Revista Jurídica

n.º 52 • 2018

Región de Murcia

Fundación Mariano Ruiz Funes

Región de Murcia

Revista Jurídica
Región de Murcia
N.º 52 2018

Edita: Fundación Mariano-Ruiz Funes
C/. La Gloria, 25 b
Teléfono 968 22 26 66
20003 Murcia
ISSN: 0213-4799
Depósito legal: MU-329-1985
Producción: O. A. Boletín Oficial de la Región de Murcia
Primer Semestre 2018

Sumario

CRITERIOS DE CALIDAD. LATINDEX

CARACTERÍSTICAS BÁSICAS (PRERREQUISITOS PARA EVALUAR LA REVISTA)

1. Mención del cuerpo editorial: se debe mencionar la existencia de un consejo editorial, de redacción o responsable científico.
2. Contenido científico para calificar positivamente al menos el 40% de los documentos publicados en los fascículos a evaluar, estará constituido por: a) artículos originales; b) artículos técnicos: c) comunicaciones en congresos; d) cartas al director o artículos breves (artículos de revisión, estados del arte, etc.) .
3. Antigüedad mínima de un año; para ser analizada una publicación deberá haber comenzado a editarse al menos 12 meses antes del momento de hacer el análisis.
4. Identificación de los autores. Los trabajos deben estar firmados por los autores con nombre y apellidos o declaración de autor institucional.
5. Lugar de edición: Deben hacerse constar en lugar visible el lugar de edición de la revista.
6. Entidad editora: Debe hacerse constar en lugar visible la entidad o institución editora de la publicación
7. Mención del Director: en la revista deberá constar el nombre del director de la publicación.
8. Mención de la dirección de la revista: Deberá aportarse en lugar visible la dirección postal o de correo electrónico de la administración de la revista a efectos de solicitud de suscripciones, canje, etc.

PARÁMETROS RELATIVOS A LA PRESENTACIÓN DE LAS REVISTAS

9. Páginas de presentación (Cubierta/portada) : Deberán incluir título completo, ISSN, volumen, número, fecha y membrete bibliográfico.

10. Mención de periodicidad: Es condición inexcusable que la revisa exprese o mencione su periodicidad o, en su defecto, el número de fascículos que editar al año.
11. Tabla de contenido: Califica positivamente cuando existe en cada fascículo tabla de contenido, índice o sumario en los que consten los datos del título, autor y al menos página inicial.
12. Membrete bibliográfico al inicio del artículo: Califica positivamente si el membrete bibliográfico aparece al inicio de cada artículo e identifica la fuente.
13. Membrete bibliográfico en cada página: Califica positivamente si el membrete que identifica la fuente aparece en cada página de los artículos publicados.
14. Miembros del Comité Editorial o Consejo de Redacción: Califica positivamente si aparecen los nombres de los miembros del Comité Editorial o Consejo de Redacción de la Revista.
15. Afiliación institucional de los miembros del Comité editorial o Consejo de Redacción: Califica positivamente si se proporcionan los nombres de las instituciones a las que están adscritos los miembros del Comité editorial (a no confundir con el Consejo Asesor o Comité Científico, cuyos miembros también deberán ir a acompañados de sus lugares de trabajo) . No basta que se indique solo el país.
16. Afiliación de los autores: Deberá proporcionarse al menos el nombre de la institución de trabajo del autor o autores de cada artículo. Esta información podrá encontrarse tanto al principio como al final de cada artículo, así como en las "listas de colaboradores" o "información sobre los autores" que aparecen entre las primeras o entre las últimas páginas de cada fascículo.

PARÁMETROS RELATIVOS A LA GESTIÓN Y LA POLÍTICA EDITORIAL

17. Fecha de recepción y aceptación de originales: Califica positivamente solo si se indican ambas fechas.
18. ISSN: Califica positivamente la existencia de código ISSN.
19. Definición de la revista: Califica positivamente si en la revista se menciona el objetivo, cobertura temática y/o público al que va dirigida.
20. Sistemas de arbitraje: en la revista deberá constar el procedimiento empleado para la selección de los artículos a publicar.
21. Evaluadores externos: Califica positivamente si el sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos a la entidad o institución editora de la revista.
22. Autores externos: Califica positivamente si al menos el 50% de los trabajos publicados provienen de autores externos a la entidad editora de la revista. En el caso de revistas editadas por asociaciones se considerarán autores pertenecientes a la entidad editora los que formen parte de la directiva de la asociación o figuren en el equipo de la revista.

23. Apertura editorial: Califica positivamente si al menos una tercera parte del Comité editorial o Consejo de Redacción es ajena a la entidad editora de la revista.
24. Servicios de información: Califica positivamente si la revista está incluida en algún servicio de indización, resúmenes, directorios o bases de datos. Este campo califica positivamente tanto si la base de datos es mencionada por la propia revista, como si lo agrega el calificador (a partir de la búsqueda hecha para tal fin) .
25. Cumplimiento de la periodicidad: Califica positivamente si la revista edita al año el número de fascículos correspondientes con la periodicidad expresada.

PARÁMETROS RELATIVOS A LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTENIDOS

26. Contenido original: Califica positivamente si al menos el 40% de los artículos son trabajos de investigación, comunicación científica o creación originales.
27. Instrucciones a los autores: Califica positivamente si aparecen las instrucciones a los autores sobre el envío de originales y resúmenes en cada fascículo.
28. Elaboración de las referencias bibliográficas: En las instrucciones a los autores deberán indicarse las normas de elaboración de las referencias bibliográficas para calificar positivamente.
29. Exigencia de originalidad: Califica positivamente si en la presentación de la revista o en las instrucciones a los autores se menciona esta exigencia para los trabajos sometidos a publicación.
30. Resumen: Califica positivamente si todos los artículos van acompañados de un resumen en el idioma original del trabajo.
31. Resumen en dos idiomas: Califica positivamente si se incluyen resúmenes en el idioma original del trabajo y en un segundo idioma.
32. Palabras clave: Califica positivamente si se incluyen palabras clave en el idioma original del trabajo.
33. Palabras clave en dos idiomas: Califica positivamente si se incluyen palabras clave en el idioma original del artículo y en otro idioma.

RESH. Evaluación de Revistas de Ciencias Sociales y Humanidades Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas: Valoración integrada e índice de citas CSIC Ministerio de Ciencia e Innovación.

Editorial

HACIA EL 40 ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN

Es más que probable que cuando el profesor Mariano Ruiz-Funes García, allá por los años 20 del siglo pasado, colaboraba asiduamente con publicaciones como la 'Revista de Derecho Privado de Madrid', o la 'Revista Jurídica de Cataluña', soñase una publicación de similares características para su Murcia querida.

Lo que seguramente no se le pasó por la cabeza al ilustre paisano y eminente penalista es que esa revista no sólo se haría realidad, sino que sería publicada por una fundación que llevaría su nombre.

Y es que no se debe olvidar que el fin primero de la Fundación Mariano Ruiz-Funes, como queda reflejado en sus estatutos es la edición, entre otras publicaciones de carácter jurídico, de la denominada 'Revista Jurídica de la Región de Murcia'. Y así ha sido incluso en momentos en que la Fundación ha tenido una existencia menos vitalista, o incluso latente.

Dando cumplimiento a este propósito, presente desde el momento mismo de la creación de esta entidad, ve la luz el número 52 que, tras el paréntesis que supuso el anterior, centrado en buena medida, y con toda justicia, en la figura del recordado Felipe Ortega, regresa a sus contenidos habituales, dando cabida tanto a reflexiones sobre cuestiones doctrinales de plena actualidad, como a dar noticia del quehacer de la Fundación, que ha contado durante el curso 2017-2018, entre otras actividades inscritas en el ciclo 'Derecho y Sociedad', con las conferencias pronunciadas por personas de tanto prestigio y repercusión social y mediática como Miquel Roca i Junyent, abogado y uno de los llamados 'padres de la Constitución' y el juez de menores Emilio Calatayud, célebre por sus singulares sentencias.

