acadèmics que van avalar, amb la seva signatura, la proposta del meu ingrés a l'Acadèmia.

També coincidirem en el grup de juristes que, l'any 2003, va preparar el Manifest en favor del dret civil català i de denúncia del recurs d'inconstitucionalitat que el president del Govern de l'Estat havia interposat contra la primera Llei del Codi civil. Ho esmento perquè, aleshores, vaig poder corroborar que Josep Maria PUIG SALELLAS, a més d'un gran jurista, era, per sobre de tot, una persona de fermes conviccions i compromís permanent pel país.

Dit això, vull completar aquestes paraules introductòries expressant també la satisfacció tan especial que m'ha produït el fet que la meva trajectòria acadèmica i professional hagi estat glossada pel professor Ferran BADOSA COLL, que no

només és el cap d'una escola de destacadíssims juristes, que actualment ensenyen a gairebé totes les facultats de Dret de Catalunya, sinó que amb la seva obra, el seu exemple i el seu mestratge ha influït en la forma en què molts de nosaltres ens vàrem introduir en l'estudi del dret civil. Agraïxo les seves paraules, que només puc entendre com un elogi producte de l'amistat que ens uneix des de fa més de quaranta anys. Cal, doncs, que us les prengueu amb cautela.

Em sento, per sobre de tot, professor universitari, la qual cosa no vol dir, és clar, que m'hagi desvinculat de realitzar tasques d'assessorament jurídic, ni de servir la cosa pública des d'altres àmbits institucionals. M'he dedicat a aquesta professió amb tot l'enteniment i la intensitat que he pogut, però, com deia, no estic segur que hagi reeixit al nivell que demana un premi de tanta reputació com aquest, sobretot si el terme de comparació ve representat per la trajectòria dels altres juristes que també han estat distingits abans. De tots ells, d'una manera o altra, me'n sento deutor, però em permetreu que destaqui especialment, pel que significa per a mi, la professora Encarna ROCA TRÍAS, ja que va ser sota el seu mestratge i amb el seu aixopluc que vaig iniciar la carrera acadèmica a la Universitat de Barcelona.

També vull esmentar un altre dels premiats, el professor Pau SALVADOR CODERCH, amb qui he compartit vint-i-vuit anys —que es diu aviat— a l'àrea de Dret Civil de la Universitat Pompeu Fabra i al qual, públicament, vull manifestar l'admiració i l'estima que li tinc. Treballar al seu costat és aprendre.

El premi ho és a la trajectòria, és a dir, al desenvolupament de la meva activitat com a jurista al llarg de tot aquest temps, fet que, a l'hora de preparar aquestes paraules d'agraïment, m'ha dut a remuntar-me als meus inicis com a professor ajudant de la que, aleshores, en dèiem la primera càtedra de Dret Civil a la Universitat de Barcelona; i encara més enllà, a l'any 1971, quan em vaig matricular a la Facultat de Dret. Fins aleshores, ni jo ni la meva família no havíem tingut cap mena de contacte amb el món dels juristes, si deixo de banda, és clar, que la família de la meva mare havien estat parcera del «cortijo» d'un advocat, a Níjar, que, per cert, era a prop d'un altre, el «Cortijo del Fraile», on, com havia sentit explicar al meu avi, l'any 1928 van tenir lloc els tràgics esdeveniments que inspirarien *Bodas de sangre*, una de les obres més conegudes de Federico GARCÍA LORCA i un retrat molt fidel de l'Andalusia de l'època.

Vagi per endavant la dificultat que suposa evocar les pròpies vivències i aconseguir seleccionar allò que sigui més expressiu de la idea que vull transmetre sense caure, d'una banda, en una exposició de sentiments personals, que sempre és complicat de donar a conèixer, i, d'una altra, sense incórrer, tampoc, en un mer recorregut cronològic. Tractaré de no fer res d'això, però sí que vull començar al·ludint a la meva provinença.

Com deia, fins que no vaig entrar a la facultat, el meu contacte amb el món del dret havia estat inexistent. De fet, em vaig matricular a Dret com podia haver-ho fet a Medicina, on també m'havia preinscrit per realitzar les proves d'ad-

missió que, aleshores, eren específiques per a cada estudi i de les quals, sortosament per a la medicina i espero que no malauradament per al dret, a darrera hora vaig desistir.

Per ser completament sincer, haig de reconèixer que l'única cosa que tenia clara era que l'accés a formació universitària constituïa la principal estructura col·lectiva que tenen les societats contemporànies per garantir la igualtat d'oportunitats.

Així ho van entendre també els meus pares, permetent que això es fes realitat. Ha estat, precisament, gràcies a aquella decisió familiar i també, per què no dir-ho, a les beques, tot i que minses, que em va concedir el Ministeri de Treball per cursar la carrera, que avui em trobo aquí, rebent aquest premi i, també, vull destacar-ho especialment, que hagi tingut l'honor de presidir una de les més altes institucions de l'autogovern de Catalunya, a la qual després em referiré.

Per posar-ho molt breument en context, els meus avis materns van abandonar Almeria, l'any 1930, i es van traslladar a Olesa, on van entrar a treballar a les fàbriques de tints i acabats; i la família del meu pare, amb ell al capdavant amb tan sols disset anys, va deixar també Almeria per anar a viure a Sant Esteve Sesrovires i treballar a les caves del senyor Canals, l'any 1941. Ho esmento com a públic reconeixement que el seu sacrifici va possibilitar que em dedicués a l'apassionant món del dret i perquè una bona manera de valorar aquell esforç és fer-los públicament participants del Premi. La mort, enguany, del meu pare justifica, a més, que tingui un record molt especial per a ell i que ho valori encara més.

Aquell complet desconeixement del «món de les lleis», com deien a casa, no va ser cap obstacle perquè m'hi sentís atret molt aviat, sobretot pel dret civil, degut precisament a l'interès que em va suscitar la naturalitat i la claredat de les classes que impartia el professor FRANCISCO FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO. Qualitats que —tampoc no vull deixar de dir-ho— encara es feien més evidents per la gran cordialitat de tracte amb què ens acabà encomanant la seva visió pragmàtica del dret civil.

Tot això es va produir, us ho haig de confessar, un cop superada la decepció inicial que em va ocasionar el fet que el primer curs del pla d'estudis d'aleshores tan sols inclogués assignatures formatives com el Dret Romà, el Dret Natural, el Dret Polític i la Història del Dret, ja que considerava que tenien poc a veure amb allò que m'imaginava que em trobaria a la facultat, ja el primer dia: el dret viu, el que nodreix la societat d'un conjunt de normes que promouen la justícia i el benestar social, el que orienta les conductes dels ciutadans i que resol o, si més no, pacífica, els conflictes que es puguin plantejar entre els individus.

Vull destacar també que tot això coincidí amb una època en què les vagues i protestes contra el règim, i la reacció de les autoritats governatives (sovint sota la capa d'acadèmiques) tancant les facultats, constituïen el nostre pa de cada dia, mentre que la normalitat era l'excepció.

Aquella mateixa atracció l'he sentit tot aquest temps i per això la recerca, la docència i l'aplicació del dret no han estat cap càrrega per a mi, ni tampoc una mera professió, sinó una vocació i, alhora, un compromís personal, compartit, per sort, amb molts i molts companys, en tots els llocs on he estat.

En la meua vida acadèmica, m'he dedicat, amb tot el convenciment i amb moltíssimes ganes, a la docència i a la recerca del dret civil, des de fa gairebé tres dècades a la Universitat Pompeu Fabra i abans a la de Barcelona, on em vaig llicenciar i doctorar i on vaig viure també esdeveniments d'enorme transcendència, no només des d'un punt de vista personal, sinó també generacional.

Així, acabada la llicenciatura, encoratjat per la professora Encarna ROCA, vaig entrar, com a ajudant, a la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona, on em vaig formar com a recercador i on vaig coincidir amb altres joves professors que ens sentíem guiats per l'ideal d'un ordenament civil català complet i sistematitzat. Compartíem un objectiu comú, que era proveir el nostre dret civil d'una base sòlida sobre la qual poder edificar un ordenament capdavanter que, pel seu caràcter exemplar i modèlic, assolís cotes tan altes d'excel·lència que pogués arribar a ser imitat per d'altres del nostre entorn, com sortosament així ha estat.

Els inicis no van ser fàcils. Per tractar d'aconseguir-ho, vàrem haver d'endinsar-nos en el mètode històric, tal com ha referit el professor Ferran BADOSA, a qui, juntament amb el professor Josep M. FONT RIUS, vàrem considerar els referents a seguir en aquesta tècnica de treball. Enteníem que aprofundir en les arrels de la tradició jurídica catalana era la manera més sòlida de tornar a bastir aquella imponent estructura que, en èpoques no gaire llunyanes, havia estat el dret civil català. Això vol dir que, per tal de poder descobrir el veritable significat de les institucions civils i el seu funcionament en cada època concreta i amb una formació històrica més aviat feble, ens vàrem haver de submergir —per dir-ho gràficament— en l'estudi de les fonts del nostre dret històric i dels autors clàssics. Crèiem, i així ha estat, que això ens facilitaria l'adaptació del dret català als nous temps.

Cap ocasió millor que aquesta per fer també partícips del Premi a tots els companys que van prendre part en l'execució d'aquell compromís. Em permeto esmentar-ne dos que ja no són entre nosaltres. En primer lloc, la professora Anna CASANOVAS MUSSONS, amb qui, des que ens vàrem incorporar com a ajudants de les respectives càtedres de dret civil, vaig compartir, en la talaia que era la segona planta de la torre de seminaris de la Facultat de Dret, les alegries i els neguits propis de la vertiginosa evolució que patia la Universitat en aquella etapa de la transició democràtica. Allà discutíem sobre els dubtes que, com a professors novells, sovint ens plantejaven les classes i també sumàvem esforços per a la confecció de cadascuna de les prop de 200 lliçons del temari que preparàvem i que encara tinc guardades a casa en un armari.

L'altre és el professor d'Història del Dret Josep Maria GAY ESCODA, jurista de ment privilegiada i intel·ligència fora del comú, que ens va deixar sent encara

molt jove, ja fa vint-i-cinc anys. Tot i el temps transcorregut, vull fer públic el meu agraïment per tots els bons consells i l'ajut que sempre em va donar i, alhora, per retre-li també un emocionat record d'amic. Amb ell vaig publicar a la *Revista Jurídica de Catalunya*, enguany ha fet quaranta anys, el meu primer treball «Eficàcia de les normes a la tradició jurídica catalana des de la Baixa Edat Mitjana fins al Decret de Nova Planta», que fou guardonat per l'Institut d'Estudis Catalans i que va constituir el meu bateig, per dir-ho així, en l'aprenentatge i l'aplicació del mètode històric.

Som deutors dels nostres mestres, però també dels companys i dels amics que, com el Josep Maria i l'Anna, van ser capaços de compartir els seus coneixements.

Us haureu adonat que aquella impressió, inicialment decebedora, que, com us he dit, em va causar el primer curs de llicenciatura no va deixar cap petjada negativa en el centre d'interès de la meva recerca. Ans al contrari, els quatre primers articles que vaig publicar versen, precisament, sobre dret civil català històric. Igualment, la tesi doctoral sobre *L'estructura i naturalesa dels heretaments en el dret civil de Catalunya*, com acaba d'explicar el professor BADOSA, pren també la tradició jurídica catalana com a base per a la reformulació de la teoria de la successió contractual.

Parlant de tradició jurídica, no vull deixar passar l'oportunitat que em dona aquesta tribuna i la seu on ens trobem per posar en valor el paper transcendental que, des de sempre, el notariat català ha tingut en la configuració del nostre dret civil. Això, de fet, ha estat una constant històrica, que ja s'evidencià amb tota intensitat a la Compilació de 1960, obra eminentment de notaris, amb Ramon Maria ROCA SASTRE com a màxim exponent. I, pel que fa a èpoques més pretèrites, jo mateix vaig tenir l'oportunitat de deixar constància d'aquesta influència amb ocasió de la publicació d'un treball que vaig realitzar en col·laboració amb qui, aleshores, era professor de Dret Civil de la UB i avui magistrat a Girona, Joan MARSAL GUILLAMET, sobre *L'aportació dels notaris a la ciència jurídica catalana (segles IX a XIX)*, publicat per la Fundació Noguera, dins les Actes del I Congrés d'Història del Notariat Català.

En aquesta obra destacàvem la transcendència que, ja des de l'Alta Edat Mitjana, la funció notarial ha tingut en la formació i consolidació del nostre dret, i això tant en la redacció de les recopilacions de dret local —amb els Costums de Tortosa com a exemple més paradigmàtic— com també a través dels llibres sobre l'art de la notaria, tots ells tributaris de la *Summa totius artis notariae* de ROLANDÍ DEI PASSAGGERI.

L'accés a la càtedra de Dret Civil de la Universitat Pompeu Fabra, l'any 1991, va suposar entrar en el compromís il·lusionant de desenvolupar i tirar endavant la nova universitat que s'acabava de crear. Així, de sobte, em vaig veure gratament implicat en el projecte, liderat pel rector Enric ARGULLOL, de desenvolupar una universitat pública de qualitat: primer, com un professor més de la facultat i, tot

seguit, com a membre de la ponència que redactaria els Estatuts de la Universitat. Poc després assumiria el vicedeganat de la Facultat de Dret i, posteriorment, seria elegit degà per dos mandats, durant els quals em sento especialment satisfet —i per això ho vull esmentar— d’haver aconseguit tirar endavant la doble llicenciatura en Dret i Ciències Econòmiques, primer *de facto*, per la via improvisada, però efectiva, de convertir les assignatures obligatòries de cada pla d’estudis en optatives i de lliure elecció de l’altre, i, després, ja *de iure*, confegint un nou pla *ad hoc*.

Des del punt de vista estrictament acadèmic, va ser també tot un privilegi, tal com he dit al començament, poder-me incorporar a l’àrea de dret civil d’aquella nova universitat, que dirigia el professor Pau SALVADOR, i que destacava pel seu caràcter interdisciplinari i marcadament innovador, així com també per una concepció funcional del dret civil.

Això va influir en un canvi de perspectiva en la manera en què jo venia abordant l’estudi del dret civil i també en la forma d’ensenyar-lo a les aules. Va suposar entrar en una mena de realisme jurídic, que no pretenc identificar amb el corrent del pensament que va néixer als Estats Units a començament del segle passat, però em permeto emprar aquesta expressió perquè entenc que descriu bé l’abandonament del formalisme conceptual, que havia caracteritzat la meua anterior etapa a la Universitat de Barcelona, en favor d’atorgar molt més valor a la jurisprudència.