Entre los artículos, la revista nos ofrece la oportunidad de aproximarnos a un asunto tan de nuestros días como 'El impacto de las nuevas tecnologías en los ilícitos penales: honor, intimidad y propia imagen' a través del trabajo del que es autor Mario Bonacho, que se publica con la obtención del premio 'San Raimundo de Peñafort 2016' como tarjeta de presentación.

Junto a él, los artículos de la profesora María Dolores Ortiz sobre 'Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura en Derecho Internacional Privado'; 'La regulación de las asociaciones juveniles en el ordenamiento jurídico español', del doctor en Derecho y educador social Francisco Manuel Reverte; el trabajo fin de master de Soledad Fenoll 'Tratamiento jurídico de la jurisdicción universal en España'; y 'La Agencia Europea de Fronteras y Guardacostas Frontex', que presenta el doctor en Derecho y graduado en Criminología Julián Pérez Quiles.

Pero con el cierre de la última página de este ejemplar, el equipo que dirige con criterio y rigor Pedro Salazar se apresta a disponer lo necesario para la siguiente entrega, que llegará dentro del curso en el que celebraremos el 40 aniversario de la Constitución Española de 1978.

Y será ocasión, tanto en lo que se refiere a los contenidos de la 'Revista Jurídica de la Región de Murcia', como al resto de la actividad que programa la Fundación Mariano Ruiz-

Funes, de darle a la efeméride la importancia que merece, no sólo por el hecho, suficientemente relevante, de haber regido la convivencia en España durante cuatro décadas, y servido de adecuado instrumento para pasar de un estado autoritario y centralista a uno democrático y autonómico, sino también porque su revisión está sobre la mesa del debate político, y desde el punto de vista de una Fundación que tiene entre sus planteamientos principales la aproximación del Derecho a la sociedad, hay mucho que decir cuando el objeto de discusión es la denominada Ley de leyes.

En consecuencia, con la vista puesta en ese aniversario, que ofrece mucho que celebrar, y también un gran espacio para la reflexión, damos un paso más en el camino emprendido hace más de 30 años, cuando el Colegio de Abogados, durante el mandato de Ricardo Martínez-Moya, puso en marcha esta publicación, al tiempo que avanzamos en la voluntad de hacer de la actividad de la Fundación Mariano Ruiz-Funes un espacio para la confluencia entre el mundo del Derecho y la sociedad a la que sirve.

Y lo hacemos teniendo presentes aquellas palabras de aquél sobresaliente jurista nacido a la vera de las murcianísimas Cuatro Esquinas: "El jurista ha de construir con la mirada puesta en el porvenir, pensando que el Derecho no es una forma sino una función, y ha de construir con la visión concreta siempre de un mundo mejor, y ha de pensar que el Derecho es un instrumento para la vida, pero para dignificar la vida, para elevar su tono, para mejorar la condición humana".

PEDRO RIVERA BARRACHINA

Consejero de Presidencia

y vicepresidente de la Fundación Mariano Ruiz-Funes

Doctrinal

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

Ángel Cobacho López

RESUMEN:

La reforma constitucional pertenece a esa clase de materias que, por la trascendencia que revisten en la vida de cualquier Estado democrático, ocupan un lugar preeminente entre los objetos de estudio de la doctrina constitucionalista. En la historia reciente de nuestro país, además, la reforma constituye un eje en torno al cual gira, no sólo la discusión jurídica, sino también el discurso programático y las relaciones entre las distintas fuerzas políticas.

Lo que resulta claro es que un asunto de tal relevancia debe ser abordado con suficiente profundidad y desde el necesario espíritu crítico. Un tratamiento superficial o partidista supondría una irresponsable muestra de frivolidad que repercutiría muy negativamente en una opinión pública y un debate político que presentan síntomas preocupantes de devaluación y pobreza argumental.

El presente trabajo esboza una panorámica de la reforma constitucional en España, desde su regulación constitucional hasta las reformas proyectadas para nuestra norma fundamental, tanto las que salieron adelante como las que fracasaron o aún están meramente propuestas como posibilidad de mejora o aggiornamento de nuestra Constitución.

Palabras clave: *Constitución, reforma constitucional, rigidez constitucional, partidos políticos, modelo territorial, derechos fundamentales.*

ABSTRACT:

The constitutional reform belongs to that kind of subjects that, because of the transcendence that they have in the life of any democratic State, occupy a pre-eminent place among the objects of study of the constitutionalist doctrine. In the recent history of our country, in addition, the reform constitutes an axis around which revolves, not only the legal discussion, but also the programmatic discourse and the relations between the different political forces.

What is obvious is that an issue of such relevance must be approached with sufficient depth and from the necessary critical spirit. A superficial or partisan treatment would suppose an irresponsible sample of frivolity that would repel very negatively in a public opinion and a political debate that present worrisome symptoms of devaluation and argument poverty.

This work outlines an overview of the constitutional reform in Spain, from its constitutional regulation to the reforms planned for our fundamental norm, both those that went ahead as those that failed or are still merely proposed as a possibility of improvement or aggiornamento of our Constitution.

Keywords: *Constitution, constitutional reform, constitutional rigidity, political parties, territorial model, fundamental rights.*

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

Incluso al ciudadano más políticamente indiferente le parecería, casi con certeza, que, en el elenco de las cuestiones más conflictivas en el panorama político y constitucional español, ocupa un lugar preeminente la relativa a la conveniencia o inconveniencia de proceder a la reforma de la Constitución vigente. Ocurría ya desde pocos años después de su promulgación, durante el turnismo de facto existente entre PP y PSOE como grupos mayoritarios en las Cortes; y, con más razón, ocurre tras las elecciones generales de 2016, cuando Podemos y Ciudadanos han puesto, parece que con carácter indefinido, fin a la hegemonía bipartidista de los dos partidos políticos protagonistas hasta entonces.

El principal objeto del presente trabajo es ofrecer al lector una perspectiva en una doble clave, expositiva y crítica, de una cuestión de semejante envergadura. A tal fin, realizaremos un análisis en dos planos: el jurídico, de teoría constitucional, por una parte; y, por otra, un plano de carácter más marcadamente político, en referencia al caso español, donde la reforma adquiere en no pocas ocasiones los nítidos perfiles de una pretensión partidista a la que no siempre se recurre con la sola ni principal intención de mejorar o adaptar el texto constitucional vigente en España.

Para ello nos basaremos, como es obvio, y partiendo de la propia Constitución, en estudios y trabajos ya existentes sobre la materia, así como en otras fuentes entre las que cabe destacar el Informe que el Consejo de Estado ofreció en 2006 a petición del Gobierno, entonces presidido por José Luis Rodríguez Zapatero, sobre la eventual oportunidad de iniciar, en aquel momento, un procedimiento de reforma constitucional. Pero, además, será necesario acudir a fuentes periodísticas y a hemerotecas, porque no son pocas las veces en las que es nuestra clase política, y no la doctrina oficial, la que nos da la dimensión exacta de un problema que excede lo dogmático y se adentra en el territorio del juego de las distintas fuerzas políticas que actúan en nuestro país[1].

Consideramos que es importante tratar la cuestión de la forma más integral posible para evitar interpretaciones reduccionistas que ofrezcan tan sólo una perspectiva (y una solución) técnica al problema; o que, por el contrario, se vean impregnadas de un sesgo ideológico o político en detrimento del rigor jurídico que, a nuestro juicio, debe caracterizar el abordaje de un escenario que podría dar lugar a la modificación de nuestra norma fundamental. No olvidemos que se trata de la misma norma que fue promulgada y aprobada tras no pocos esfuerzos de conciliación entre fuerzas políticas de signo diverso e incluso opuesto, y que

---

1 Excede a los objetivos de este trabajo el abordaje o la elaboración de una teoría de la norma jurídica aplicada a la reforma constitucional, si bien estimamos que establece los presupuestos necesarios para un correcto enfoque de la cuestión. A tal fin, hacemos nuestras las conclusiones de Pfersmann en Pfersmann, O., "Reformas constitucionales inconstitucionales: una perspectiva normativista", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 99, septiembre-diciembre de 2013, pp. 17-60. Quedan también fuera de nuestro propósito a la hora de tratar la reforma constitucional cuestiones generalistas sobre la naturaleza de la reforma o la relación entre poder constituyente y constituido o entre principio democrático y principio de supremacía constitucional, del que ya se han hecho eco otros autores. Por todos, *vid*. De Vega García, P., "La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la democracia", en *Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico*, Zaragoza, 2006, pp. 1-27.

intentó superar una deriva de la historia de nuestro país en la que ese movimiento pendular que, según dicen los expertos, caracteriza el devenir de los principales momentos históricos, había dado lugar, primero, a una segunda tormentosa experiencia republicana, y, acto seguido, a una guerra civil sucedidos casi cuarenta años de régimen autocrático.