En aquella mateixa època vaig poder viure un gir, que al meu parer ha estat cabdal en el procés de desenvolupament del dret català. Em refereixo al replantejament que, l’any 1992, els nous responsables del Departament de Justícia van fer en la manera en què, fins aleshores, s’elaboraven els documents preparatoris de les noves lleis civils. Es van organitzar grups de treball especialitzats, dotats d’un perfil més institucional i, el que fou més important per al seu bon funcionament, se’ls va proveir de molts més mitjans. Quedava dibuixat així l’embrió d’allò que, poc després, constituïria l’Observatori de Dret Privat de Catalunya.

Crec que no exagero si dic que l’encert d’aquella decisió i el seu manteniment i millora en el temps és el que ha permès que puguem gaudir d’un Codi civil modern i gairebé complet, en fi, d’un dret civil que avui es troba en el seu moment més àlgid i, si ens atenim a la darrera sentència del Tribunal Constitucional sobre el llibre sisè, amb un risc menor, no m’atreveixo a dir que inexistent, de regressió competencial.

Canviant de perspectiva, al·ludiré, molt breument, a una altra circumstància que, com he dit, m’enorgulleix enormement i que ha marcat la darrera etapa de la meua carrera. Em refereixo al fet que el Parlament de Catalunya em designés, ja fa deu anys, membre del Consell de Garanties Estatutàries, en el qual, ara com a president en funcions, encara continuo servint —sobra dir-ho— amb absoluta independència i amb exclusiva submissió a l’ordenament jurídic, al servei de l’interès general i de l’autogovern de Catalunya.

Sobre això, vull començar destacant, encara que pugui semblar una obvietat, que en el Consell he descobert el valor afegit que suposa la deliberació col·legiada, la posada en comú i, sobretot, la necessitat d'arribar a acords i apropar les posicions contraposades com a pas previ a la votació de la decisió final. Ho destaco perquè és el que primer em va cridar l'atenció dels debats del Ple, ja que contrasta amb el mètode de treball que és propi de la recerca universitària.

D'altra banda, si des de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya vaig tenir el privilegi d'intervenir en la fase del naixement de les normes civils, és a dir, de redacció dels esborranys dels avantprojectes de llei, ara, la funció de control preventiu que realitza el Consell m'ha permès fer-ho en el darrer estadi d'elaboració (i no només de les normes civils, sinó també de molts altres àmbits del dret). Aquesta, per cert, és una funció que s'apropa molt a la de la jurisdicció constitucional, amb la notable diferència, és clar, que les nostres decisions no tenen caràcter vinculant, sinó que aquest s'ha de guanyar a través de la qualitat de les argumentacions que sustenten els nostres dictàmens.

Val a dir, també, que l'estada en el Consell m'ha fet tocar de peus a terra sobre les moltes limitacions que encotillen gairebé totes les competències de la Generalitat i que no sempre estan constitucionalment justificades.

Dic això perquè he pogut viure, de primera mà, com la funció de garantia de l'autogovern de Catalunya, a què abans em referia, està resultant, sobretot en els darrers anys, cada cop més complicada, ja que, molt sovint topem amb la realitat d'una legislació estatal recentralitzadora i invasora de competències. Aquesta circumstància, a més, s'agreuja pel fet que bona part de les disposicions estatals són aprovades mitjançant legislació d'urgència, és a dir, de decrets llei, amb la consegüent afectació de la seguretat jurídica que això implica i la preterició del debat parlamentari o, el que és el mateix, de la representació política i el menysteniment de la qualitat democràtica.

A això anterior s'ha d'afegir que el cercle restrictiu es tanca amb la impugnació per l'Estat, m'atreviria a dir que gairebé d'ofici, de bona part de les lleis catalanes davant el Tribunal Constitucional, invocant sempre l'efecte suspensiu i confiant que aquest avalarà la dita visió recentralitzadora.

No cal dir que aquesta actitud tensa, encara més, el conflicte polític que tenim plantejat en lloc de fer allò que, al meu parer, seria el més procedent com és potenciar la capacitat efectiva de la Constitució, modificant-la en allò que escaigui, per poder seguir aprofundint en la solució dels problemes de construcció democràtica i també d'encaix territorial. Aquesta és una tasca que ens correspon a tots: a cadascú individualment i des del lloc que ocupa però, sobretot, a les institucions polítiques que ens representen.

Vaig acabant. I ho vull fer amb un to menys seriós i formal, al·ludint a una obra que es pot considerar menor, ja que està guiada per l'objectiu modest de facilitar l'accés al dret civil català i, també, a una síntesi de la interpretació més

rellevant que d'aquest en fan els tribunals, però de la que els autors ens sentim especialment orgullosos, atesa l'acceptació que ha tingut entre els operadors jurídics i a les aules de les facultats de Dret. Em refereixo al llibre *Codi civil de Catalunya i legislació complementària*, que va veure la llum, per primera vegada, ja fa 33 anys, i del que portem setze edicions. Estic convençut que aquesta bona acollida no deriva únicament de les abundants, i cada cop més extenses, concordances i notes jurisprudencials que il·lustren cada article, sinó que hi col·labora també el fet que compendia i dona l'aparença física d'un Codi a les diverses lleis que han anat aprovant cadascun dels llibres que l'integren. Tot i que pugui resultar sobrer, per sabut, no em vull estar de recordar que aquest no és un mèrit personal, sinó compartit amb el professor Josep FERRER RIBA, la capacitat analítica del qual és sobradament coneguda de tots vosaltres i del que vull destacar també una envejable disposició pel treball, que es caracteritza per la minuciositat, la pulcritud i la perfecció. La professora Esther FARNÓS, que s'ha incorporat a les dues darreres edicions, és el nou pilar sobre el qual l'obra ha de continuar creixent, encara més, en qualitat.

Ara sí que acabo. I ho faig agraint novament la concessió d'aquesta distinció tan honrosa i destacant, també, que cap de les tasques que he desenvolupat i que avui, molt generosament, es premien haurien pogut reeixir per la mera individualitat, sense el treball col·lectiu.

Moltes i moltes gràcies.

LAUDATIO DE ALEGRÍA BORRÁS
PREMIO A LA EXCELENCIA EN EL JURISTA
Fundación de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación de España

por
ENCARNA ROCA TRIAS
Académica de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislación de Catalunya
Madrid, 12 de febrero de 2020

Sr. Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

Sr. Presidente del Tribunal Constitucional,

Sr. Presidente de la Fundación,

Queridos compañeros académicos,

Autoridades,

Señoras y señores:

No recuerdo desde cuándo conozco a la Dra. Alegría Borrás. Y el olvido del inicio de nuestra verdadera amistad, de aquellas que duran y perduran no es porque haga ya mucho tiempo, que también, es por nuestras afinidades personales y académicas; nuestras vivencias familiares y nuestras aventuras en la Facultad, en épocas que ya suenan muy pasadas, o por esos aeropuertos italianos en épocas sin móvil, que obligaban a aguzar el ingenio. Por eso debo decir que no recuerdo desde cuándo la conozco: siempre hemos estado ahí. Porque es tan profunda nuestra amistad, una amistad de aquellas que no requiere comunicación constante y que parece que ha durado toda la vida. Existe y se sabe que existe y no se requiere más.

Una semblanza correctamente académica debe comenzar por el principio: Alegría Borrás Rodríguez nació en Barcelona, un año antes que yo. Su padre era abogado y su madre, D^a Rosario, profesora de piano, soriana, castellana vieja. Acabaron viviendo en una espléndida casa en la antigua Villa de Gracia, casa con jardín, árboles, pájaros, algunos rosales. En esta casa sigue viviendo con su marido, José M^a Vallverdú, pero de allí ya han salido hace tiempo sus hijos, Alberto

y Luis que, sin embargo, siguen yendo allí con los nietos que, a pesar de estar ya crecidos, siguen visitando a sus abuelos cuando es necesario o les apetece. Allí he pasado yo también algunos momentos extraordinarios con mi hijo. Tiempos ya un poco lejanos, aunque siempre presentes.

Siempre he pensado que las vivencias personales, aunque sean muy muy decisivas en las relaciones entre los que formamos este conjunto de seres pensantes que recibe el nombre de humanidad, no son lo más importante en actos como este, aunque guíen a la encargada de hacer esta *laudatio* y estén agazapadas en lo que se dice. Pero no es mi estilo, ni creo que le gustara a Alegría. No puedo entrar a hablar de nuestras confianzas cuando hacíamos oposiciones o en relación a nuestros colegas y a nuestros afectos personales. No es por eso que hoy damos este premio a D^a Alegría Borrás. Si habláramos solo de este aspecto, demostraría que Alegría es una persona humana, muy humana, pero aunque deberían darse premios a esto, el que hoy entregamos no tiene esta finalidad: en definitiva recibe el nombre de Premio a la excelencia del jurista. Vamos, pues, al grano.

Alegría Borrás, la Dra. Borrás como se la conoce en Barcelona, en nuestra Facultad, ha tenido diversos tipos de actividades, que ha desarrollado de forma muy excelente y muy relevante. En la Facultad de Derecho de la UAB y en la de la UB, así como en Córdoba (no había AVE entonces) ha sido Catedrática de Derecho Internacional privado. En la UAB y en la UB, ha ocupado cargos de gobierno, que compartimos en la UB en el equipo de los decanos Córdoba Roda y Fernández de Villavicencio (épocas gloriosas en muchos sentidos). Ha sido Directora del Departamento de Derecho y Economía internacionales de la UB y ha participado muy activamente en la implantación del programa ERASMUS, en el que la Universidad de Barcelona participó activamente en su creación.

Pero hoy quiero referirme a tres aspectos concretos de su CV, que han marcado a la vez hitos en la evolución del Derecho Internacional privado tanto en España, como fuera de España donde D^a Alegría ha desarrollado su principal actividad. Por cierto, entre paréntesis, no me has contado nunca el porqué de tu dedicación al Derecho Internacional privado. Da igual: me voy a referir a las cuestiones de Derecho interregional; a las tareas relativas a la codificación del Derecho internacional privado, con tu participación activa y constante en la Conferencia de la Haya y, finalmente, el papel que has jugado en el ámbito de Derecho de familia europeo, especialmente con el Convenio y los Reglamentos conocidos como Bruselas II, que es como se conocen los que regulan los aspectos de las relaciones familiares. Al hablar de estos tres aspectos, no quiero que Uds. vayan a pensar que son los únicos en su actividad; hay muchos más. Pero lo siento, debo resumir tu CV, lo que no resulta en absoluto fácil. Y pienso que estos son los tres hitos básicos en los que se ha manifestado tu ciencia y tu excelente quehacer jurídico.

I. EL DERECHO INTERREGIONAL

Desde que entró en vigor el Código civil, en 1889, con la conservación de los denominados «Derechos civiles forales o especiales» consecuencia del art. 5 de la Ley de Bases de 1888, la cuestión de la determinación de la aplicación de las reglas de uno u otro Derecho surge de forma dramática. Ya fue objeto de discusión en el Senado español la primera redacción del art. 15 CC, que finalmente quedó redactado en los términos conocidos por todos hasta que la reforma del TP dio la forma al actual Derecho interregional.

En un trabajo reciente que la Dra. Borrás ha presentado en un seminario en Santiago de Compostela, vuelve a insistir sobre este tema y nos dice que el 50% de los ordenamientos jurídicos son plurilegislativos en mayor o menor medida. Y no son tan exóticos, añado yo, porque entre ellos se encuentra USA. Alegría entiende que el Derecho internacional privado se encuentra en los conflictos internos. Y junto a la expresión de esta realidad, ignorada muchas veces por los viejos prejuicios que imaginan al Derecho civil de una forma rígidamente unitaria, al socaire del sistema alemán, Alegría Borrás aboga por una legislación autónoma de las reglas relativas a los conflictos internos, que salga del texto del Código civil, pero que sobre todo, modernice los puntos de conexión. Y a eso voy:

El punto de conexión que sirve en la actualidad para determinar la ley personal aplicable cuando estamos en presencia de más de un ordenamiento jurídico con capacidad para regular la relación jurídica de que se trate es la «vecindad civil». Invento del legislador de 1889. Que no es un sistema seguro, porque nadie sabe lo que es; todos se olvidan de hacer las correspondientes declaraciones para mantener o adquirir una vecindad concreta, etc., etc. D^a Alegría aboga por el cambio de la vecindad civil como punto de conexión por la residencia habitual. ¿Veré yo y verás tú, Alegría, en vigor esta ley de derecho interregional, materia sobre la que el Estado tiene competencia exclusiva? La tradicional «pereza» del legislador interno en relación al ámbito del Derecho civil, como si fuera la cenicienta por no interesar directamente a nadie, porque no da votos ¿debe seguir soportándola una sociedad que clama por los criterios de seguridad en la aplicación de la ley?

Aparte de numerosas publicaciones sobre este tema en revistas de prestigio internacional y del tema del segundo curso que D^a Alegría impartió en la *Académie de Droit International* de la Haya en 2005, que es casi como un premio por el prestigio que significa ser invitado a dar un curso en tan prestigiosa institución, aunque da mucho trabajo, esta actividad, la enseñanza del Derecho interregional, permitió una colaboración más estrecha en el ámbito académico entre Alegría y yo, en el curso optativo que sobre Derecho interregional impartíamos en la Facultad de Derecho de la UB. No teníamos muchos alumnos, seguramente porque no gozábamos de la estima de nuestros estudiantes, pero creo que sentamos unas ba-

ses importantes, ya que es posible que alguno de ellos se diera cuenta de que nos encontramos en un Estado plurilegislativo y que ello tiene unas consecuencias.

II. LA CODIFICACIÓN INTERNACIONAL. LA HAYA

La larga lista de cargos académicos que ha ostentado D^a Alegría Borrás desde que en 1987 se la nombra representante de España en la *Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado* es impresionante. Pero, ¿a qué se dedica esta institución? ¿Para qué sirve un entramado tan complejo, siendo así que su estatuto no se aprueba hasta octubre de 1951, aunque existe desde 1893? Debe tenerse en cuenta que los ordenamientos jurídicos de todos y cada uno de los países que existen requiere un organismo que se ocupe de establecer una reglas comunes y aceptadas por dichos países, para resolver los problemas de armonización de las diferentes legislaciones. La aplicación de los convenios, entonces, debe ser controlada en este caso, por la Conferencia, que en palabras de D^a Alegría, han pasado de ser de «una fábrica de convenios» a una «niñera de convenios».

Alegría Borrás ha sido un importante personaje en este tipo de actividad en la Conferencia de La Haya. Ha tomado parte muy activa en Convenios relativos a adopción internacional y sustracción de menores; ha sido co-relatora del Convenio sobre alimentos y... mucho más que no les cuento. Toda esta actividad ha producido que haya sido homenajeada en 2016 «por su dilatada presencia y participación en la Conferencia».

Esta actividad internacional en el ámbito del Derecho internacional privado ha llevado a que haya sido nombrada miembro de numerosas asociaciones científicas y profesionales, tanto españolas como extranjeras, como el *Institut de Droit International*; el *Groupe Européen de Droit International privé* (GEDIP), que presidió desde 2003 a 2006; la *Académie Internationale de Droit Comparé* y otras organizaciones, como la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, que si bien no está especializada en Derecho internacional privado, sí que su elección fue debida precisamente a su alta especialización en el tema. Habiendo participado activamente con una serie de comunicaciones, algunas de ellas publicadas también en revistas de prestigio. Y en esta calidad también pertenece a la Comisión de Codificación de España y a la Comisión de Codificación de Cataluña.

III. LA CODIFICACIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LA FAMILIA

Podemos distinguir dos periodos en su actividad europea: la que desarrolla como representante de España para la cooperación en el ámbito de la justicia (asuntos civiles) en la Unión Europea (1993-2007) y su labor científica y de aseso-

ramiento en los Convenios de Roma y Lugano. La labor más notable, por importante y conocida, llevada a cabo por D^a Alegría Borrás ha sido en su calidad de relatora del Convenio «Bruselas II», sobre asuntos matrimoniales y la protección de los hijos. Alegría es la encargada de redactar el Informe explicativo del mencionado Convenio, conocido con el nombre de «Informe Borrás». Más adelante el Convenio fue la base de los Reglamentos 1347/2000 y posteriores hasta el actualmente vigente.

La dedicación de Alegría Borrás al Derecho europeo la ha llevado a la dirección de revistas especializadas, entre ellas, la de la Revista española de Derecho Internacional; los consejos de redacción de la revista Noticias de la UE, la *Revue de l'Assemblée des Régions d'Europe*. Y la importante labor que desarrolla aun y que sea para muchos años, en la reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE en la *Revista Jurídica de Catalunya*, en la sección «Jurisprudencia comunitaria», que codirige desde 1987.

Podría seguir, porque Alegría ha publicado más de 200 trabajos en revistas de prestigio internacional en materias relativas al Derecho internacional privado y Derecho europeo. Pero creo que las palabras de Fernández Rozas en la semblanza publicada en el libro-homenaje que los colegas y el «quien es quien en el Derecho internacional» que se publicaba en aquel momento le dedicaron:

«Algo consustancial en la personalidad de la homenajeadada en este libro es trascender del limitado círculo de su Facultad y de su Universidad, para participar en los eventos propios del colectivo de profesores dedicados a las enseñanzas internacionalistas. Alegría Borrás siempre consideró muy gratificante que en el medio universitario floreciese un abierto espíritu de colaboración y fue consecuente con ese aserto.» Y el título de este libro es bien significativo «ENTRE BRUSELAS Y LA HAYA. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. *Liber Amicorum* Alegría Borrás.»

He llegado al final de esta *laudatio*, que se ha quedado corta respecto a lo que ha sido y es Alegría Borrás en el ámbito de los científicos que se dedican al Derecho internacional privado. Al principio he dicho que Alegría y yo nos profesamos una profunda amistad, no tan corriente en el mundo de los colegas universitarios. Nos han preocupado muchas veces las mismas cosas como la calidad, la seriedad y el trabajar bien. En su ensayo sobre «La amistad», Michel de Montaigne dice «La perfecta amistad de la que hablo es indivisible: cada uno se da por completo al amigo, que no le queda nada que repartir para los demás [...] las amistades comunes pueden repartirse... Pero la amistad que posee y rige el alma con plena soberanía no puede ser doble», ya que para los griegos (Menandro) «no hay ninguna posesión más hermosa que un amigo». Con la concesión de este premio a la excelencia jurídica, la RAJL a través de su fundación, ha devenido amiga tuya.

Que sea por muchos años.

AGRADECIMIENTO EN LA ENTREGA DEL PREMIO A LA «EXCELENCIA EN EL JURISTA» DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE ESPAÑA

por

ALEGRIA BORRÁS RODRÍGUEZ

Académica de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
Madrid, 12 de febrero de 2020

Excmo. Sr. Presidente de esta Real Academia y miembros de la Junta,
Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Constitucional,
Excmo. Sr. Presidente de la Fundación Pro Academia,
Autoridades presentes en este acto,
Sres. Académicos,
Apreciada Encarna,
Queridos amigos y compañeros,
Querida familia,
Señoras y señores,

I. INTRODUCCIÓN

Quiero iniciar esta intervención agradeciendo muy sinceramente la concesión de este premio de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y promovido por la Fundación pro Real Academia, que me satisface sobremanera. Lo agradezco todavía más, viendo los que lo han recibido antes que yo. Quiero también agradecer la presencia de todos los que se encuentran aquí y la de aquellos a los que les ha sido imposible asistir, pero me han manifestado su amistad en numerosos mensajes e igualmente, a las instituciones que han expresado su adhesión a este acto. Pero quiero mencionar expresamente la presencia de una parte de miembros de mi familia a los que no veía hace mucho tiempo y por supuesto, aprecio especialmente la presencia de mis nietos y de mi nieta.

Después de la intervención de la Excma. Sra. Encarna Roca, no sé realmente qué decir. Solo puedo expresar mi agradecimiento por sus palabras, fruto, sin

duda, de una larga amistad, de más de 50 años, forjada en difíciles escenarios y enfrentándonos a problemas y situaciones no siempre fáciles. Con sus palabras me venían los recuerdos de tantas situaciones diversas, algunas difíciles, en tiempos duros en la Facultad o en algún viaje, que son realmente imborrables y recordamos con una sonrisa.

Al recibir este preciado galardón, es un momento para recordar una vida y pasar revista a cómo se ha llegado hasta aquí y realizar algunas consideraciones sobre cómo se ve el futuro del Derecho internacional privado y algunos de los problemas que aborda en estos momentos.

II. LOS INICIOS

Para ello, nada mejor que empezar por examinar porqué estudie Derecho. Estudié Derecho porque me gustaba y pesaba la tradición familiar, pues mi padre ejerció como abogado en Barcelona durante más de 50 años y cuando yo dije que iba a estudiar Derecho, solo me puso como condición que aprendiera idiomas en serio, y él no sabía a lo que me iba a dedicar y lo importante que sería en mi vida, aunque hoy creo es importante en la vida de todos y en todas las profesiones. La figura de mi padre, su honestidad y dedicación a su trabajo han sido importantes en mi forma de trabajar y, con las palabras de Encarna, me venía el recuerdo de su amor al jardín y a las flores, algo decisivo para nuestra forma de vivir. Después, en el ámbito concreto del DIPr, dos figuras me han influenciado de forma importante: son la del Prof. Míaja de la Muela, que me calificaba como su nieta intelectual, y la del Prof. Julio González Campos, que entre otras cosas, me inició en la vida internacional en la Conferencia de La Haya de DIPr. A partir de 1986 esa proyección internacional ha sido continua y ampliada.

Se preguntaba Encarna en su laudatio por qué escogí el Derecho internacional privado. Quizás es una consecuencia de mi carácter. Me gusta todo lo que sea abierto, alegre, imaginativo e, incluso, un poco aventurero. Así me gusta dibujar, leer, caminar o esquiar por el Pirineo, disfrutar del mar en Mallorca, en Porto Pedro, viajar por el mundo y... el Derecho internacional privado, porque es abierto y aventurero, requiere ser imaginativo y es muy diferente de otras disciplinas jurídicas, aunque haya que conocerlas bien para trabajar en el Derecho internacional privado, como es necesario saber nadar para disfrutar del mar o esquiar para disfrutar de la montaña. El Derecho internacional privado es una disciplina apasionante y abierta a todas las aventuras, que requiere trabajo y perseverancia. Y es ese espíritu el que me permite afrontar no sólo el Derecho internacional privado, sino también la vida misma. La fuerza de voluntad, junto a la fe en Dios y los buenos médicos, han sido y son necesarios para superar mis

males. En palabras de la Madre Teresa de Calcuta: «Cuando no puedas correr trota, cuando no puedas trotar camina, cuando no puedas caminar usa el bastón, pero nunca te detengas».

III. EL TRABAJO COTIDIANO

La exigencia profesional del Derecho internacional privado es mucho mayor en los últimos tiempos. Queda muy lejos aquella época en que un abogado o un notario se enfrentaba en toda su vida profesional a un solo caso con elementos extranjeros y se podía decir que todo el Derecho internacional privado se encontraba en 4 artículos del Código civil. Ahora todo es diferente: ¿Cuántos testamentos con elementos vinculados a otros ordenamientos de otros países autoriza un notario? ¿Cuántos problemas surgen en la sucesión de un extranjero en España? ¿Cuántos amigos o parientes casados con personas de otra nacionalidad tienen muchos de los presentes? Y tantos otros ejemplos. Y las normas aplicables a problemas de Derecho internacional privado son muchas y variadas, internas, internacionales y europeas. Así la Legislación básica de Derecho internacional privado, publicada con estimados amigos, en su 29ª edición de 2019 tiene casi 2.000 páginas y eso que es básica. Cualquier jurista enfrentado a un tema de Derecho internacional privado debe, por ello, dedicar una parte importante de su tiempo a identificar las normas aplicables al caso concreto.

Merece destacarse que cuando empecé mi vida en la Universidad, la Cátedra era de Derecho internacional público y privado, lo que me ha sido muy útil en mi actividad, en una medida que entonces yo no imaginaba, como el Derecho de los tratados, la sucesión de Estados, o la protección de los derechos humanos y, evidentemente, el Derecho de la Unión Europea, que no existía siquiera como asignatura independiente. Y, en ese sentido, debo decir que cuando me ocupé de la implantación del Programa ERASMUS en mi Facultad, una de las grandes satisfacciones de mi vida y que compartí en parte con Encarna, como antes recordaba, seguía sin existir esa materia en el plan de estudios y yo hacía que nuestros alumnos aprovecharan esa estancia siempre para estudiar esa materia en el lugar al que fueran y cuando me preguntaban por qué materia se les podría convalidar, yo les decía que era igual: lo importante era que estudiaran Derecho comunitario europeo y supieran lo que es un Reglamento o una Directiva o la función del Tribunal de Justicia, hoy, de la Unión Europea. Personalmente, en mi vida en Bruselas, en La Haya o en otros lugares he necesitado muchas veces de estos conocimientos. Me horrorizo cuando muchas personas, en cualquier medio de comunicación opinan sin conocimiento suficiente de todos estos temas.

Desde el principio me ocupé de las dos dimensiones del Derecho internacional privado, es decir la propiamente internacional y la interna, es decir, del

denominado en España Derecho interregional, participando en los trabajos de la Cátedra Durán y Bas, bajo la dirección del Prof. Francisco Fernández de Villavicencio, uno de los mejores profesores que he tenido, y traté a amigos que lo han sido para toda la vida, como es la Dra. Encarna Roca. Y no olvidemos que, en cierta forma, el origen del Derecho internacional privado se encuentra en los conflictos internos (*ut si Bononiensis...*). Aún hoy la solución de estos problemas y su posible evolución, consumen una parte de mi tiempo. Si, por ej., tratamos del régimen de bienes en el matrimonio de una soriana, por coger un ejemplo familiar (sometida al Cc en el que rige el régimen de gananciales) y un catalán (sometido a la legislación catalana donde rige el régimen de separación de bienes), ¿cómo se determina el régimen aplicable? ¿Cómo se interpreta la remisión que hace el art. 16 del Código civil a las normas contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar, es decir, a las normas de conflicto para los conflictos de carácter internacional? Y aún más, ¿debe seguir utilizándose la vecindad civil para la conexión en tales conflictos internos cuando en los casos internacionales la conexión principalmente utilizada es la residencia habitual? En fin, tema abierto del que alguna vez habrá de ocuparse en serio nuestro legislador, aunque, como Encarna Roca, dudo que veamos un nuevo Derecho interregional de esas características.

Puedo añadir que tantos años yendo a La Haya, tantas reuniones y discusiones con especialistas de Derecho internacional privado de todo el mundo me han hecho comprender las dificultades de su codificación y los diferentes problemas que comporta. Participar durante más de 30 años en esta tarea, desde las más diversas posiciones y responsabilidades, me ha dado una visión especial de esta materia y, en lo que se refiere a la plurilegislación, he presidido el denominado «Comité de cláusulas federales» desde 1990, sucediendo al norteamericano Prof. Eugene Scoles. En realidad, bajo esta denominación se esconde algo mucho más amplio, cual es el de cláusulas referentes a los Estados plurilegislativos. Y de entrada he de decir que allí es una batalla que he tenido siempre, que esas cláusulas no afectan solo a los Estados que son federales o a los Estados que son plurilegislativos, sino que debiera interesar a todos, pues desde cualquier Estado pueden verse remitidos al ordenamiento de un Estado que sea plurilegislativo. Pero es una batalla hasta ahora perdida, como otras que tengo en otras materias a las que luego me referiré. En todas ellas, no obstante, no cejo en mi esfuerzo.

En estos años representando a España en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, he tratado de temas tan diversos como las sucesiones, la adopción internacional, la protección internacional de niños y los problemas derivados de las reclamaciones internacionales de alimentos, de cuyo Convenio de 2007 fui co-relatora, la ley aplicable a los valores anotados en cuenta de los intermediarios financieros o la cuestión de la ejecución de sentencias ex-

tranjeras, además de las numerosas reuniones de Comisiones especiales para la correcta aplicación de diversos Convenios, como los convenios de cooperación judicial. Del mismo modo, en el seno de la Unión Europea subrayo especialmente mi participación en la preparación del Convenio sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de divorcio y separación y de responsabilidad parental (el llamado Bruselas II, mencionado por Encarna), del que fui relatora, encargándome de la redacción de su informe. Merece subrayarse que es el primer texto en el seno de la Unión Europea que se ocupa de una cuestión de Derecho de familia. Su importancia es clara si se examina como después se transformó en Reglamento, que, a su vez, ha sido objeto de diferentes versiones y así hoy tenemos al Reglamento 2019/1111 o Reglamento «Bruselas II *ter*» que sustituirá a los anteriores a partir de 1º de agosto de 2022. No entro en el hecho de que no se haya considerado la conveniencia de suprimir el artículo relativo a los Concordatos con la Santa Sede en el Reglamento Bruselas II *ter*, pero es un tema en que no entro hoy, aunque es una batalla que empecé en los años 90 del pasado siglo.

Puedo añadir, además, que en muchos casos se produce una interacción entre los trabajos de una y otra institución, como consecuencia de la «europeización» del Derecho internacional privado, a lo que puede añadirse el trabajo realizado por instituciones científicas de prestigio a las que pertenezco, como el *Institut de Droit international* o el Grupo Europeo de DIPr (conocido como GEDIP).

IV. EL FUTURO

Todo ello me permite abordar, aunque sea de forma muy breve, algunos de los retos y cambios que considero esenciales en estos momentos y que ahora están presentes y debe tratarse de evolucionar. Son materias en que todo jurista, y en especial, los internacional-privatistas han de esforzarse en seguir.