Adelantamos que todo ello no debe servir, a nuestro juicio, de pretexto para defender una presunta inamovilidad del texto constitucional. Pero somos conscientes de que existe un amplio margen de maniobra entre la intangibilidad constitucional y su extremo opuesto, al que podríamos definir como el recurso a la reforma como reclamo político para fomentar el descontento y, a la postre y como se verá, cierta sensación de ajenidad respecto a la Constitución de 1978 por parte de una población que, como señaló acertadamente Vargas Llosa, presenta, ya de inicio, niveles preocupantes de desafección ante el Derecho, la Política y las instituciones democráticas propias de una democracia representativa[2].

El régimen jurídico para la reforma constitucional, prevista, como es sabido, en el Título X de nuestra Constitución, ofrece una generosa gama de posibilidades a la hora de modificar el texto constitucional, y pocas restricciones para ello, que sí son frecuentes en Constituciones de nuestro entorno geopolítico más inmediato[3]. Es un apunte cuya mención creemos necesaria, porque, a juzgar por ciertas opiniones vertidas con demasiada frecuencia en medios de comunicación, pudiera parecer que todos los procedimientos de reforma comportan suficientes obstáculos como para truncar de origen cualquier iniciativa de reforma y consolidar una perpetuación fáctica del régimen de 78 tal y como emanó del entonces poder constituyente. No es así —o no siempre, al menos— como intentaremos plasmar en este trabajo, y así lo prueban las dos reformas constitucionales que ya se han llevado a término, pero, en cualquier caso, en la práctica constitucional y política conviene aprender a aunar la posibilidad real de reforma de la Constitución con otros criterios igualmente esenciales, como su carácter de norma marco, la situación histórica en la que se promulgó, el actual contexto socio-político o

---

2 Cfr. Vargas Llosa, M., *La civilización del espectáculo*, Alfaguara, Madrid, 2012, pp. 129-156.

3 La Constitución española no recoge plazos de irreformabilidad ni cláusulas de intangibilidad, como sí ocurre con, por ejemplo, la Ley Fundamental de Bonn respecto a la forma del régimen político, o en relación a la forma de jefatura del Estado en el caso de las Constituciones italiana y francesa, y que implican el reconocimiento por el Derecho positivo de la distinción entre poder constituyente y poder de reforma de la Constitución. Sobre la teoría de los límites a la reforma constitucional, véase Aláez Corral, B., Los límites materiales de la reforma de la Constitución Española de 1978, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000. Afirma el autor que "la CE de 1978 no ha establecido límites materiales de carácter absoluto, con un ámbito personal de aplicación que incluya a todos los sujetos involucrados en la creación de normas constitucionales, pero tampoco ha prescindido de la existencia de cualesquiera límites materiales. De un lado, la actividad normativa del poder de reforma del artículo 167 CE se ve implícitamente reducida como consecuencia de la sustracción a su competencia de determinadas materias reservadas por el artículo 168 CE a un poder más agravado de reforma constitucional. De otro, el artículo 169 CE excluye completamente de forma explícita la capacidad de impulsar la normación constitucional de cualquiera de ambos poderes, bajo determinadas circunstancias" (*ibíd*., p. XXXIII). García-Atance señala que "el problema de los límites no puede considerarse zanjado [...]. Se torna precisa, ante el silencio constitucional, la indagación de los límites a la reforma del artículo 168, desde una perspectiva dogmática", y, así, aboga por la existencia de límites implícitos en el texto constitucional y no mencionados expresamente en él (cfr. García-Atance García, M., *Reforma y permanencia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 278-290).

las garantías reales de éxito de una determinada reforma constitucional, sobre todo si, como veremos, ésta ha de seguir el sistema agravado de reforma contemplado en el art. 168 CE[4].

Todo ello no obsta para que el régimen de reforma recogido en la Constitución española sea respetuoso con el principio de rigidez constitucional, acorde con el carácter supralegal del texto constitucional y con su necesaria preservación frente a las continuas posibles reformas, lo cual acabaría por propiciar un clima de inestabilidad constitucional y, por tanto, política, que podría llegar a afectar de forma indeseada a la propia identidad del Estado[5].

Rubio Llorente, al hablar de rigidez y de flexibilidad, matiza que "lo que la experiencia adquirida ha puesto sobre todo de relieve, es que la permanencia del texto constitucional no significa la inmutabilidad de su contenido normativo", y que "dentro de los límites que el tenor literal de los preceptos impone (aunque a veces violentándolo) son legisladores y jueces los que realmente determinan ese contenido normativo con un grado de libertad que está en función, como es obvio, de la apertura del texto constitucional". Queda así relativizada la trascendencia de la rigidez constitucional frente a las posibles iniciativas que pretendan reformar los textos de las Constituciones. Prosigue Rubio, y cifra en dos posibles límites para concretar la rigidez constitucional y su reticencia a los procedimientos de reforma: "el condicionamiento más intenso es el que resulta del establecimiento de límites absolutos, de la prohibición expresa, temporal o perpetua, de modificar algunos preceptos constitucionales, o más comúnmente, de prescindir de algunos principios"; y, por otra parte, habla de las limitaciones habituales, "menos rotundas, que son las que exigen que la reforma sea obra de un órgano especial, distinto del que ostenta la potestad legislativa, o que éste sólo pueda aprobarla mediante mayorías cualificadas, o que haya de reiterar su decisión, dentro de la misma legislatura, o en legislaturas sucesivas, o que en la decisión participe también directamente el pueblo, bien sea mediante la ratificación en referéndum del acuerdo ya adoptado, bien sea, con carácter previo, otorgando a las Cámaras una habilitación *ad hoc* para deliberar sobre la reforma de la Constitución"[6].

---

4 Recuerda Pérez Royo que "en España no se ha hecho uso de la reforma constitucional prácticamente nunca a lo largo de toda su historia constitucional. Es una asignatura constitucional de la que la sociedad española no se ha examinado todavía. Y se resiste a hacerlo. Y cuanto más se resista, mayor es el riesgo de descomposición de su sistema político y de su ordenamiento constitucional. No porque los problemas con los que tiene que enfrentarse la sociedad española sean inmanejables, sino porque acabarán siéndolo si no se les hace frente". En Pérez Royo, J., *La reforma constitucional inviable*, Catarata, Madrid, 2015.

5 Como afirma Garrorena, "la rigidez constitucional permite que una Constitución no abdique de la supralegalidad y tenga esa condición como elemento definitorio de su naturaleza jurídica en el campo de las fuentes del Derecho". En Garrorena Morales, Á., *Derecho Constitucional...*, cit., *Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 98-101. Sobre el particular, Pérez Royo escribió que la Constitución es "el resultado de un compromiso, de un pacto entre las distintas fuerzas sociales políticamente operativas. Y de ahí que, una vez alcanzado, no se quiera ni se pueda dejar por lo general a merced de cualquier mayoría parlamentaria que pueda producirse en el futuro, sino que se establezcan unas condiciones para introducir cambios similares a las que condujeron a la firma del pacto constituyente. En la propia idea del poder constituyente está ya implícita hasta cierto punto la idea de la reforma. Poder constituyente y poder de reforma van casi necesariamente juntos" (Pérez Royo, J., *La reforma de la Constitución*, p. 13).

6 Cfr. Rubio Llorente, F., "Rigidez y apertura en la Constitución", en AA. VV., *La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente?, Actas de las XIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 27-29.

No es quizá el momento de detenernos en un estudio prolijo de las ventajas e inconvenientes de la rigidez constitucional como concepto de la teoría básica del Derecho constitucional. Baste con recordar a los clásicos, en la persona de Bryce, que afirmaba que las constituciones rígidas están construidas

> "[...] Como un puente de hierro de ferrocarril, hecho sólidamente para resistir la más grande presión del viento o del agua que probablemente caerán sobre él. Si los materiales son sólidos y la hechura buena, el puente resiste con aparente facilidad y quizá sin mostrar signos de esfuerzo o movimiento, en tanto la presión quede dentro del límite previsto. Pero cuando este límite es rebasado, puede romperse en pedazos de repente y completamente, como sucedió al antiguo puente Tay bajo la tormenta de diciembre de 1879. El hecho de que sea muy fuerte y esté trabado estrechamente en una estructura, le permite aguantar en firma las pequeñas oscilaciones o contratiempos, pero puede agravar los muy grandes. La Constitución rígida, que ha impedido varios cambios propuestos, al igual que todo el puente se viene abajo de un golpe, puede verse derribada por una tempestad popular cuya fuerza proceda de que no se hicieron aquellos cambios entonces ni las condiciones políticas actuales permiten hacerlos ahora por medio de enmiendas"[7].

Son acertadas y nada exageradas las apreciaciones y las cautelas de Bryce, pues España ha sido escenario de fuertes tempestades históricas de carácter político[8], y podría haber ocurrido que el constituyente del 78 hubiera pecado de excesivo optimismo al adoptar una rigidez propia de países dotados de una estabilidad que en aquel momento de nuestra historia reciente sólo podía ser objeto de intuición y deseo. Mas el hecho fue que la preciada estabilidad se asentó en España durante mucho tiempo, y, en efecto, hasta la fragmentación de nuestras Cortes generales tras la entrada en la escena de la política de fuerzas minoritarias que han ter-

---

7 Bryce, J., *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 87. El autor recurre también a la metáfora y, con la finalidad de resaltar una idea similar, afirma en otro pasaje de su libro, respecto a las Constituciones rígidas de Suiza y de los Estados Unidos, que "tienden a fomentar el temperamento conservador. La nación experimenta una sensación de tranquilidad cuando se apoya en la forma firme y permanente que ha dado a su gobierno. No se alarma por las luchas partidistas en las Cámaras, toda vez que sabe con certeza que no están capacitadas para trastornar las instituciones fundamentales. De acuerdo con esto, como ha contraído una repugnancia por los cambios, rechazará a menudo las enmiendas que el Legislativo le someta", en *ibíd*., p. 99. Otro de los clásicos, esta vez patrio, ofrece una visión superadora de Bryce, más acorde con las Constituciones del siglo pasado, al afirmar que "la distinción formulada por James Bryce, entre Constituciones rígidas y flexibles, ha perdido [...] una buena parte de su significación e importancia. Hoy la práctica totalidad de las Constituciones son Constituciones rígidas. El establecimiento de un procedimiento especial de reforma para la normativa fundamental, y la consiguiente distinción a nivel formal que del mismo deriva entre la ley constitucional y la ley ordinaria, constituye una especie de axioma de la conciencia jurídica universal. Por eso, en lugar de distinguir entre Constituciones rígidas y flexibles, como en los umbrales del siglo hacía Bryce, de lo que realmente habría que hablar ahora sería de Constituciones con mayor o menor grado de rigidez" (en De Vega García, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 50).

8 Baste recordar, en un somero vistazo a nuestra historia constitucional, no ya sólo el número de textos constitucionales promulgados, sino sobre todo el hecho de que su marcado carácter ideológico los privara de la deseable estabilidad y las condenara a ser Constituciones de partido, tan efímeras como el paso por el Gobierno del grupo político que las había redactado.

minado con el bipartidismo, la tensión en este campo no ha sido alarmante, aunque no hayan faltado las propuestas de reforma. Sin embargo, las nuevas formaciones (más frecuentemente las menos conservadoras, tal y como profetizó Bryce), han planteado en sus programas electorales y a través de sus actos políticos una modificación de la Constitución no siempre en el sentido de un mero retoque parcial o incluso estético, sino incluso llegando a cuestionar, por caduco u obsoleto, el régimen nacido en 1978, o propugnando la necesidad de una reforma total de la Constitución o de alguna de sus partes esenciales, como ha sucedido (sobre todo) con la mención a la Corona como forma política del Estado español. Más adelante tendremos ocasión de tratar la cuestión.

También coincidimos con García Fernández, que matiza lo anterior en el sentido de incidir en que, visto el fracaso de la reforma constitucional de la octava legislatura —de la que también hablaremos *infra*— y la rapidez con la que se reformó la Constitución en 2011, "es obligado pensar que en España la reforma constitucional es, más que un procedimiento jurídico para asegurar la primacía del poder constituyente, una posibilidad política a la que se accede o se rechaza en virtud de la conjunción de circunstancias políticas muy coyunturales, no jurídicas, que se compendian en el acuerdo o desacuerdo de los dos principales partidos nacionales [...]. La Constitución se reforma, no por consideraciones de técnica jurídica (que evidentemente comportan una opción política innovadora) sino por consideraciones políticas ajenas al Derecho"[9]. Así ha sucedido, al menos, hasta hoy. Puede que futuros inminentes acontecimientos pongan fin a esta elusiva práctica.

Más allá de consideraciones particulares y casuísticas más o menos interesadas, coincidimos con De Cabo Martín cuando afirma que "no se trata ya de que la Constitución sea obligatoria, sino de que la naturaleza de la Constitución consiste en su pretensión de tener vigencia a partir de su «conexión con la realidad», de manera que esta conexión con lo real afecta no sólo al «ser» de la Constitución, sino a su «existencia», en cuanto sólo puede considerarse como tal Constitución en tanto se vincula e incide en la realidad no sólo en el momento en el que aparece sino de manera permanente [...]. La reforma constitucional es necesaria cuando la interpretación [...] no sea capaz de salvar la distancia entre texto constitucional y realidad, sin que, en ningún caso, la contradicción entre realidad y texto pueda entenderse como mutación, sino como exigencia de reforma constitucional"[10].

Se trata, pues, de un inestable equilibrio, dado a vaivenes según la coyuntura política y la, eventualmente, cuestionable rectitud de intención de las fuerzas políticas que componen el arco parlamentario. En posteriores epígrafes intentaremos ofrecer una panorámica de la historia de nuestra Constitución a partir de sus reformas efectivas, de sus intentos de reforma y de los proyectos de reforma que parecen previsibles a la luz de los acontecimientos más recientes.

---

9 García Fernández, J., "Reformas constitucionales posibles y reformas constitucionales imposibles. Notas previas a la reforma de la Constitución", *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, p. 302.

10 Cfr. De Cabo Martín, C., *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2015, pp. 139-141.

II. REFORMAS CONSTITUCIONALES EN ESPAÑA. LAS QUE FUERON, LA QUE PUDO HABER SIDO Y LAS QUE TAL VEZ ESTÉN POR VENIR

A. Reflexiones previas sobre la iniciativa y los procedimientos para la reforma

No es nuestra intención detenernos en exceso en ciertos aspectos técnicos sobradamente conocidos para cualquier jurista o ciudadano con conocimientos básicos sobre la configuración de la reforma constitucional llevada a cabo en la propia Constitución, pero sí consideramos oportuno recordarlos junto con algunas observaciones críticas que consideramos relevantes, por lo que más tarde se verá.

En lo que hace a la iniciativa para ponerla en marcha, la opción adoptada por el art. 166 CE, que abre el Título X, es sencilla: mediante una simple remisión al art. 87.2 CE, la Constitución establece que podrán iniciar el procedimiento de reforma constitucional los mismos agentes que poseen la capacidad para iniciar la tramitación parlamentaria de una ley ordinaria.