Sin duda alguna, la protección de los derechos humanos es un punto esencial y, en este ámbito, es fundamental la protección de los derechos del niño y, en particular, al derecho a ser oído. En efecto, la protección del niño es esencial, por ejemplo, en el Convenio de La Haya de 1980 para hacer posible su retorno al lugar de residencia habitual en caso de desplazamiento o retención ilícita. Un Convenio que ha sido y sigue siendo muy útil, pero que puede ser mejorado en relación a determinados extremos y así, por ejemplo, en el Reglamento 2019/1111 (Bruselas II *ter*) la cuestión del derecho del niño a ser oído constituye un elemento esencial de las modificaciones que se han desarrollado. Del mismo modo, la protección de los derechos del niño es elemento fundamental del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional y lo es también del

discutido texto ahora en preparación sobre maternidad subrogada y en el que trabaja Cristina González Beilfuss, un tema particularmente difícil, teniendo en cuenta la diferencia entre las posturas adoptadas por los expertos y por los diferentes Estados.

También dentro del ámbito de la protección de los derechos humanos, los derechos de la mujer ocupan un lugar esencial. Y como un inciso debo decir que mi madre, en 1927 ya escribía en Soria, en «El avisador numantino», sobre los derechos de la mujer. No olviden que, como recordaba la Dra. Roca en el acto de entrega del libro-homenaje con motivo de mi jubilación, cuando nosotras terminamos la carrera, las mujeres aún no podían ser jueces. Para el futuro, cabe desear que no haya que mencionar la condición de mujer en tantas ocasiones para el ejercicio de cualquier derecho y que la igualdad de derechos sea de la más amplia «normalidad». No olvidemos, además, que pueden plantearse temas tan diversos como, por ej., el reconocimiento de un divorcio unilateral islámico (el *talaq*).

La protección internacional de adultos vulnerables, que es el objeto del Convenio de La Haya de 2000 (y del que el pasado 13 de enero se celebró el 20º aniversario), constituye otro de los temas importantes en este ámbito. Si no ha ofrecido dudas la necesidad de adaptar nuestras normas internas a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, no ocurre lo mismo respecto a la conveniencia de ratificar el Convenio de La Haya, algo que constituye otra de mis batallas constantes. La realidad social nos muestra esta necesidad cuando un número muy considerable de alemanes o ingleses, esencialmente, se trasladan a España tras llegar a su jubilación, donde adquieren una vivienda y residen bien de forma permanente o durante la mayor parte del año y donde, en muchos casos, fallecen.

Si lo que se ha dicho constituye solo un ejemplo limitado por el tiempo de que se dispone, solo puede deducirse de ello que, en cualquier sector, la internacionalización es un elemento importante y que debe ser tomado en consideración: contratos de compraventa, de trabajo, contratos concluidos por consumidores y los problemas de protección de la parte débil, responsabilidad extracontractual, incluyendo temas tan diversos como los daños al medio ambiente, la responsabilidad intelectual o industrial o la responsabilidad en caso de accidentes de circulación por carretera son algunos ejemplos. En fin, de ahí deriva el carácter no solo necesario, sino imprescindible del Derecho internacional privado en cuanto «Derecho facilitador de las transacciones exteriores», en palabras de Francisco J. Garcimartín, pues constituye el canal de comunicación entre los ordenamientos jurídicos diversos ante situaciones vinculadas a varios de ellos. Y de ahí que los Estados tengan un papel fundamental, ya que consideraciones políticas llevarán en muchos casos a la forma en que se aborde una determinada situación y cual deba ser, por ej., la conexión a utilizar, el papel de la excepción de orden público o la intervención de leyes de policía.

V. CONCLUSIÓN

Y llego así al final de esta intervención, esperando no haberles aburrido demasiado con mis ilusiones y mis preocupaciones y que salgan de aquí pensando seriamente en lo que es el Derecho internacional privado y su necesidad. Se trata, simplemente, de algunas consideraciones en torno a mi dedicación al Derecho internacional privado, en el ámbito de la investigación, la docencia y la codificación. Ello me ha permitido un contacto permanente con los profesionales del Derecho, notarios, registradores, jueces y abogados que han considerado que podía aportar algún elemento para el caso concreto que tienen sobre la mesa o sobre el nuevo instrumento de la Unión Europea o internacional que acaba de entrar en vigor o va a entrar en vigor y no es fácil de interpretar. Para mí, ha sido muy interesante pues me ha permitido enriquecerme con su visión práctica.

Después de tantos años de dedicación completa al DIPr, el otorgamiento de este premio me llena de alegría (nunca mejor dicho) y lo recibo como un gran honor, que agradezco de todo corazón.

Muchas gracias.

Sessió ordinària virtual
de data 1 de desembre de 2020

MEMÒRIA DE LES ACTIVITATS
DE L'ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA
I LEGISLACIÓ DE CATALUNYA
CURS 2019/2020

per
FRANCESC TUSQUETS I TRIAS DE BES
Secretari de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
1 de desembre de 2020

Es presenta la Memòria de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya del curs 2019/2020, que malauradament ha estat molt afectat per la pandèmia provocada per la COVID19.

No s'ha pogut celebrar una sessió pública d'inauguració del curs, per la qual cosa presentem la Memòria en una sessió ordinària, sens perjudici de que per tal de que les activitats de l'Acadèmia tinguin una major difusió, està prevista la seva publicació a la Revista Jurídica de Catalunya.

I. SESSIONS ORDINÀRIES

Durant el curs 2019/2020, que ha estat el 180è des de la seva fundació l'any 1840, l'Acadèmia s'ha reunit en 8 sessions ordinàries i una sessió extraordinària.

Les sessions ordinàries van tenir lloc els dies 8 i 29 d'octubre, 12 i 26 de novembre de 2019, 14 i 28 de gener i 18 de febrer de 2020.

Després, com a conseqüència de la situació sanitària i de la declaració de l'estat d'alarma, van quedar suspeses totes les sessions previstes, fins que el dia 30 de juny de 2020 es va reprendre l'activitat, amb una sessió presencial a la sala de juntes del Palauet Casades de l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona.

La sessió extraordinària es va celebrar el dia 17 de desembre de 2019, amb ocasió de l'acte de lliurament del Premi Puig Salellas, en la seva XI edició, a l'acadèmic Hble. Sr. Joan Egea Fernández.

II. COMUNICACIONS

S'ha seguit el mètode habitual de treball en les sessions ordinàries, que consisteix en que un acadèmic presenta una comunicació sobre un assumpte jurídic d'interès, i a continuació s'obre un debat entre els acadèmics assistents.

Durant el curs es van presentar per part dels acadèmics, les comunicacions següents:

—El dia 29 d'octubre de 2019, el Dr. Pablo Salvador Coderch amb el títol «*La lleona de Girona: sobre el Dictamen 263/2019, de 5 de setembre, de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat*».

—El dia 12 de novembre es va presentar el llibre del senyor Eugeni Gay Montalvo «*L'advocacia de Barcelona: 200 anys de la seva història. El Col·legi, els seus advocats i juristes*». Van intervenir també els acadèmics senyors Josep Joan Pintó Ruiz i Josep-D. Guàrdia Canela.

—El dia 26 de novembre de 2019, el senyor Tomàs Giménez Duart sobre el tema: «*Problemàtica civil i fiscal dels pactes successoris*».

—El dia 14 de gener de 2020, el senyor Josep-D. Guàrdia Canela sobre «*Algunes reflexions amb ocasió del LX Aniversari del Tribunal Europeu de Drets Humans*».

—El dia 18 de febrer de 2020, el senyor Miquel Tarragona sobre: «*La tranquilidad del comprador en la fase anterior a la compra: las arras*».

—El dia 10 de març estava prevista la comunicació del senyor Lluís Jou: «*El testament de persones amb discapacitat modificada judicialment*».

El contingut de les comunicacions posa de manifest l'interès dels acadèmics, tant per assumptes de gran actualitat, com per qüestions de tradició jurídica.

La suspensió de l'activitat per la pandèmia, va impedir que es presentessin diverses comunicacions ja preparades per altres acadèmics, i que esperem es puguin presentar al llarg d'aquest curs.

Totes les comunicacions estaran disponibles al web <http://ajilc.cat> i es publicaran al corresponent volum dels Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

III. ALTRES ACTIVITATS

És important assenyalar que l'Acadèmia col·labora amb altres institucions jurídiques, i participa en el Patronat de tres Fundacions: la Fundació del Notariat de Catalunya, la Fundació Pau Casals i la Fundació Roca Sastre.

D'altra banda, coedita amb l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, la Revista Jurídica de Catalunya, fundada l'any 1895.

Cal destacar que el dia 23 de novembre, es va celebrar a Extremadura, el XXV Aniversari de la creació de la Conferència Permanent de les Acadèmies Jurídiques Iberoamericanes, amb la intervenció de l'acadèmic Josep-D. Guàrdia Canela, que va fer un resum de l'activitat dels XXV anys. Assistí també a l'acte el President senyor Lluís Jou.

Fruit del Conveni signat amb la Universitat Pompeu Fabra, s'han començat a publicar en el si del *Projecte Tradició Jurídica i medalles acadèmiques*, les biografies dels 36 juristes que donen nom a les medalles de l'Acadèmia.

En concret, durant el curs s'han publicat les biografies de Josep Pella i Forgas, Narcís de Sant Dionís, Ramon de Penyafort, Joan Pere Fontanella, Pere Albert, Miquel de Cortiada, Ramon Martí d'Eixalà i Tomás Mieres.

Al final del curs, es va publicar el volum 8 dels Annals, que recull els treballs del curs 2018/2019.

Totes aquestes activitats reflecteixen la col·laboració dels acadèmics i de l'Acadèmia amb altres institucions, així com la vocació de l'Acadèmia d'obrir-se a la societat.

És evident però que l'Acadèmia, no només perquè els seus estatuts ho permeten sinó també, i molt especialment, pel prestigi i la professionalitat dels seus membres, pot ampliar les seves tasques per contribuir al progrés de la nostra legislació.

IV. DISTINCIONS EXTRA-ACADÈMIQUES

També al llarg del curs 2019/2020, tenim la satisfacció de posar de manifest que la trajectòria professional de diversos acadèmics ha estat distingida amb premis molt rellevants, entre els que destaquem els següents:

El Dr. Joan Egea, va rebre el XI Premi Puig Salellas, que atorga el Col·legi de Notaris a tota una trajectòria jurídica. Va glossar la figura del premiat, l'acadèmic Ferran Badosa.

També el Dr. Egea, va ser rebut com a membre numerari de la Secció de Filosofia i Ciències Socials de l'Institut d'Estudis Catalans, amb un discurs amb el títol «*Commemoració i mort consecutiva: distinció sense diferència?*»

La Dra. Alegría Borrás, va ser distingida amb el prestigiós «*Premio a la excel·lència en el jurista*», que concedeix la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. La «*laudatio*» de la premiada va ser a càrrec de la Dra. Encarna Roca.

El senyor Josep-D. Guàrdia Canela, va ser nomenat President del Tribunal Constitucional d'Andorra i, d'altra banda, Vicepresident de la «*Conferencia de Academias Jurídicas Iberoamericanas*».

Rebin els tres acadèmics, un cop més, la nostra sincera felicitació.

V. NOVA ACADÈMICA

A la sessió de l'Acadèmia del dia 14 de gener de 2020, i per cobrir la vacant produïda per la defunció del Dr. Víctor Reina Bernáldez (Medalla Jaume de Vallseca), fou elegida acadèmica la Catedràtica de Dret Internacional Privat Dra. Cristina González Beilfuss, que va prendre possessió com a acadèmica electa el dia 28 de gener.

Desitgem a la nova acadèmica una llarga i profitosa vida acadèmica.

Malauradament, durant el curs 2019/2020 no s'ha llegit cap discurs d'ingrés. Esperem i confiem que en aquest curs, es puguin llegir-ne més d'un.

VI. DEFUNCIONS

Hem de lamentar la defunció durant el curs, de tres dels més estimats, antics i conspicus acadèmics, tots ells clars referents en el món jurídic de Catalunya.

El dia 6 de desembre de 2019 va morir als 93 anys, el senyor Felip Tallada d'Esteve.

El dia 27 de maig de 2020, va traspasar als 87 anys, el Dr. Lluís Puig Ferriol, i el dia 23 d'agost, als 93 anys, ens va deixar el Dr. Josep Joan Pintó Ruiz.

Descansin en pau els tres estimats companys.

A la sessió del 20 d'octubre d'aquest curs, l'acadèmic Elías Campo va llegir la necrològica del senyor Tallada.

L'Acadèmia ha encomanat la necrològica del Dr. Puig Ferriol, a la Dra. Encarna Roca i la del Dr. Pintó, al senyor Eugeni Gay.

Les corresponents sessions en memòria del Dr. Puig Ferriol i del Dr. Pintó Ruiz, atesa la rellevància de llur trajectòria, tindran lloc tan aviat com ho permetin les circumstàncies.

VII. QÜESTIONS ECONÒMIQUES

Si bé no correspon estrictament a la Memòria d'activitats tractar els aspectes econòmics de l'Acadèmia, un cop més, volem posar de manifest i destacar que cap acadèmic percep dietes ni remuneracions de cap mena per llur activitat acadèmica.

L'Acadèmia disposa d'un molt modest pressupost i rep suport material i personal de l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, que agraïm molt sincerament.

Ara bé, per tal de que pugui dur a terme llurs activitats, hauria de rebre un millor finançament.

VIII. CONCLUSIÓ

La Memòria té per objecte fer públiques les activitats que du a terme l'Acadèmia al llarg del curs, tot i que s'ha de fer de forma molt sintètica.

L'activitat acadèmica consistent en l'estudi i la investigació del dret, i el foment de la cultura jurídica ha de permetre la contribució de l'Acadèmia i dels acadèmics al progrés i millora de les nostres lleis.

Ara bé, cal que l'activitat acadèmica gaudeixi d'una major projecció, i així poder prestar millor el servei que la societat li demana; i que és conseqüent amb el prestigi que li reconeix.

Són temps líquids i difícils els que vivim, i darrerament més que mai. Del món aparentment estable que teníem hem passat a una època d'incertesa.

Sembla que ja res perduri en el temps; estem perduts i sense referents.

I ens demanen moltes renúncies, però no podem pas renunciar a pensar.

Per tot això, i en aquestes circumstàncies, la reflexió i el debat profund propi de l'Acadèmia és cada cop més necessari. Ha de continuar sent el referent que sempre ha estat.

Sessió ordinària virtual
de data 15 de desembre de 2020

PARAULES DE LLUÍS JOU I MIRABENT PER AL COMIAT COM A PRESIDENT DE L'ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ DE CATALUNYA

per
LLUÍS JOU I MIRABENT
Sessió ordinària
15 de desembre de 2020

Quatre anys, quan els tens per davant, semblen un període llarg i ple de possibilitats i d'al·licients i quan han passat, es veuen molt curts i deixen records que semblen d'ahir. Fa justament quatre anys i dos dies que vaig tenir l'amabilitat de proclamar-me president de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya en substitució del nostre benvolgut Josep Guàrdia. Llavors us vaig donar les gràcies per la confiança i avui us les he de tornar a donar.