Si hubiera que destacar un aspecto, entre todos, que resulta controvertido en este extremo, es la negativa a habilitar a los ciudadanos para que, de forma directa, incoen una reforma constitucional mediante la iniciativa legislativa popular (regulada en sus líneas básicas en el art. 87.3 CE, y que el art. 166 CE excluye de su remisión). Coincidimos plenamente con Garrorena cuando afirma que "ello es, a todas luces, injustificado y aun sorprendente, pues introduce en nuestro sistema constitucional el absurdo de que los ciudadanos, reuniendo 500.000 firmas, puedan iniciar una ley ordinaria y, sin embargo, no puedan iniciar esta «ley de reforma constitucional» que, por definición, debía corresponder al «poder constituyente y soberano», esto es, a los propios ciudadanos, si es cierto, como dice el artículo 1.2 de la CE, que en ellos reside la soberanía" [11].

A estas acertadas apreciaciones se une otra en el mismo sentido que, cuanto menos, realza la sensación de perplejidad ante semejante restricción a la legitimación para poner en marcha un procedimiento de reforma constitucional. Sabemos que las constituciones de corte político liberal recelan, por lo general, de todas aquellas instituciones concebidas con la pretensión de ser cauces para la participación democrática directa (sobre todo, el referéndum y la iniciativa legislativa popular). La Constitución española no es en este sentido una excepción, y a las razones por las que adoptó una posición de cierto distanciamiento y cautela en la regulación de las instituciones de democracia directa, se unía el uso que de ellas se realizó durante el franquismo (en este caso, del referéndum, pero que terminó por contagiar a la iniciativa legislativa popular).

La suspicacia hacia estas vías de participación directa, en el caso de la iniciativa legislativa popular, se plasmó, sobre todo, en ciertas dificultades procedimentales de efecto disuasorio: 500.000 firmas para iniciarla, por una parte, y una relativa facilidad para ser descartada por las Cortes a través del trámite de la "toma en consideración" (art. 13.1 LO 3/1984 y art. 127 del Reglamento del Congreso de los Diputados), por otro.

---

11 Garrorena Morales, Á., *Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 114.

La pregunta surge espontánea: ¿no habría resultado estratégicamente más acertado, aun cuando el constituyente se propusiera excluir a la ciudadanía de la iniciación de un procedimiento de reforma, extender la remisión del art. 166 CE al art. 87.3 CE, dado que, pese a la posibilidad teórica real de que medio millón de ciudadanos se propusieran reformar la Constitución, la viabilidad real del proyecto sería, cuanto menos, igual de remota que la de cualquier otra iniciativa legislativa popular, si no incluso inferior? Cerrar esta posibilidad constituyó, a nuestro juicio, un excesivo celo por la salvaguarda del principio de rigidez constitucional[12].

Vera Santos recuerda que el único político que se pronunció a favor de la iniciativa legislativa popular para iniciar un procedimiento de reforma fue el portavoz de AP, Fraga Iribarne, que criticó la supresión de la iniciativa legislativa en nombre del principio de soberanía popular y en virtud del equilibrio entre democracia representativa y democracia directa.

"No le faltaba razón —prosigue Vera Santos—, pues además de resultar incongruente con la aceptación, aunque sea facultativa, de una institución de democracia directa como es el referéndum, supone una serie de importantes rupturas de la lógica constituyente, ya que, por un lado, se olvida de la coherencia de la Constitución (que pretende conjugar el esquema representativo con supuestos de democracia directa y de participación directa de los ciudadanos); igualmente supone una ruptura con la concepción correcta sobre el poder constituyente"[13].

Respecto a los dos procedimientos para la reforma que se contemplan en el texto constitucional, combinan, a nuestro juicio con acierto, diversos criterios que contribuyen a consolidar y a traducir la referida rigidez constitucional: la exigencia de mayorías reforzadas; la ratificación por dos parlamentos consecutivos; y el recurso, potestativo en el caso del art. 167 CE y preceptivo en la reforma agravada del 168 CE, al referéndum. Como es lógico, las agravaciones procesales son más en número e intensidad cuando se trata de una reforma que, por su alcance, puede afectar a todo el texto constitucional o a una parte esencial del mismo, cifrada en el Título preliminar; en el régimen de los derechos fundamentales de la sección primera, del capítulo segundo, del Título I; y en lo referente a la forma política del Estado, que es la Monarquía, tal y como se estableció en el Título II[14].

B. El primer grupo de reformas constitucionales: las que fueron

Es sabido —y por ello no nos detendremos en el particular más que lo necesario para contribuir a ofrecer una panorámica lo más completa posible— que nuestra Constitución se ha reformado en dos ocasiones: en 1992, como requisito necesario para la entrada de España

---

12 Pudiera ser que el constituyente pensara en el excesivo coste político a corto plazo para un legislativo que osara no tomar en consideración un proyecto de ley ciudadana para la reforma constitucional, pero la historia ha demostrado que fue mayor el coste político a medio y largo plazo para la entera clase política española y la salud del principio representativo en nuestra democracia.

13 Vera Santos, J. M., *La reforma constitucional en España*, La Ley, Madrid, 2007, p. 224.

14 Sobre el procedimiento agravado de reforma, véase: García-Escudero Márquez, *El procedimiento agravado de reforma de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007. Constituye una de las obras más completas de referencia acerca de este tema en particular.

en la Unión Europea; y en 2011, como consecuencia de determinadas exigencias en el marco de la crisis financiera de repercusión mundial de 2008.

La primera reforma constitucional consistió en añadir, en el artículo 13.2 CE, la expresión "y pasivo" referida al ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en elecciones municipales, como consecuencia de la firma del Tratado de la Unión Europea, en Maastricht, por el que, entre otros, se reformaba el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. El artículo 8.B de este último terminaría por establecer, tras la aprobación del Tratado de Maastricht, que "todo ciudadano de la Unión europea que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida...".

El Gobierno inició el procedimiento previsto en el artículo 95.2 de la Constitución al objeto de que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre la eventual contradicción entre la Constitución española y el que sería artículo 8.B citado. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional, de fecha 1 de julio de 1992, declaraba:

> "1º que la estipulación contenida en el futuro artículo 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, tal y como quedará redactado por el Tratado de la Unión Europea, es contraria al artículo 13.2 de la Constitución en lo relativo a la atribución del derecho de sufragio pasivo en elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión Europea que no sean nacionales españoles.
>
> 2º que el procedimiento de reforma constitucional, que debe seguirse, para obtener la adecuación de dicha norma convencional a la Constitución, es el establecido en su artículo 167 (Declaración del TC 1/1992)".

El 7 de julio de 1992 los Grupos Parlamentarios Socialista, Popular, Catalán (Convergència i Unió), de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, del CDS, Vasco (PNV) y Mixto presentaron conjuntamente una Proposición de Reforma del art. 13, apartado 2 de la Constitución, solicitando su tramitación por el procedimiento de urgencia. La Mesa de la Cámara, en su reunión de 8 de julio, adoptó el acuerdo de admitir a trámite la Proposición y someterla a la deliberación del Pleno a efectos de su toma en consideración y, previa audiencia de la Junta de Portavoces, proponer al Pleno su tramitación por el procedimiento de lectura única[15].

La segunda reforma que ha sufrido nuestra Constitución tuvo lugar en 2011, y fue impulsada por el Gobierno del entonces Presidente del Gobierno, Rodríguez Zapatero, como medida extraordinaria para combatir los efectos de la crisis financiera que en aquel momento asolaba Europa y gran parte del mundo, y que requería acciones drásticas. Según afirmaron los mismos firmantes de la iniciativa en la exposición de motivos de la Proposición de Ley de Reforma del artículo 135, "la actual situación económica y financiera, marcada por una profunda y prolongada crisis, no ha hecho sino reforzar la conveniencia de llevar el principio de referencia a nuestra Constitución, al objeto de fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española a medio y largo plazo. La presente reforma del artículo 135 de la Constitución Española persigue, por tanto, garantizar el principio de estabilidad presupuestaria, vinculando a todas las

---

15 El resto del procedimiento aparece detallado en http://www.congreso.es/consti/constitucion/reforma/primera_reforma.htm (última consulta el 12 de noviembre de 2017).

Administraciones Públicas en su consecución, reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y, al mismo tiempo, garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país"[16].