Gràcies per la confiança i l'honor que em vaig fer en elegir-me per succeir a Josep Guàrdia, Robert Follia, Lluís Figa Faura, Josep Joan Pintó, Miquel Casals Coldecarrera, Francesc Condemines Valls i Ramon Maria Roca Sastre, per citar els presidents dels darrers cinquanta anys. Gràcies, sobretot, pel respecte, la confiança, l'estimació, la complicitat, l'ajuda i els signes d'amistat que al llarg d'aquest temps tots, sense cap excepció, m'heu demostrat.

Gràcies, en especial als companys de la Junta de Govern que m'han acompanyat: Francesc Tusquets i Joan Egea els quatre anys i Joan Còrdova, Enric Brancós, Maria Eugènia Alegret i Antoni Cumella, dos anys, dos a dos successivament. Us he de confessar que en la darrera part del mandat m'ha fet una il·lusió especial tenir a la junta un notari, una magistrada, un advocat, un professor i un registrador, tots en actiu. Ha estat una mostra de vitalitat, de renovació i de diversitat que m'ha enriquit a mi i ha enriquit l'Acadèmia. Gràcies, també, és clar, per la bona voluntat, la implicació i l'ajuda quotidiana de Mariele Violano, la persona que el Col·legi de l'Advocacia de Barcelona posa a disposició de l'Acadèmia perquè li doni suport en les tasques administratives, organitzatives i de comunicació que són imprescindibles per realitzar la nostra tasca. I gràcies, finalment, a Eugeni Gay, director de la Revista Jurídica de Catalunya, la capçalera de la qual compartim amb el Col·legi, per haver-nos ofert sempre les seves pàgines per a difondre la nostra activitat i per

haver-nos convidat generosament a participar en els actes més rellevants organitzats per la Revista i haver-nos tingut al cas de les decisions més importants.

Però també vull demanar perdó per no haver destinat més temps a complir amb el càrrec, per haver hagut d'excusar la meua assistència a actes protocol·laris on podia haver-vos representat, per no haver estat més diligent en proposar una reforma d'estatuts que sembla necessària per adaptar-los a la realitat actual, per no haver lluitat més per trobar un sistema de finançament més autònom i eficaç i també, és clar, perdó per si en alguna de les meves actuacions o omissions us he molestat o decebut.

Voldria destacar, d'aquests quatre anys, dos fets històrics del nostre país, entre excepcionals i extravagants, que si ens han afectat a tots com a ciutadans, també han afectat, com no podia ser d'altra manera, l'activitat de l'Acadèmia.

Em refereixo, és clar, d'una banda al que s'ha anomenat «el procés» i a la pandèmia de la Covid 19. El Procés ha estat una mena de revolta institucional, les causes profundes de la qual venen de lluny i que els governs de Catalunya i de l'Estat no han estat gens a l'alçada per a superar-les; i la pandèmia de la Covid 19 una epidèmia que ha trastocat l'economia mundial i la gran majoria de relacions socials. Les dues circumstàncies han afectat la nostra activitat. Ni a l'octubre del disset i del dinou era raonable plantejar un inici de curs normal atesos els fets que vivíem, amb fortes tensions institucionals, ni a l'octubre del vint era prudent organitzar cap acte solemne ateses les restriccions a què obligava la pandèmia. Així doncs, de quatre cursos que he iniciat, només un, el divuit/dinou, ha estat un curs normal.

Vull dedicar, però, la part més sentida de les meves paraules de comiat a destacar la renovació que s'ha produït a l'Acadèmia aquests anys. En el fons, l'Acadèmia som les dones i els homes que la integrem, que ens elegim per cooptació en un exercici conscient i mesurat en el que valorem, amb respecte, els candidats i candidates a les nostres medalles com a reconeixement d'unes trajectòries professionals que valorem al marge d'ideologies i d'òrgens, atenent només a la vàlua jurídica i a l'arrelament al territori.

En aquest sentit vull recordar els nou acadèmics, vuit de número i un d'honorari, que m'ha tocat acomiadar:

Víctor Reina Bernáldez, catedràtic de dret eclesiàstic, que va morir el 3 de desembre de 2017 a l'edat de 85 anys. Elegit acadèmic el 1984 havia estat titular de la medalla Jaume de Vallseca. La necrològica reglamentària la va llegir Joan Josep López Burniol el dia 12 de juny de 2018.

Josep Maria Font Rius, catedràtic d'història del dret, titular de la medalla Jaume Callís, va morir el 5 d'abril de 2018 als 102 anys i va llegir la necrològica Josep Enric Rebés i Solé el dia 18 de març de 2019.

Agustí Bassols i Parés, doctor en dret i conseller de justícia i de governació de la Generalitat entre 1982 i 1994, titular de la medalla Coll i Rodès, va morir el

25 d'abril de 2018 als 93 anys i va llegir la necrologia Núria de Gispert el dia 29 de gener de 2019.

Francisco Soto Nieto, magistrat expresident de l'Audiència de Girona entre 1973 i 1985, titular honorífic de la medalla Josep Ramon, va morir a Madrid el 25 d'agost de 2019, a l'edat de 93 anys i en va llegir la necrològica Maria Eugènia Alegret el dia 10 de novembre de 2020.

Felip Tallada de Esteve, advocat i exalcalde de Tortosa, titular de la medalla Benvingut Oliver, va morir el 6 de desembre de 2019 als 95 anys i va llegir la necrològica Elías Campo Villegas a la sessió de 10 de novembre de 2020.

Lluís Puig Ferriol, catedràtic de dret civil i magistrat del TSJC, titular de la medalla Pella i Forgas, va morir el 23 de maig de 2020 a l'edat de 88 anys. La necrològica està encarregada a Encarna Roca Trias.

Joan Josep Pintó Ruiz, advocat, antic president de l'Acadèmia i exdegà del Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, titular de la medalla Duran i Bas, va morir el 23 d'agost de 2020 a l'edat de 93 anys. La necrològica està encarregada a Eugeni Gay Moltalvo.

Joan Còrdova Roda, catedràtic de dret penal i advocat, titular de la medalla Joan de Socarrats va morir el 21 de novembre de 2020 a l'edat de 86 anys. La necrològica està encarregada a Agustín Luna Serrano.

Alegria Borràs Rodríguez, catedràtica de Dret internacional privat, titular de la medalla Borrell i Soler, ens va deixar ahir mateix, 14 de desembre de 2020.

A tots nou el meu record emocionat i el meu reconeixement sincer. El meu record afectuós i reconeixement sincer, també, a NÚRIA TRULLEN PARDO, que va morir als 71 anys el dia 20 de juliol de 2019. Va ser durant molts anys el suport tècnic de l'Acadèmia amb la que va col·laborar fins i tot jubilada. En recordarem sempre l'elegància, l'eficiència i la magnífica disposició amb tots nosaltres.

I si acomiadar els acadèmics és sempre trist i deixa un buit personal, intel·lectual i emotiu, elegir-ne de nous ofereix la doble satisfacció de renovar la corporació, reconèixer la trajectòria de juristes rellevants i, sovint, descobrir personalitats riques en experiències i matisos.

En aquests quatre anys hem elegit els cinc acadèmics següents:

Joaquim Tornos i Mas, catedràtic de dret administratiu, elegit el 29 de maig de 2018.

Antonio Recio Cordova, magistrat i president de la sala primera de l'Audiència Provincial de Barcelona, el 26 de març de 2019.

Pilar Fernández Bozal, advocada de l'estat i exconsellera de Justícia de la Generalitat, el 2 de juliol de 2019.

Cristina González Beilfuss, professora de dret internacional privat, el 14 de gener de 2020.

Tomàs Font Llovet, catedràtic de dret administratiu i antic president de la Comissió Jurídica Assessora, el dia 1 de desembre de 2020, que justament avui pren possessió.

A tots ells gràcies per haver acceptat de formar part de la nostra corporació i, sobretot, ànim per treballar i llegir el discurs d'ingrés.

Perquè precisament la manca de discursos d'ingrés és la part més negativa d'aquests quatre anys. Només Joaquim Tornos i Antoni Cumella l'han llegit, i a hores d'ara encara estan pendents de fer-ho fins a deu acadèmics, encara que Tomàs Gimenez Duart ja el té presentat, i Antonio Recio ja ha anunciat que el pot lliurar a finals d'aquest curs i que versarà sobre la responsabilitat dels hereus pels deutes del causant.

La manca de lectura de discursos d'ingrés causa un gran perjudici a la nostra institució perquè d'una banda, en minimitza l'aportació de coneixement a la comunitat jurídica i de l'altra perquè impedeix que els acadèmics més joves assumixin les tasques de govern i els discursos de representació, sigui de semblança biogràfica en el comiat dels companys que moren, sigui de resposta als discursos dels companys que passen a ser numeraris. Em dol no haver estat més insistent o més incisiu en aquest punt perquè el balanç dels meus quatre anys és, si es mira així, profundament negatiu: contra set acadèmics de número que ens han deixat, només dos acadèmics han assolit aquesta condició. Us demano a tots tenacitat i responsabilitat.

Per acabar, unes poques paraules sobre la tasca feta: La principal, la continuïtat de les nostres sessions amb la presentació de comunicacions sobre temes diversos. Llevat d'aquest any 2020, mantenim el ritme de les quinze sessions per curs i gairebé sempre hem tingut comunicació. També hem procurat donar més continguts al nostre web, bolcant-hi els annals i tants discursos d'ingrés com hem pogut recuperar i iniciant, en col·laboració amb la UPF i el Departament de Justícia, les biografies dels 36 juristes antics i moderns que donen nom a les medalles acadèmiques que ostentem. Finalment, una referència ineludible a la nostra participació a la Conferència d'Acadèmies Jurídiques Iberoamericanes, a la comissió permanent de la qual ens representa amb dignitat en Josep Guàrdia i amb la qual hem pogut participar tant en el congrés de Madrid de novembre de 2018 com en la commemoració dels 25 anys, celebrada a Càceres i Badajoz el novembre de 2019. Crec que la nostra Acadèmia ha estat en ambdues ocasions de les més ben representades.

M'hauria de referir, també, a la nostra participació en el Consell Interacadèmic de Catalunya i a les tres fundacions de que formem part, però les memòries de cada curs ja en donen la notícia pertinent.

Acabo. No és naturalment, un comiat. Ens trobarem a cada sessió i procuraré dur una comunicació cada curs. Passo el testimoni a Francesc Tusquets que sé que actuarà amb il·lusió i ganas. Francesc, molta sort i força ànim.

PARAULES D'ACCEPTACIÓ DE LA PRESIDÈNCIA

per
FRANCESC TUSQUETS I TRIAS DE BES
15 de desembre de 2020

I. Volia que les meves primeres paraules fossin per donar les gràcies a tots els acadèmics, però la trista notícia de que la Dra. Alegría Borrás ens ha deixat sobtadament aquesta nit, m'obliga en primer lloc a tenir un emotiu record per a ella, que fou professora meva de Dret Internacional Privat a la Facultat, i a expressar el meu condol al seu marit, fills i nets.

I ara sí, agraeixo molt sincerament a tots els acadèmics per el gran honor que m'heu conferit i que accepto molt honrat, en elegir-me President d'aquesta Acadèmia; sens dubte un dels màxims referents en el món jurídic català.

I no dono les gràcies per simple cortesia, sinó commogut per un profund i veritable sentiment.

M'agradaria personalitzar el meu agraïment en tres acadèmics:

El President Guàrdia, el primer president que vaig tenir quan vaig ingressar a l'Acadèmia, que em va acollir amb gran afecte i que m'ha animat a presentar la meva candidatura a la presidència.

El President Jou, amb el que he col·laborat estretament al llarg de set anys. Tres sent ell Secretari i jo Vicesecretari; i quatre ell com a President i jo Secretari. I que m'ha proposat per substituir-lo.

I el meu mestre universitari, el professor Rafael Jiménez de Parga, a qui mai agrairé prou el seu magisteri i que avui —com en tots els moments importants de la meva vida professional—, ha volgut estar al meu costat.

No voldria amagar, però, que al sentiment de satisfacció per haver estat elegit President i de preocupació per la responsabilitat assumida, haig d'afegir la profunda emoció per ocupar el mateix càrrec que van ostentar el meu besavi Joan de Déu Trias i Giró (1901-1903) i el meu avi Josep M. Trias de Bes (1960-1965).

Perquè jo vaig sentir parlar de l'Acadèmia essent un nen, quan en una conversa familiar vaig constatar la gran alegria del meu avi per haver estat elegit president. Mai hagués pogut imaginar que arribaria un dia en què jo també ho seria.

Certament, impressiona llegir el llistat de Presidents de la nostra Acadèmia, alguns dels quals donen nom a les nostres medalles acadèmiques, com Guillelme de Brocà, Pella i Forgas, Martí d'Eixalà, Vives i Cebrià, etc...

Des de la restauració de l'Acadèmia l'any 1954, han estat presidents: Borrell i Soler, Ventosa i Calvell, Trias de Bes, Roca-Sastre, Condomines, Casals Coldecarrera, Pintó, Figa Faura, Guàrdia, Follía i Jou.

Tots ells sense excepció personatges molt rellevants en el món jurídic català.

Guàrdia, de Dret Processal, i Casals i Pintó de Dret Civil, van ser professors meus a la Facultat.

Casals i Pintó, a més degans del meu Col·legi professional, i Pintó, juntament amb Elías Campo, el meu padrí en l'acte de la meva investidura com a acadèmic numerari.

És per tant, lògic que m'impressioni assumir la presidència. Serà molt difícil intentar estar a l'alçada dels meus predecessors. Però podeu estar segurs que m'esforçaré per arribar-hi.

Tinc, però, la tranquil·litat de que la direcció de la nostra Corporació correspon a la Junta de Govern, que tindrà el gran honor de presidir. I tenim una Junta de Govern excepcional, integrada per:

M^a Eugènia Alegret, vicepresidenta.

Joan Egea, censor.

Antoni Cumella, tresorer.

Joaquim Tornos, secretari.

II. També vull correspondre a la confiança rebuda, treballant amb molta il·lusió i dedicació per a l'Acadèmia.

Hem d'intentar millorar el seu finançament.

Hem de procurar que les activitats acadèmiques siguin més conegudes i per tant les hem d'obrir més a la societat.

I aquestes tasques cal fer-les entre tots els acadèmics, inclosos naturalment els 10 acadèmics electes.

Tots ells, juristes de primera fila, persones cultes i intel·ligents.

Per això em permeto demanar-los que enllesteixin llurs discursos d'ingrés per tal de que puguin gaudir de la plenitud de drets dels acadèmics numeraris, i així participar de forma activa en totes les nostres activitats.