La iniciativa de reforma del art. 135 CE fue presentada el 26 de agosto de 2011 los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular en el Congreso, y se solicitó su tramitación por el procedimiento de urgencia y su aprobación en lectura única. Finalmente, tras la tramitación en ambas cámaras[17], se publicó el texto definitivo de la Reforma del artículo 135 de la Constitución española el 28 de septiembre de 2011. Esta segunda reforma fue mucho más controvertida que la primera, como ponen de manifiesto factores tales como el menor número de grupos parlamentarios que apoyaron la propuesta, la cantidad de enmiendas presentadas y la discusión pública que se generó al respecto[18].

Cabe destacar que en ninguno de los dos casos se recurrió al referéndum potestativo del artículo 167.3 CE. En el primer caso, porque no fue solicitada por ningún diputado ni senador; en el segundo, porque no se alcanzó el número mínimo requerido por el precepto constitucional. No es una cuestión baladí, pues, como se verá más adelante, la aparente indiferencia de los políticos españoles hacia los ciudadanos a los que dan voz será más adelante uno de los presupuestos sobre los que se apoyarán una serie de protestas materializadas en medidas concretas entre las que con mucha frecuencia se cuenta la reforma constitucional, esta vez para plasmar el descontento de la población frente a la clase política dirigente e incluso frente al régimen político que representan.

C. El resto de reformas constitucionales: la que pudo haber sido y las que tal vez estén por venir

Nos adentramos, llegados a este punto, en aquellas reformas constitucionales que, por diversas razones, no se han llegado a producir. Para ello se hará necesario volver atrás en el tiempo y retroceder al año 2004, cuando, por primera vez en la historia de la democracia española, un partido político, el PSOE, presentaba en su programa electoral varios puntos en los que se plasmaba su voluntad decidida de reformar la Constitución.

Transcurría la octava legislatura, y el quinto inciso del segundo capítulo de propuestas abordaba la reforma constitucional del Senado en los siguientes términos: "Proponemos reformar el Senado para adecuarlo a su definición constitucional: queremos que se convierta en una auténtica Cámara de representación, participación e integración de las Comunidades en el Estado Autonómico"[19]. Del texto de aquel programa electoral también se inferían las reformas constitucionales relativas a las reglas de sucesión a la Corona, al reconocimiento

---

16 Proposición de Ley de Reforma del artículo 135 de la Constitución, Exposición de Motivos.

17 El procedimiento puede consultarse en detalle en http://www.congreso.es/consti/constitucion/reforma/segunda_reforma.htm (última consulta el 12 de noviembre de 2017).

18 Los grupos de izquierda fueron los más reticentes a la propuesta de reducir el gasto público por la vía de la reforma constitucional: "supondrá amputar el Estado del bienestar", llego a afirmar la diputada del grupo parlamentario de IU-ICV, Núria Buenaventura (en https://politica.elpais.com/politica/2011/08/23/actualidad/1314128715_080054.html, última consulta el 20 de noviembre de 2017).

19 Programa electoral del PSOE para las elecciones generales de 14 de marzo de 2004, p. 60 (http://web.psoe.es/source-media/000000348500/000000348570.pdf, última consulta el 12 de noviembre de 2017).

de las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas en el texto constitucional, y a la mención de la Constitución europea que entonces se estaba tramitando. En su discurso de investidura, Rodríguez Zapatero se ofreció a todas las fuerzas políticas para lograr los apoyos necesarios para la reforma planificada, pero la respuesta, sobre todo del portavoz del Grupo Parlamentario Popular, fue tibia y poco entusiasta[20].

La novedad más reseñable de este primer intento de reforma no fue su contenido, y nos atreveríamos a decir que ni siquiera su fracaso final —cuya capacidad de sorpresa fue ciertamente limitada—, sino el Informe aprobado por el Consejo de Estado de 16 de febrero de 2006, resultado de un proceso puesto en marcha desde el Gobierno de Rodríguez Zapatero, que impulsó un Proyecto de Ley Orgánica que dio lugar a la LO 3/2004, de 28 de diciembre, de reforma de la LO 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado. En la nueva Ley Orgánica se requería que el Consejo de Estado fuera consultado sobre "anteproyectos de reforma constitucional cuando la propuesta no haya sido elaborada por el propio Consejo de Estado" (art. 21.1)[21]. Casi un año después del Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, por el que se solicitó precisamente dicho informe, el máximo órgano consultivo se pronunció en el sentido de que la reforma constitucional era, en efecto, necesaria y aconsejable en los cuatro extremos ya mencionados[22].

La doctrina se mostró dividida ante el contenido y la necesidad del Informe del Consejo de Estado y ante la posibilidad real, más tarde frustrada, de reformar por primera vez nuestra Constitución más allá de exigencias provenientes del Derecho o de las decisiones políticas externas.

---

20 "Usted ha manifestado que quiere una reforma del texto constitucional. Es su voluntad, la suya. Sobre su voluntad yo quiero decirle lo siguiente. Piense muy bien, antes de abrir el debate, si va usted a ser capaz de cerrarlo con éxito y, si no, sinceramente le recomiendo que no lo haga." Fueron las primeras palabras al respecto del portavoz popular (*DSCD*, Pleno y Comisión Permanente, VIII Legislatura, nº 2, 2004, Sesión plenaria nº 2 celebrada el jueves 15 de abril de 2004, p. 26).

21 Álvarez Conde se ha mostrado muy reticente a la necesidad de este informe, y, así, afirma que "parece que el Gobierno se ha querido situar en una situación de actor secundario, encargando al supremo órgano consultivo del Estado, en base a su dilatada experiencia doctrinal y científica, un Informe sobre la reforma constitucional que, cuando menos, altera sustancialmente la posición del Consejo y la naturaleza de la función consultiva […]. El Gobierno debe convertirse en protagonista principal, no ampararse en una falsa neutralidad del Consejo de Estado, cuya opinión no debe ser previa y anterior, y proceder a una negociación previa con todas las fuerzas políticas, cuyas conclusiones principales son, además, contrarias a las tesis gubernamentales explicitadas en los actuales procesos de reformas estatutarias". En ÁLVAREZ CONDE, E., "Reflexiones sobre los actuales procesos de reforma constitucional y estatutaria", en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, Vol. I, Cortes Generales, Madrid, 2009, p. 1520.

22 Para profundizar sobre dicho informe es imprescindible la consulta de las obras colectivas Rubio Llorente, F. y Álvarez Junco, J. (eds.), *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006; y Roura Gómez, S. y Tajadura Tejada, J., *La reforma constitucional*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005. Es interesante apuntar que al menos dos de los puntos constitucionales que se estimaron merecedores de reforma, como son la enumeración de las Comunidades Autónomas en el texto y la reforma del Senado, precisarían, además de la modificación del texto de la Constitución, una paralela labor de reforma estatutaria. Sobre el particular, entre otros, *vid.* Ortega Álvarez, L., *Reforma Constitucional y reforma estatutaria*, Thomson Civitas, Navarra, 2005.

García Fernández achacó el fracaso de la reforma planificada a tres factores fundamentalmente: la actitud del PP ante la reforma (pese al carácter conservador de la reforma, no la entendió políticamente asumible); las consecuencias que llevaría consigo el procedimiento de reforma, es decir, la obligada disolución de las Cortes y la necesidad de referéndum al afectar la reforma al Título II de la Constitución (son ambas previsiones de carácter disuasorio, y las dos contribuyeron sin duda alguna a que la reforma no se llevara a efecto); y, por último, la coincidencia del debate con la reforma del Estatuto de Cataluña, cuya intensidad restó fuerzas a la modificación del texto constitucional.

Respecto al primero de los factores, es interesante el matiz que aporta el mencionado autor al señalar que, "salvo momentos de extrema tensión política donde la reforma constitucional puede ser un elemento relevante del programa electoral de un partido, una reforma constitucional no debe residenciarse en un programa electoral ni en un programa de investidura. Y no debe residenciarse porque ambas sedes politizan la reforma hasta hacerla inasumible por el principal partido de la oposición con independencia del contenido concreto de lo que se desea reformar". Más adelante, respecto a la segunda razón, señala que la reforma, de haberse producido o incluso de haber dado lugar a su debate social y político previo, podría haber ocasionado una campaña política que habría, seguramente, puesto en cuestión la forma política del Estado[23].