III. Finalment, voldria reflexionar amb tots vosaltres, companys acadèmics.

L'Acadèmia té 180 anys d'història.

Durant aquest llarg període de temps hi ha hagut guerres, pandèmies i dictadures. Però l'Acadèmia ha sobreviscut.

Sense canvis significatius, ha sabut adaptar-se, però hem de trobar, entre tots, el paper que actualment li pertoca.

La composició plural de l'Acadèmia (advocats, notaris, professors, jutges i registradors) ens ajudarà: són perspectives diferents però amb una finalitat comuna.

Són temps difícils, però l'Acadèmia ha de seguir treballant en l'estudi i la investigació del dret i la col·laboració en la reforma legislativa.

No oblidem que el dret desplega les seves normes i efectes influït pel conjunt de manifestacions intel·lectuals i de pensament.

Vam aprendre d'HERING que, com a juristes hem d'estudiar i cercar sense cessar el veritable camí, enderrocant tots els obstacles que s'oposin i impedeixin avançar.

Com ja vaig tenir ocasió de comentar al meu discurs d'ingrés a l'Acadèmia l'any 2012, hi ha actualment una tendència a exagerar la importància de l'aspecte econòmic de totes les coses.

I els darrers anys, la tendència ha anat creixent.

La productivitat i l'utilitarisme impregnen el món actual, i l'interès exclusivament econòmic va en contra de l'humanisme, la lliure investigació i el pensament crític.

D'altra banda, constatem dia rere dia que el diàleg està desapareixent de les nostres vides, substituït per una confrontació agressiva.

Front a l'excessiva economicitat i manca de diàleg dels nostres temps, la reflexió i el debat profund, respectuós i seré propi de l'Acadèmia, són més necessaris que mai; cosa que, malauradament, els poders públics semblen ignorar.

Cal seguir el veritable camí civilitzadament endavant i continuar sent el referent del món jurídic català, pel prestigi que indubtablement té l'Acadèmia en si mateixa i pel que tenen els acadèmics que la componen.

I permeteu-me que finalitzi la meva intervenció tot dient que aquest vespre trucaré a la meva mare, per explicar-li que, en una situació probablement sense precedents, és des d'avui, filla, neta i mare de presidents de la nostra Acadèmia.

Gràcies, moltes gràcies a tots, companys de l'Acadèmia.

La Sentencia del *Procés*
en su valoración desde
el prisma de la culpabilidad

Juan Córdoba Roda (a títol pòstum)

LA SENTENCIA DEL PROCÉS EN SU VALORACIÓN DESDE EL PRISMA DE LA CULPABILIDAD

por
JUAN CÓRDOBA RODA

Abogado

*Catedrático de Derecho Penal, miembro de la Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya*

RESUMEN: *Desde la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 14 oct. 2019, han tenido lugar una pluralidad de manifestaciones sobre los elementos que integran la sentencia. Nuestro propósito no es el de insistir en ello, sino el de valorar la sentencia desde el prisma de la culpabilidad, por tratarse posiblemente del mejor indicativo para valorar la resolución judicial.*

Palabras clave: *Requisito de la culpabilidad, no hay pena sin culpa, delito por convicción, ausencia aspecto material culpa, inexistencia de culpa.*

ABSTRACT: *Since the publication of judgment of the Supreme Court, Second Chamber, criminal proceeding of October 14, 2019, a number of statements on the elements that make up the sentence have taken place. Our intention is not to insist on it, but to assess the sentence from the prism of guilt, possibly the best indicative to assess the court's decision.*

Keywords: *Requirement of guilt, no punishment without fault, crime by conviction, no-fault existence.*

SUMARIO

- I. *Observaciones previas y generales*
- II. *La noción de culpabilidad*
- III. *El aspecto material de la culpabilidad*
- IV. *Análisis particularizado de las declaraciones de los acusados*
- V. *Valoración de los hechos expuestos. La cuestión de la existencia de culpabilidad*

I. OBSERVACIONES PREVIAS Y GENERALES

El objeto del presente trabajo será efectuar una valoración de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 14 oct. 2019, desde el punto de vista de la culpabilidad; es decir, determinar si dicha sentencia cumple la exigencia de culpabilidad propia de todo delito.

La condena por la comisión de un delito requiere sustancialmente la concurrencia de una acción, de que dicha acción sea antijurídica y finalmente que sea culpable. Estos tres requisitos deben concurrir imprescindiblemente según el derecho penal español y cualquier otro derecho perteneciente a nuestro ámbito jurídico. De darse una acción antijurídica, pero sin culpabilidad, no podrá condenarse al acusado. Además, la observancia en la realidad social de esta exigencia de culpabilidad resulta significativa para valorar el correspondiente ordenamiento jurídico. El cumplimiento del principio de que *no hay pena sin culpa*, representa así una exigencia imprescindible en todo derecho penal.

Seguidamente nos proponemos efectuar y determinar un examen del valor de la culpabilidad, y a continuación a través de un estudio concreto y particularizado de la sentencia, analizaremos si dicha exigencia tiene realidad en la indicada sentencia.

II. LA NOCIÓN DE CULPABILIDAD

Ante todo, conviene poner en relación la exigencia de culpabilidad con la sentencia. A tal efecto, es oportuno recordar que la culpabilidad tiene además de un primer aspecto formal, un segundo aspecto material —*nullum crimen, nulla poena, sine culpa*— del que más adelante nos ocuparemos con la extensión debida.

La concepción actual de la culpabilidad se inicia a mediados del siglo XX, con la asunción por la doctrina española de la llamada concepción normativa de la culpabilidad, manifestada, de una u otra forma, en las obras de Jiménez de Asúa, Rodríguez Muñoz, Antón Oneca y Muñoz Conde, entre otros. Ello no significa, por supuesto, el que la ciencia penal anterior desconociera el requisito de la culpabilidad. Baste a tal efecto recordar que Luis Silvela, el más prestigioso tratadista español del siglo XIX, incluía la culpabilidad entre las exigencias de la noción de delito, como aparece en su obra «El Derecho Penal estudiado en sus Principios y en la legislación vigente». Silvela concibe la culpabilidad lo que en una acción libremente ejecutada hay de opuesto, de contrario a la Ley que debe regirla.

El término «culpabilidad» aparece asimismo profusamente utilizado por las leyes procesales del siglo XIX; aunque en un sentido distinto a aquel en que tal expresión es utilizada por la doctrina. Dicho término es entendido en nuestras leyes procesales como equivalente a responsabilidad.

Y la ciencia penal ha elaborado a través de numerosas publicaciones y de la jurisprudencia, la noción de culpa según el siguiente sentido. La culpa tiene un aspecto formal integrado por la imputabilidad y por el requisito del dolo, y un aspecto material, constitutivo de la propia sustancia de la culpabilidad del que de un modo extenso y particularizado nos ocuparemos en el presente trabajo.

III. EL ASPECTO MATERIAL DE LA CULPABILIDAD

La dogmática desde mediados del siglo XX ha venido elaborando dicho aspecto material. Y así ha afirmado que la culpabilidad constituye un juicio que se dirige al sujeto por la razón de que, no obstante poder *libremente* cumplir la norma, el mismo llevó a cabo una acción constitutiva de un tipo penal. La culpabilidad en su aspecto material es pues, un juicio de reproche personal cuyo presupuesto es el *poder* del sujeto de adaptar su conducta a las normas del derecho.

A esta formulación de la culpabilidad se le ha reprochado por un sector mayoritario de la doctrina el que pretender probar que el acusado efectiva y realmente tenía el poder de actuar de una forma distinta a la que hizo, representa una pretensión imposible, por no ser posible averiguar si dicho poder existió o no, al llevarse a cabo la acción antijurídica. Frente a ello, debemos alegar, en primer lugar y ante todo, que el sostener que es imposible averiguar si el sujeto podía o no, cumplir la norma, representa un prejuicio carente de un fundamento empírico y real y por lo tanto, inaceptable para resolver la cuestión jurídica planteada.

Por otro lado, tal y como antes ya hemos indicado, el examen de dicho aspecto material de la culpabilidad en relación con la sentencia objeto de nuestro trabajo, requiere un estudio particularizado. Únicamente así podrá decidirse si los delitos castigados cumplen el requisito de culpabilidad, básico para todo delito. A tal objeto, estudiaremos por orden las conductas de cada uno de los acusados, partiendo precisamente de lo que ha sido el Juicio Oral para cada uno de ellos.

Previamente a ello, recordaremos unos hechos que parecen expresados en la sentencia: «... *El Pleno del Parlament, después de que una parte de los diputados presentes abandonara la sesión, tras un debate en el que expresaron la ilegalidad de las decisiones propuestas, aprobó ambas proposiciones como las ya*

citadas Leyes 19/2017, de 6 de septiembre, del Referéndum de Autodeterminación (Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña —en adelante, DOGC— 6 de septiembre de 2017), y 20/2017, de 8 de septiembre, de Transitoriedad Jurídica y Fundacional de la república (DOGC de 8 de septiembre de 2017).

Tanto los acuerdos de la Mesa de admisión a trámite como los acuerdos del Pleno, que incluyeron el debate y votación de ambas proposiciones en el orden del día de las sesiones del 6 y del 7 de septiembre, suprimiendo los trámites esenciales del procedimiento legislativo, se declararon nulos por sendos autos del Tribunal Constitucional —núms. 123/2017 y 124/2017, 19 de septiembre—. En ambas resoluciones se declaraba la inmediata ejecutividad desde su publicación —que tuvo lugar en el BOE núm. 229, de 22 de septiembre de 2017— y se acordaba deducir testimonio al Fiscal contra la Presidenta del Parlament de Cataluña, doña Carme Forcadell y otros miembros de la Mesa, por incumplir el mandato legalmente previsto, en relación con los hechos objeto del incidente de ejecución, al permitir su admisión a trámite». (Página 32 de la sentencia).

IV. ANÁLISIS PARTICULARIZADO DE LAS DECLARACIONES DE LOS ACUSADOS

Pasemos a continuación a examinar la conducta de cada uno de los acusados en particular.

En relación a D. Oriol Junqueras, el Tribunal Supremo se pronunció literalmente según los siguientes términos:

«Al mismo tiempo, nuestras inferencias están respaldadas por la propia declaración del acusado quien, pese a hacer uso de su derecho a no contestar a las preguntas de las distintas acusaciones y limitarse a responder solo a las de su defensa, admitió la realidad de los hechos, aunque reivindicó la legitimidad de su actuación y la ausencia de cualquier responsabilidad criminal. (Página 301, último párrafo).

La respuesta del acusado Sr. Junqueras, de incuestionable legitimidad como expresión de su estrategia defensiva, no tiene la fuerza de convicción necesaria para neutralizar el valor probatorio de la declaración de los altos mandos policiales, cuyos testimonios fueron contestes en lo esencial. Y tampoco puede disimular el mensaje reiterado y conscientemente enviado a la ciudadanía: defender el referéndum, defender las urnas, resistencia y oposición a los requerimientos policiales. (Página 307, segundo párrafo).

El día 6 de octubre de 2017, el Gobierno de la Generalitat, mediante carta firmada por el Sr. Junqueras, en su condición de Vicepresidente del Gobierno, por el Sr. Turull como portavoz del ejecutivo y el Sr. Romeva como Consejero

de Asuntos Exteriores, comunicó al Parlamento autonómico el resultado del referéndum afirmando que había ganado el “SÍ” con un 90,18% de los votos emitidos». (Página 307, tercer párrafo).

En relación a *D. Raül Romeva*, el Tribunal Supremo se pronunció literalmente según los siguientes términos:

«El acusado Raül Romeva, asumió la estrategia exterior del Govern para legitimar internacionalmente el referéndum. *Era conocedor de que estaba promoviendo la creación de una legalidad paralela y que, mediante la movilización ciudadana y el apoyo internacional, se podría neutralizar la capacidad de las autoridades gubernativas y judiciales para ejercer las funciones constitucionales que les son propias. Pese a todo, el día 28 de septiembre de 2017 llegó a afirmar públicamente que “si ganaba el referéndum se declararía la independencia en 48 horas desde que se hiciese oficial el recuento”. Intentó convencer de la viabilidad de la construcción de una República catalana, relativizó las dificultades logísticas para la celebración de la consulta popular y llegó a acusar a las instituciones europeas de que perderían credibilidad si no apoyaban el referéndum. Acusó al Estado de vulnerar el Tratado de la Unión sobre el respeto a la libertad y al Estado de derecho proclamó que, pese a la aplicación del artículo 155 de la CE, la Generalitat no se echaría atrás y que si se encarcelaba a los “Jordis” serían presos políticos.* (Página 310, primer párrafo).

El Sr. Romeva reconoció su actitud de rechazo hacia el cumplimiento de las advertencias del Tribunal Constitucional, pero afirmó sentirse legitimado para ello a raíz de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de determinados preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña modificado en el año 2006 por la LO 6/2006, 19 de julio). *Se trataba —en sus propias palabras— de “...una sentencia dramática” que implicó “...el inicio de la desafección”.* (Página 312, tercer párrafo).

El Sr. Romeva cuestionó, una y otra vez, “¿...desde cuándo defender el derecho de autodeterminación es delito?”, afirmando que la libertad ideológica le ampara para su reivindicación. La Sala coincide, desde luego, en que la libertad ideológica no solo ampara, sino que también protege la reivindicación del derecho de autodeterminación. El partido político en cuya candidatura el Sr. Romeva se ha presentado en distintos procesos electorales defiende a través de sus representantes, con la más absoluta normalidad, en el Parlamento, en los medios de comunicación y, siempre que lo tienen por conveniente, la legitimidad democrática del derecho de autodeterminación. Sostener que la razón de la acusación y condena del Sr. Romeva tiene como sustrato fáctico el simple hecho de defender la autodeterminación de Cataluña, solo puede entenderse como un desahogo retórico, tan legítimo desde la perspectiva del derecho de defensa, como inaceptable en términos jurídicos». (Página 314, primer párrafo).

En relación a *Dña. Carme Forcadell*, el Tribunal Supremo se pronunció literalmente según los siguientes términos:

«Ante la consigna, “a la defensa de nuestras instituciones”, alentó, organizó y protagonizó actuaciones multitudinarias que entorpecieron la labor judicial y que generaron importantes enfrentamientos entre los ciudadanos y los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. La celebración de referéndum, pese a su expresa prohibición, y la ulterior declaración de una invariable independencia, culminaron un proceso que colmó el tipo penal previsto de la sedición, previsto en los arts. 544 y 545.1 del CP. (Página 315, primer párrafo).

El día 20 de septiembre hizo acto de presencia en la concentración ante la Consejería de Hacienda, promovida por ANC y OC, mientras se realizaban distintos registros acordados por la autoridad judicial. Y desde su cuenta de Twitter ese mismo día, acompañando una fotografía en la que se distinguía de espaldas a la acusada en una concentración, se colgó el texto: “A la porta del Departament d’Economia defensant les nostres institucions. No tenim por, l’1 d’octubre votarem!”. (Página 328, párrafo segundo).

A las 05.01h del 21 de septiembre desde su cuenta de Twitter se envió un mensaje con el siguiente texto: “Volem la llibertat immediata dels detinguts polítics. Us volem a casa, us volem amb les vostres famílies!” Y el día 1 de octubre, por la misma red, a las 14,39 horas manifestó: “Gràcies a tots els que heu fet possible aquesta jornada inoblidable malgrat la violència desmesurada de l’Estat. Moltes gràcies”». (Página 328, cuarto párrafo).

En relación a *D. Jordi Turull*, el Tribunal Supremo se pronunció literalmente según los siguientes términos:

«El acusado Sr. Turull fue uno de los conductores del acto, quien explicó el carácter vinculante del referéndum en la proclamación de la independencia, en caso de ganar el sí. (Página 334, último párrafo).

El 14 de junio de 2017, entró en el Govern como Consejero de Presidencia y portavoz. Reconoce que fue advertido y le fue notificado un requerimiento del Tribunal Constitucional —con el contenido que se ha transcrito para otros acusados— y afirmó conocer la existencia de anteriores requerimientos del Tribunal Constitucional advirtiéndolo de la prohibición de realizar conductas que, directa o indirectamente, supusieran ignorar los mandatos del Tribunal cuando ordenaba la suspensión de resoluciones o actos del Gobierno. Respecto a la notificación recibida por él y las anteriormente dirigidas a otros parlamentarios y miembros del Govern que admitió en el plenario conocer, precisó que las puso en conocimiento de los servicios jurídicos de su departamento para atender el ámbito y contenido del requerimiento. (Página 335, segundo párrafo).

Además, firmó del Decreto de convocatoria —Decreto 139/2017— que el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 7 de septiembre de 2017, suspendió en su aplicación.

Participó también en la aprobación del Decreto 140/2017, que dispuso las normas complementarias para la celebración del referéndum, al tiempo que constituyó al Govern como órgano electoral y declaró la asunción de los gastos y contratos por todo el gobierno. (Página 335, último párrafo).

El acusado Sr. Turull aduce que no suspendieron las iniciativas dispuestas para el referéndum ilegal porque realizaron una “ponderación” entre el contenido del requerimiento y el examen de la legalidad, “...lo que dice la ley, pero toda la ley”. Invocó de forma expresa la necesidad de tener en cuenta lo que había resuelto el Parlament, la despenalización de la convocatoria de referéndum en el año 2005, la idea de que “votar no era delito” y “...su compromiso con la ciudadanía”. También tuvieron en cuenta —alegó en su defensa— que el Tribunal Constitucional no había hecho uso de la facultad posibilitada por la reforma de la LO 15/2015, 16 de octubre, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho, que le habría permitido la adopción de medidas coercitivas y sancionadoras en caso de incumplimiento de sus decisiones y resoluciones (cfr. art. 92.4.a). Consecuencia de esa “ponderación”, fue la decisión de continuar con las iniciativas del referéndum. (Página 336, segundo párrafo).

En la referida comparecencia afirmó la intención del Gobierno de la Generalitat de asegurar la celebración del referéndum, “hacer todo lo posible por que los catalanes puedan votar hoy en el referéndum de autodeterminación”. (Página 337, primer párrafo).

El acusado fue especialmente activo en las redes sociales, participando a través de la red Twitter sus opiniones y mensajes de apoyo en los que animaba a la ciudadanía a mantener la calma, la serenidad y el civismo y a perseverar en la determinación independentista y que fueran a votar. El día 1 de octubre envió sendos tuits en los que expresaba que “el Gobierno pide a la gente que vaya a votar de manera cívica y pacífica”, o “han tenido que cerrar 319 colegios. Hacemos una llamada a los que no han podido votar para que vayan a uno donde se pueda”». (Página 339, segundo párrafo).

En relación a D. Josep Rull, el Tribunal Supremo se pronunció literalmente según los siguientes términos:

«Precisa que con anterioridad a su pertenencia al Govern, como representante del partido político al que pertenecía, con responsabilidades en su estructura orgánica, había firmado la hoja de ruta que, si bien inicialmente era una declaración de intenciones, constituiría la base del programa político de la coalición Junts per Catalunya y Junts pel Sí, que se presentó a las elecciones al Parlament de Cataluña defendiendo una opción independentista. (Página 341, último párrafo).

El Sr. Rull admitió la recepción de hasta seis notificaciones del Tribunal Constitucional en las que era requerido a no actuar en contra de la legalidad, en

los términos que el Tribunal había establecido respecto a las normas que habían sido suspendidas o anuladas por su colisión con la Constitución. Concretamente, es clara y precisa, en orden al contenido de lo reprochado, la notificación del 21 de febrero de 2017 en la que se le comunica personalmente el auto núm. 24/2017, dictado por el Pleno del Tribunal Constitucional con fecha 14 de febrero, en el incidente de ejecución de la sentencia del Tribunal Constitucional, contra la Resolución 306/XI del Parlament de Catalunya, de 6 de octubre de 2016, en la que fue advertido "... del deber de abstenerse de realizar cualesquiera actuaciones tendentes a dar cumplimiento a la Resolución 306/XI en los apartados anulados y de su deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa, jurídica o material, que directa o indirectamente suponga ignorar la nulidad de esos apartados de dicha Resolución, apercibiéndole de las eventuales responsabilidades, incluida penal, en las que pudieran incurrir en caso de incumplimiento de lo ordenado por este Tribunal". Las demás notificaciones eran similares en su contenido. (Página 342, segundo párrafo).

En esas declaraciones animaba a la votación masiva en el referéndum ilegalmente convocado. Página 342 último párrafo... El día 6 de septiembre de 2017, después de los sucesos acaecidos en el Parlament para la aprobación de las leyes del referéndum para la autodeterminación de Catalunya y la ley de Transitoriedad jurídica y fundacional de la República —Leyes 19 y 20 de 2017—, el Sr. Rull firmó, en un acto conjunto de todo el Govern, el decreto de convocatoria del referéndum para el 1 de octubre, Decreto 139/2017... El Tribunal Constitucional suspendió el decreto y requirió al acusado a un comportamiento ajustado a la legalidad. También participó en el Decreto 140/2017, de la misma fecha que el anterior, por el que el Gobierno se constituía en administración electoral y asumía la realización de actos y en la contratación necesaria para la realización del referéndum. (Página 343, segundo párrafo).

El acusado manifestó en el juicio que la firma del Decreto de convocatoria constituyó el acto más importante de su vida política "...con conciencia de que firmaba un decreto de convocatoria en base a una ley que acababa de ser publicada en el Boletín Oficial". El Sr. Rull, por tanto, era plenamente consciente de la inobservancia de la legalidad y de los mandatos del Tribunal Constitucional, cuyos requerimientos conocía y no observaba. Pretendió justificar su rechazo a esos mandatos por la vigencia de lo que él denominó "principio democrático", que ha de contraponerse al "principio de legalidad". En sus propias palabras, "...miles de olas de esperanza que articulan el principio democrático" justifican la conducta que se ha declarado probada. Página 343 segundo párrafo... También se amparó el Sr. Rull en el argumento de que el Tribunal Constitucional adolecía de un "déficit importante de legitimidad por falta de autoridad moral". (Página 345, segundo párrafo).

Se alega también —en línea con otros acusados— que el Parlamento español había despenalizado el delito de convocatoria ilegal de referéndum. (Página 345, último párrafo).

Respecto al segundo hecho, sin perjuicio de lo que luego afirmamos infra al valorar su irrelevancia a los efectos de integrar el delito de malversación de caudales públicos, el propio recurrente admitió en su declaración en el plenario que había puesto "...a disposición del referéndum un local de su departamento». (Página 348, segundo párrafo).

En relación a Dña. Dolors Bassa, el Tribunal Supremo se pronunció literalmente según los siguientes términos:

«Incitó a la ciudadanía al incumplimiento de las resoluciones jurisdiccionales, transmitiendo el falso mensaje de que, mediante la votación promovida por el Govern de la Generalitat, Cataluña se convertiría, una vez hecho el recuento de los votos favorables, en un Estado soberano. (Página 349, tercer párrafo).

Como Consejera adoptó dentro de su respectiva área de influencia las decisiones ejecutivas necesarias para procurar la celebración del referéndum.

Así, el día 6 de septiembre de 2017 firmó, junto con los restantes miembros del Consejo de Gobierno, el Decreto 139/2017 de convocatoria del referéndum. Lo hizo pese a que conocía sobradamente que su celebración contravenía la Constitución y el Estatuto de Autonomía. Así se lo había advertido previamente el Tribunal Constitucional, pues al igual que los restantes miembros del Govern, fue personalmente notificada... Pese a tales requerimientos, apoyó con su presencia el acto celebrado el 9 de junio de 2017 en el Pati dels Tarongers, en el que se presentó la pregunta del referéndum. (Página 351, tercer párrafo).

Desde su Consejería fueron variadas las actuaciones dirigidas a lograr la efectiva celebración de la consulta, aun a sabiendas de que judicialmente se había prohibido su celebración. (Página 351, tercer párrafo).

La acusada Sra. Bassa alentó la participación y la movilización social. Respecto de las multitudinarias movilizaciones del día 20 de septiembre, la acusada declaró en el acto del juicio oral que permaneció en la sede de la Consejería que dirigía, algunos de cuyos departamentos fueron objeto de registro. Lo que no fue óbice para que desde su cuenta de Twitter se enviara el mensaje "defendamos la democracia! Defendamos la libertad y el mandato de los catalanes. ¡Ahora hacia el departamento a trabajar como siempre! Afersssocialscat". (Página 352, penúltimo párrafo).

Con independencia del análisis pormenorizado de esta materia cuando abordemos el delito de malversación, la Consejera Bassa asumió de manera efectiva el compromiso económico del departamento que dirigía con la celebración del referéndum. Consta en la causa el correo enviado desde la cuenta de quien ocupaba a la fecha la responsabilidad de Secretario General, D. José Ginesta, a quien la propia Sra. Bassa identificó como director general de la

Consejería, que contenía el acuerdo por el que el Govern, como administración electoral, asumió directamente y de manera colegiada a través de los distintos departamentos, la contratación necesaria para garantizar la efectiva celebración del referéndum.

Como Consejera de Trabajo firmó la orden TSF/224/2017 de 29 de septiembre, por la que se fijaban los servicios esenciales para las jornadas de huelga general convocadas entre el 2 y el 13 de octubre y la posterior TSF/226/2017 de 2 de octubre que la modificó. El día 2 de octubre la Generalitat se adhirió a la huelga general convocada por “Taula per la Democracia”, a celebrar el día 3 de ese mes bajo la consigna “aturada de país” y que tenía por objeto protestar por la violencia desplegada el 1 de octubre. Ese mismo día la Sra. Bassa envió desde su cuenta un correo dirigido al Secretario General de UGT Cataluña D. Camil Ros i Duran (camil@camilros.cat) en el que le comunicaba que la administración de la Generalitat se adhería a la movilización. El acuerdo fue ratificado por el Govern en la reunión celebrada el 10 de octubre, a instancias, entre otros Consejeros, de la Sra. Bassa. En el acuerdo de adhesión a la “aturada de país” se renunció a descontar la jornada de huelga al personal al servicio de la administración de la Generalitat y del sector público, calificándose el día como recuperable». (Página 356, último párrafo y página 357, primer párrafo).

En relación a D. Joaquim Forn, el Tribunal Supremo se pronunció literalmente según los siguientes términos:

«El acusado Sr. Forn como integrante del Gobierno de la Generalitat, aprobó el Decreto 139/2017, de convocatoria del referéndum, con pleno conocimiento de la ilegalidad de la iniciativa, al haber suspendido el Pleno del Tribunal Constitucional el 7 de septiembre la aplicación de la ley 19/2017 que se pretendía desarrollar. Su inconstitucionalidad y consiguiente nulidad fueron declaradas mediante la STC122/2017 de 31 de octubre. (Página 357, penúltimo párrafo).

En los días y semanas previos a la celebración del referéndum, como varios de los acusados, D. Joaquim Forn, plenamente consciente de la ilicitud del proceso de secesión que venían impulsando, de la patente ilegalidad de la iniciativa referendaria, y de la altísima probabilidad de que se produjeran incidentes, como los que habían sucedido el día 20 de septiembre, hizo reiterados y continuos llamamientos públicos a la movilización de la ciudadanía para que acudieran a votar, para proteger los centros de votación y evitar que las fuerzas de orden público cumplieran. Lo hizo mediante entrevistas, en actos públicos y a través de las redes sociales. (Página 358, segundo párrafo).

El acusado dio órdenes al mando de los Mossos d’Esquadra para que aceptara la intervención del coacusado D. Jordi Sánchez, pese a poder saber que aquella concentración impedía que la Guardia Civil pudiera introducir

en el edificio a los detenidos —quienes debían estar presentes en el registro policial conforme dispo- nen las leyes procesales— y que pudiera atender la orden judicial con normalidad.

En el acto del juicio oral el propio acusado, si bien protestó que no había sido requerido antes del acto de aprobación de los Decretos 139 y 140 de 2017, que data en el día 6, admitió que conocía que el Tribunal Constitucional había ordenado que no se desarrollaran las leyes 19 y 20 de referéndum y transitoriedad. A modo de justificación alegó que los Magistrados del Tribunal Constitucional son de- signados por políticos e hizo la protesta de que, tras ser requerido, nada realizó en contra del requerimiento ni de lo ordenado por la Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. (Página 362, primer párrafo).

En su declaración en el acto del juicio oral el acusado Sr. Forn indicó que el Govern en el que pasó a integrarse tenía el compromiso político de apoyar la práctica de un referéndum. *A continuación pretendió en su declaración diferenciar entre su función como miembro del Govern y como Consejero cabeza administrativa de la Consejería. (Página 362, segundo párrafo).*

El acusado Sr. Forn tuvo conocimiento de la movilización tumultuaria del día 20 de septiembre. En el acto del juicio oral el acusado declaró que, aunque se le presentó una comunicación tardía a los efectos de la regulación del derecho de manifestación, autorizó su realización. Además, demostró estar al corriente de sus dimensiones cuando dirigió una orden al mando de los Mossos para que confirieran al coacusado D. Jordi Sánchez facultades mediadoras. El coacusado Sr. Sánchez declaró en el juicio oral que fue interpelado por el Sr. Forn para que interviniera como “mediador”. El propio acusado admitió que había instado al Mayor de los Mossos, Sr. Traperó, para que “hablara” con el coacusado Sr. Sánchez, atribuyéndole a este la condición de “mediador”».