Respecto a la cuestión atinente a la reforma del Senado, en particular, se pronunció Castellà Andreu en términos conservadores respecto a la posibilidad de una reforma efectiva de dicha Cámara. Afirmó que

> "[...] La cuestión territorial es mejor abordarla por lo general en foros intergubernamentales —multilaterales o bilaterales según el caso—. [...] Sería oportuno que, además de analizar la funcionalidad del Senado en el Estado autonómico como cámara de representación territorial, se plantease también el papel que juega y que debería jugar el Senado en nuestra democracia parlamentaria, como cámara que puede representar mejor al pueblo español mejorando las leyes, controlando más al Gobierno y generando un foro de debate sosegado sobre los grandes temas que una sociedad debe afrontar y que es difícil que se planteen en el Congreso. De ahí, a mi juicio, la conveniencia de la Cámara alta"[24].

Peces-Barba Martínez, desde la especial legitimación que le confería su condición de padre de la Constitución, discrepó de la postura conservadora frente a la reforma constitucional en relación con el Informe del Consejo de Estado, que estimó conveniente, y, de tal modo, afirmó: "la propuesta del Gobierno me parece sensata y ajustada a las necesidades actuales y adecuada no sólo para mantener vivo, sino para fortalecer, el pacto social del 78". Y, haciendo referencia a otras reformas no incluidas en la programada por el Gobierno de Rodríguez Zapatero, era del parecer de que "hay muchas propuestas sondeo o también pro-

---

23 Cfr. García Fernández, J., "Reformas constitucionales posibles y reformas constitucionales imposibles. Notas previas a la reforma de la Constitución", *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, p. 305.

24 CASTELLÀ ANDREU, J. M., "El debate sobre la reforma del Senado y su incidencia en la forma de estado y la forma de gobierno", en AA.VV., *Estudios sobre*…, cit., p. 446.

puestas arbitristas y autistas de personas o grupos que prescinden de la realidad y trasladan sus ensoñaciones imposibles al ámbito político. Los efectos en estos casos son nulos en cuanto a su posible realización, pero pueden ser perversos para crear inseguridad y confusión en la opinión pública"[25].

Otro autor que manifestó su opinión fue Rubio Llorente, que consideró que la apertura de nuestro propio constitucional constituyó el factor determinante para que la reforma no se pudiera llevar a cabo. Llegó a afirmar que "no parece aventurado pensar que el obstáculo con el que chocó el propósito reformista que figuraba en el programa del Gobierno en 2004 viene más de la dificultad política de cerrar la Constitución, que de la dificultad jurídica del procedimiento que circunstancialmente había que seguir para conseguirlo"[26]. Como es obvio, Rubio Llorente, al tratarse en ese momento del Presidente del Consejo de Estado y de un partícipe activo en la Comisión que preparó el texto aprobado por aquel órgano, se mostró también favorable al sentido de la reforma que se proyectó, e incluso partidario de ampliarla aún más. Su parecer fue claro al respecto: la apertura de la Constitución y la vigencia del principio dispositivo en materia de distribución territorial del Estado son obstáculos para una reforma efectiva, en abstracto, e impidieron de facto la reforma proyectada en la octava Legislatura:

> "[...] Creo necesaria la reforma constitucional en este punto [se refiere a poner fin al juego del principio dispositivo]. Y no sólo por la importancia intrínseca de esta reforma, sino porque me parece obvio que sólo con ella, sólo cerrando esta puerta, se abrirán las que hacen posible acometer otras reformas. Las necesarias, por ejemplo, para corregir defectos graves de nuestro sistema institucional, como son los perceptibles en el Consejo General del Poder Judicial o el Tribunal Constitucional, o para suprimir exigencias que hoy carecen de sentido, como la que impone la reciprocidad para conceder el voto en las elecciones municipales a los extranjeros no comunitarios residentes en España"[27].

De Carreras Serra, en relación con el sistema de distribución de competencias y con la necesidad de reformar la organización territorial del Estado, también se mostró proclive a la reforma, toda vez que entendió que

> "La única salida viable consiste en desarrollar definitivamente la idea federal, es decir, modificar y completar el Estado autonómico para que asuma plenamente este modelo. Para ello es imprescindible emprender reformas en una doble dirección:

---

25 Peces-Barba Martínez, G., "Reflexiones sobre la reforma constitucional", en AA.VV., XXVI Jornadas de Estudio. La reforma constitucional, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, p. 53.

26 Rubio Llorente, F., "Rigidez y apertura...", cit., p. 35.

27 *Ibíd*., pp. 38-39. Vidal Fueyo comparte la postura de Rubio Llorente, y añade la necesidad de recoger expresamente en la Constitución el derecho fundamental al Habeas Data que el Tribunal Constitucional creó a partir del art. 18.4 CE (en sentencias como la STC 290 o 292/2000), de al alcance material de la reforma que, a su juicio, debería producirse. En Vidal Fueyo, M. C., "La conveniencia de ampliar la reforma constitucional más allá de los cuatro bloques de materias propuestos por el Gobierno", en Vera Santos, J. M. y Díaz Revorio, F. J. (coords.), *La reforma estatutaria y constitucional*, La Ley, 2009, Madrid, pp. 773-792.

cerrar el modelo competencial e introducir los elementos de integración que le hacen falta"[28].

González Trevijano encontró razones de diversa índole que, en su opinión, desaconsejaban la reforma de la Constitución, y que concentró en cinco núcleos: la falta de percepción social de la necesidad de la revisión constitucional sobre la base de la satisfacción general de la sociedad española con el marco constitucional de 1978, plasmada en las encuestas periódicas del CIS; la situación de minoría del Gobierno socialista de Rodríguez Zapatero en el Congreso de los Diputados, que aconsejaba el mantenimiento del *statu quo*; la necesidad de un período de distensión política adecuada y suficiente como para llevar a cabo un proceso de semejante relevancia, que estaba lejos del ánimo popular de la sociedad española; la falta de delimitación material del contenido de la reforma propuesta por el Gobierno, causa de la delegación de tal competencia en manos del Consejo de Estado; y, en quinto y último lugar, la no observancia del *iter* normal que debe seguir una reforma de tal alcance, y que compele a partir de la constatación de que existe el necesario consenso entre las principales formaciones políticas, para, a continuación, modificar tanto la Constitución como el bloque de constitucionalidad a través de las respectivas reformas estatutarias[29].

Pese a coincidir, en líneas generales, con las apreciaciones llevadas a cabo por González Trevijano, discrepamos en lo relativo a la necesidad de un consenso social y político amplio sobre la necesidad o la conveniencia de efectuar la reforma constitucional. Estimamos, en ese sentido, que ese consenso social viene ya implícito en los sistemas de mayorías parlamentarias previstas en los artículos 167 y 168 CE, tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado. Dicho de otro modo: existirá consenso cuando se reúna el número de votos a favor necesarios en ambas cámaras. Es un principio básico de democracia representativa, y, pese a poder interpretarse, a primera vista, como un ejercicio de lógica excesivamente pragmático y desconectado de la realidad social del país, lo contrario implicaría buscar una unidad de pensamiento y de parecer en la sociedad española y en su clase política dirigente que, de erigirse en requisito *de facto* para la reforma, terminaría por truncar *ab initio* cualquier tentativa de modificación del texto constitucional[30].

Conviene, igualmente, recordar que el procedimiento agravado del art. 168 CE no sólo sirve para modificar parcialmente la Constitución en extremos especialmente sensibles o relevantes de la configuración del Estado español, sino también para lo que el mismo texto constitucional llama "revisión total" de la Constitución. No debe, por tanto, crear alarma el hecho de que se pretenda optar por la vía del procedimiento agravado, contemplado para su

---

28 De Carreras Serra, F., "Una posible reforma constitucional del sistema de distribución de competencias", AA. VV., *La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 475.

29 Cfr. González Trevijano, P., "La reforma como defensa de la propia Constitución", *Cuadernos de Pensamiento Político*, Madrid, julio-septiembre de 2006, pp. 21-25.