En relación a D. Jordi Sánchez, el Tribunal Supremo se pronunció literalmen- te según los siguientes términos:

«En la Diada del 11 de septiembre del año 2015, con el lema “Via lliure a la República Catalana” —vía libre a la República Catalana—, el acusado D. Jordi Sánchez, en presencia del acusado Sr. Cuixart y de otros dirigentes políticos independentistas, ante una multitud de cientos de miles de ciudadanos, expresó que “Hemos decidido que nos vamos. Y lo haremos tan rápido como podamos, con la legitimidad de la calle y el mandato de las urnas”. Y en la Diada del año siguiente (2016), bajo el lema “A punt” ante cerca de 400.000 ciudadanos, el acusado reclamó determinación para poner las urnas en el 2017 y, junto al acusado D. Jordi Cuixart, hizo un llamamiento a la unidad soberanista y animó a la Presidenta del Parlament de Cataluña a mostrar desobediencia si el Tribunal Constitucional la sancionaba por permitir la votación parlamentaria que abría la puerta a convocar el referéndum unilateral.

El 11 de junio de 2017 se desarrolló una nueva concentración multitudinaria, en la que se leyó un manifiesto instando a la participación y movilización de todos los partidarios de la independencia. El acusado Sr. Cuixart aseguró que las entidades independentistas se constituían en garantes de que el referéndum que había de celebrarse fuese vinculante, porque tendría consecuencias al día siguiente de su celebración. Al mismo tiempo el acusado D. Jordi Sánchez lanzaba una advertencia al Gobierno de España, al declarar que la única forma de impedir el referéndum era llevando a cabo actos impropios, pues la voluntad de la gente era seguir adelante y no dar marcha atrás.

La Diada del 11 de septiembre de 2017, que tuvo lugar inmediatamente después de que se aprobara y suspendiera la Ley del referéndum, se convocó por estas entidades bajo el lema “Referéndum es democracia”, participando en dicha movilización el Presidente de la Generalitat, la mayoría de los Consejeros y la Presidenta del Parlament Dña. Carme Forcadell. En los discursos públicos, el Sr. Sánchez se dirigió a los manifestantes sosteniendo que se había ganado de nuevo la calle y agradeció a los políticos que no les hubieran fallado en relación con la ley del referéndum y la ley de desconexión, proclamando que solo debían obediencia al Gobierno catalán. (Página 377, primer párrafo).

El acusado sabía y así lo hizo constar en sus intervenciones y consignas que la Guardia Civil tenía la obligación legal de trasladar a los detenidos al lugar en el que se iba a practicar el registro. Era plenamente consciente de que una comisión judicial, integrada por la Letrada de la Administración de Justicia y de la que formaban parte más de una decena de Guardias Civiles, intentaba hacerse con las fuentes de prueba que habían sido requeridas por el Magistrado ordenante de las entradas y registros. Lo que motivó la actuación del Sr. Sánchez era demostrar a toda la sociedad, en pleno y acreditado concierto con los responsables gubernamentales, que los Jueces y Magistrados que ejercían su función constitucional en Cataluña, habían perdido la capacidad para ejecutar sus resoluciones. (Página 378, segundo párrafo).

Desde la llegada al lugar del acusado D. Jordi Cuixart, ambos se dirigieron en diversas ocasiones a la multitud para conducir su actuación. Así, en la tarde del día 20, el Sr. Cuixart se dirigió a los congregados, exigió la liberación de todos los detenidos y retó al Estado a acudir a incautar el material que se había preparado para el referéndum y que tenían escondido en determinados locales. El acusado D. Jordi Sánchez agradeció a los presentes —cuyo número ha sido situado por algunos testigos en torno a las 40.000 personas— que hubieran confiado en las entidades soberanistas. Recordó que estas entidades habían prometido salir a la calle a defender las instituciones cuando hiciera falta y que estaban allí. Proclamó que ese era el día y que había llegado el momento de salir a la calle para defender la dignidad, las instituciones y el

referéndum, por lo que ni Rajoy, ni el Tribunal Constitucional, ni todas las Fuerzas de Seguridad del Estado podrían pararlos. Aseguró que hacía un rato se había reunido con D. Carles Puigdemont y que el Presidente le había asegurado que habría referéndum. Terminó pidiendo que nadie se marchara a casa todavía, pues tenían una “noche larga e intensa”, y que habían de trabajar porque ellos eran el sueño de un nuevo país.

Sobre las 23.41 horas, el acusado D. Jordi Sánchez —en compañía del también acusado D. Jordi Cuixart— se subió a uno de los coches oficiales de la Guardia Civil que habían sido dañados por algunos de los manifestantes y se dirigió, una vez más, a los presentes. El Sr. Cuixart manifestó hablar en nombre de las entidades soberanistas, así como del PDeCat, ERC y la CUP-CC, proclamando que “... todos estaban alzados” para luchar por su libertad y manifestó que desde ese “altar”, en clara referencia al vehículo policial, D. Jordi Sánchez y él querían convocar a todos los asistentes a una movilización permanente en defensa de los detenidos, emplazándoles a una concentración que tendría lugar a las 12.00 horas del día siguiente, en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. El acusado volvió a dirigirse a la multitud diciendo que ni el Tribunal Constitucional, ni Rajoy, ni la Guardia Civil, ni nadie lograría impedirlo y, tras pedir a los congregados que abandonaran la movilización de ese día, les pidió que acudieran a la manifestación ante el Tribunal Superior.

En ese sentido algunas de sus palabras de ese día (“ni Rajoy, ni el Tribunal Constitucional, ni todas las fuerzas de seguridad del Estado podrían parales”) y de otras —anteriores y posteriores— son elocuentes y significativas para valorar su conducta y sus actuaciones. (Páginas 379 y 380).

En realidad, el argumento exoneratorio es tan legítimo como sofístico: “... sé que no puedo hacerlo, pero mientras no me lo digan, es como si no lo supiese”.

La Sala no tiene ninguna discrepancia con el acusado cuando argumenta que los hechos que se le imputan son perfectamente explicables porque “... tenía un mandato de la ANC para protestar democráticamente por lo que consideraba una decisión judicial injusta, no ajustada a ley”». (Página 382 último párrafo).

En relación a D. Jordi Cuixart, el Tribunal Supremo se pronunció literalmente según los siguientes términos:

«De la importancia del papel del Sr. Cuixart en el proceso de celebración de un supuesto referéndum de autodeterminación, hablan sus propias palabras. El 11 de junio de 2017 tuvo lugar una concentración multitudinaria, en la que se leyó un manifiesto instando a la participación y movilización de todos los partidarios de la independencia. El acusado D. Jordi Cuixart aseguró que las entidades independentistas se constituían en garantes de que el referéndum que había de celebrarse fuese vinculante, porque tendría consecuencias al

día siguiente de su celebración. *Al mismo tiempo el acusado D. Jordi Sánchez lanzaba una advertencia al Gobierno de España, al declarar que la única forma de impedir el referéndum era llevando a cabo actos impropios, pues la voluntad de la gente era seguir adelante y no dar marcha atrás.* (Página 386, segundo párrafo).

Siguiendo la estrategia de movilización ciudadana acordada y planificada, al conocerse que se estaba produciendo el registro, con el fin de impedir por la vía de los hechos el cumplimiento de las decisiones judiciales, el acusado Sr. Cuixart en acción conjunta con el Sr. Sánchez, convocó a la población desde primeras horas de la mañana a través de las cuentas de Twitter, tanto las de las asociaciones que presidían como de las suyas particulares, para que los ciudadanos comparecieran ante la sede de la Consejería citada. Las convocatorias no solo publicitaron que se estaba produciendo una actuación de la Guardia Civil tendente a impedir el referéndum, sino que divulgaban el lugar donde se efectuaba el registro judicial, emplazaban a la ciudadanía a defender las instituciones catalanas, exigían que la Guardia Civil pusiera en libertad a las personas que habían sido detenidas, y pedían a los catalanes que se movilizaran, alentándoles diciendo que no podrían con todos ellos o que las fuerzas del orden se habían equivocado, y que habían declarado la guerra a los que querían votar.

Consta que en la tarde del día 20, D. Jordi Cuixart se dirigió a los congregados y exigió la liberación de todos los detenidos. Pese a reivindicar el pacifismo de la movilización —que la Sala no pone en duda—, apeló también a la determinación mostrada en la guerra civil, empleando la expresión “¡no pasarán!”, y retó al Estado a acudir a incautar el material que se había preparado para el referéndum y que tenían escondido en determinados locales, acabando su alocución con las siguientes palabras; “hoy estamos decenas de miles aquí, mañana seremos centenares de miles allá donde se nos requiera... no tengáis ninguna duda de que ganaremos nuestra libertad”» (Página 387).

Tras la detallada exposición anterior deberemos dar respuesta a la cuestión central del presente trabajo, consistente en si procedía efectuar un reproche personal a los acusados, porque *podían* cumplir la norma y ello, no obstante, decidieron hacer lo contrario. Pues bien podemos afirmar, como seguidamente veremos, que los acusados no cumplieron el requisito esencial del aspecto material de la culpabilidad.

Así observamos que los acusados, conscientes de cuál es el orden constitucional y de los requerimientos del Alto Tribunal, incumplieron dicho orden y prefirieron seguir la vía de los hechos por los que han sido condenados, convencidos de que no podían hacer otra cosa. De interés resulta aquí efectuar una referencia al delito de convicción o de conciencia que ha sido tratado

como categoría jurídica desde hace ya un tiempo por la doctrina española y extranjera¹.

En otro orden de cosas, debemos observar que en la sentencia no se contiene prueba alguna referente al hecho de si los acusados podían, o no, cumplir la norma. Si se pretendía probar la existencia de culpabilidad, hubiera debido acreditarse a través de las correspondientes pruebas que los acusados *podían* efectiva y realmente cumplir la vía del orden constitucional.

Pues bien, tal prueba en modo alguno ha existido.

V. VALORACIÓN DE LOS HECHOS EXPUESTOS. LA CUESTIÓN DE LA EXISTENCIA DE CULPABILIDAD

Para la valoración de los hechos objeto de acusación procede averiguar si los acusados en el momento en el que cometieron los hechos *podían* real y efectivamente seguir el mandato constitucional de observancia de la normativa constitucional y en su virtud, cumplir los requerimientos que le dirigía el Tribunal Constitucional. En pocas palabras, la cuestión que se planteaba, era la de si cabía exigir a los acusados el cumplimiento de la normativa constitucional y el cumplimiento de los requerimientos del Tribunal Constitucional o, si, por el contrario, *no podía* exigírseles su cumplimiento.

Expuesto lo anterior debemos efectuar la siguiente precisión de dogmática penal: la cuestión planteada no es en absoluto una cuestión de antijuricidad consistente en un conflicto de deberes en relación a dos normativas distintas: la del Estado y la de la Generalitat; sino lisa y llanamente una cuestión de culpabilidad, consistente en dilucidar si los acusados *podían* adaptar su comportamiento a la normativa constitucional requerida por el Tribunal Constitucional.

Para resolver esta cuestión es necesario atender a los siguientes aspectos: En primer lugar, en derecho penal debe regir el principio de proporcionalidad entre culpa y pena.

De elevado interés, resulta aquí la Jurisprudencia siguiente: *«en este sentido, el conflicto de conciencia puede ejercer sobre la capacidad del autor de obrar de otra manera una cierta presión que los tribunales pueden tener en cuenta a los efectos de la equivalencia entre la gravedad de la culpabilidad y la de la pena a imponer, es decir, en el marco de la individualización de la pena*

¹ BAUCELLS I LLADÓS, J. «*La delincuencia por convicción*», Valencia 2000; LUZÓN PEÑA, D. «*Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción*», Barcelona 2013; JERICÓ OJER, L. «*El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*», Madrid 2007, PÉREZ DEL VALLE, «*Conciencia y Derecho Penal*», 1944. Roxin, «*Die Gewissental als Strafbefreiungsgrund*».

(cfr. En este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 1686/1998, de 4 enero 1999), dado que la disposición contenida en el artículo 21.6 Código Penal 1995, como su antecesora del art. 9.10 del Código penal, “constituye una cláusula general de individualización de la pena que permita proporcionar la pena a la culpabilidad del autor en el caso concreto” (Tribunal Supremo, Sentencia de 22 febrero 1988).

Dicha Jurisprudencia, contiene dos juicios de una gran relevancia: a) «*el que es preciso proporcionar la pena a la culpabilidad del autor en el caso concreto*»; b) «*la disposición contenida en el artículo 21.6 del Código Penal 1995, como su antecesora del artículo 9.10 del código penal que permite proporcionar la pena a la culpabilidad*».

En segundo lugar, que la totalidad de los acusados unánimemente siguieron la vía del «procés».

En tercer lugar, dicha decisión fue así tomada por la totalidad del Govern de Catalunya.

Es de tener en cuenta, que la cuestión de la autodeterminación era y es sentida como una cuestión básica por los ciudadanos con independencia del sentido del voto que pudiera llegar a emitir su decisión.

Expuesto lo anterior, se plantea la duda de si la Ley, concretamente el Código Penal, permite seguir esta vía. La respuesta debe ser afirmativa. Ante todo, por la razón examinada antes, en primer lugar, con apoyo en la Jurisprudencia anteriormente transcrita.

Es de alegar aquí la circunstancia atenuante 7.^a del art. 21 del Código Penal, a la vista de lo que seguidamente expondremos. Ciertamente, el poder actuar, o no, conforme a la norma no es un concepto absoluto sino relativo, entre los extremos de que esta posibilidad pudiera resultar confirmada, y el extremo opuesto de que existe la certeza o al menos la duda de que es incierto que el acusado pudiera real y fundadamente cumplir el ordenamiento jurídico. En el primer caso, procede afirmar la responsabilidad penal. Y en el segundo caso, procede al menos aplicar una situación de exención o de atenuación de dicha responsabilidad.

Cada acusado actuaba así en un marco en el que la totalidad del Govern de Catalunya se había ya pronunciado de modo unánime y siendo consciente de la importancia que los ciudadanos daban a dicha cuestión de la autodeterminación e independencia de Catalunya. En base a lo anterior, muy difícilmente cabría exigir a los acusados el comportamiento de seguir la normativa constitucional. Sería absolutamente infundado pretender que los acusados pudieran, sin mayores esfuerzos, cumplir la vía del orden constitucional.

En suma, el poder actuar, o no, conforme a la norma, no es un concepto absoluto sino relativo. En caso positivo, procederá afirmar sin más la responsabilidad y en caso negativo, procederá poder aplicarse una circunstancia

atenuante con mayor o menor intensidad. Y, por último, si al sujeto no le es posible cumplir la norma, procederá declararlo exento de responsabilidad penal.

Finalmente, se plantea aquí la cuestión de si lo hasta aquí expuesto tiene cabida en el texto del código penal, pues es siempre necesario justificar que las interpretaciones que puedan proponerse tengan un debido encaje en el texto de la norma penal. Un primer apoyo puede resultar del principio que nadie discute de que la pena ha de ser individualizada. Y un segundo, en la circunstancia atenuante prevista en el artículo 21.6 como muy cualificada.