30 Como apunta muy acertadamente Solozábal Echavarría, citando a De Carreras Serra, que "el consenso es un objetivo de llegada y no un requisito de partida". En Solozábal Echavarría, J. J., "La Constitución ante su reforma: una perspectiva general", en AA.VV., *Estudios en homenaje a Alfonso Guerra. La Constitución a examen: la reforma de la Constitución en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 54.

eventual uso si se dan las circunstancias necesarias. Tras el trabajo de González Trevijano, en adelanto de nuestra opinión, parece latir un apego por el régimen del 78 que podemos llegar a compartir, pero que incluso en nuestra propia Constitución —nacida de ese mismo régimen— aparenta ser menos intenso y más limitado, como prueban sobradamente la inexistencia de cláusulas de intangibilidad o de períodos de irreformabilidad, y la previsión de su revisión total, siempre, claro está, que se observen los requisitos procedimentales y los sistemas de mayorías parlamentarias requeridos en cada caso.

Como se ha visto, una vez que el Informe del Consejo de Estado ratificó la necesidad de impulsar un procedimiento de reforma constitucional, no fueron pocos los autores que profundizaron sobre dicha posibilidad, y así ha sido hasta el día de hoy, fecha en la que, pese a parecer previsible una reforma efectiva, ésta aún no se ha producido.

Enumeraba en 2009 Torres del Moral una serie de requisitos, "técnicos y de prudencia política", que, a su juicio, debería reunir cualquier reforma constitucional:

"a) Versar sobre uno o varios puntos muy concretos del texto; nada de reformas amplias en las que quepa todo.

b) Ser formulada en términos muy sencillos, para que sea bien entendida por la ciudadanía; cuanto más compleja sea la materia y su formulación, menos consenso conseguirá.

c) Ser necesaria para ajustar nuestra Constitución a los tratados de la Unión Europea, así como también para adecuar una institución o un derecho a los nuevos tiempos; mencionemos, a título de ejemplo, para ubicar mejor en nuestro texto constitucional el derecho al medio ambiente, o para cambiar el carácter consultivo del referendo del art. 92 por el de vinculante (y, de paso, cambiar su ubicación en el texto, ya que la actual es disparatada).

d) Aumentar la funcionalidad constitucional en el ámbito de que se trate. Por poco afortunada que sea la redacción de un precepto, si es inteligible y no presenta problemas de aplicación, no debería ser tocado.

e) Viceversa, sí debe serlo cuando afecte a un principio, fundamento o valor en que descansa la Constitución; valga un solo ejemplo: para establecer la igualdad entre hombre y mujer en la sucesión a la Corona"[31].

Traemos a colación dichas palabras de Torres del Moral porque, aun pudiendo tales requerimientos suscitar un consenso razonable entre técnicos del Derecho y legos en la materia,

---

31 Torres del Moral, A., "Estado autonómico. Segunda fase", en Vera Santos, J. M. y Díaz Revorio, F. J. (coords.), *La reforma*…, cit., p. 40. En 2017, el mismo autor estima que, además de las citadas, toda reforma constitucional debe contemplar una serie de consideraciones previas como condiciones de viabilidad y estabilidad: que no se trate de elaborar un texto constitucional enteramente nuevo; que no alcance a los pilares fundamentales del sistema político, sino que proceda a reformas legislativas parciales; que la reforma se practique en "paquetes reformadores parciales" y no en preceptos aislados; que sean necesarias para el próximo futuro de España; que sirvan para que la Constitución gane en claridad y en funcionalidad, de modo que, si un artículo es inteligible y no presenta problemas de aplicación, no debería ser tocado; y, por último, que no se use la reforma como instrumento que se utilice cada vez que se detecte un defecto técnico o una mejora posible, en pro de la estabilidad y defensa de la norma suprema (Torres del Moral, A., "¿Reforma constitucional o reforma política?", en Ruiz-Rico Ruiz, G., Porras Nadales, A. y Revenga Sánchez, M. Á., *Regeneración política y reforma constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 25 y 26).

no han sido observados ni por muchas de las propuestas que se han realizado ni por la propia reforma operada en 2011, cuya complejidad técnica (al afectar a la llamada "Constitución económica", de perfiles más complejos que el resto) y ausencia de demanda por parte de la sociedad española provocaron el escándalo en las filas de algunos sectores políticos y ciudadanos, que la interpretaron como un acto de servilismo de las dos principales fuerzas políticas del momento, en el Gobierno y en la oposición, frente a poderes foráneos. Ni se formuló de manera sencilla, ni aumentó la funcionalidad del texto constitucional en el ámbito económico. Tampoco adaptó nuestra Constitución a los nuevos tiempos, o no tanto, al menos, como a una determinada coyuntura económica, puntual en nuestra historia reciente, que requería de medidas extraordinarias y urgentes.

Parece que, hoy en día, existe un cierto acuerdo al menos tácito de los distintos agentes involucrados —sociales, jurídicos, políticos...—, de manera directa o indirecta, acerca de la efectiva necesidad de la iniciación de un procedimiento de reforma. Como es previsible, las dudas comienzan a proliferar y a densificarse conforme más descendemos al detalle del qué hay que reformar y del cómo y cuándo conviene hacerlo.

Uno de los autores que más prudentes se muestran a la hora de reflexionar sobre la reforma constitucional es Solozábal Echavarría, quien busca la comprensión correcta de los presupuestos de la reforma, "entre su sublimación y su rutinización". No es que no la estime oportuna o pertinente, sino que quiere asegurarse de que se efectúa por los motivos correctos, partiendo de la premisa de que hay aspectos mejorables, pero que ni la reforma constitucional es la solución a todos los problemas que aquejan a la población española, ni hay que pasar por alto notables méritos que se le deben atribuir en justicia al texto constitucional y que no deben ser objeto de modificación[32].

Sin embargo, sin adentrarnos todavía en los usos que las fuerzas políticas le han conferido a la reforma constitucional, la doctrina española se ha aventurado a sugerir una serie de alternativas a algunos preceptos constitucionales vigentes, siempre sobre la premisa de que el cambio de paradigma sociopolítico justifica una reforma constitucional de alcance variable según los casos.

Destacan, en este sentido, por ser las más recientes, así como por su profundidad y su grado de precisión, las aportaciones recogidas y compendiadas en sendos trabajos de investigación, coordinados, uno por García Roca, y otro por Freixes Sanjuán y Gavara de Cara[33]. Antes de pasar al siguiente apartado de esta exposición, conviene que nos detengamos para puntualizar cuáles son los objetivos destacables y realizar, de este modo, una suerte de síntesis de ambas síntesis.

---

32 Cfr. Solozábal Echavarría, J. J., "La Constitución ante su reforma: una perspectiva general", en AA.VV., *Estudios en homenaje a Alfonso Guerra. La Constitución a examen: la reforma de la Constitución en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017. Entiende el autor, con tantos otros, que el aspecto más manifiestamente mejorable de la Constitución es el que hace referencia al marco territorial del Estado (p. 57).

33 García Roca, J. (ed.), *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014; Freixes Sanjuán, T. y Gavara de Cara, J. C., *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

El grupo de trabajo coordinado por García Roca comenzó su trabajo 2013, y buscó la presencia en él de expertos independientes procedentes de sensibilidades e ideologías dispares, lo cual le aporta al resultado una interesante nota de pluralismo. Más allá de las reformas en particular, la introducción de su estudio es la que ofrece las pautas que proponen para llevar a cabo una reforma que consideran urgente por motivos estructurales inherentes a la propia idea de Constitución democrática. Abogan por una reforma que rompa, de tal manera, con la "inhóspita tradición constitucional" española de no contar en nuestro haber con ninguna Constitución objeto de reforma (salvo la vigente, por causas exógenas), sino con una sucesión de Constituciones yuxtapuestas edificadas las posteriores sobre las ruinas de las anteriores. "Ausencia de revisión constitucional, inestabilidad y pérdida de legitimidad democrática van unidas de la mano", se llega a afirmar en relación con esta "maldición del constitucionalismo histórico español"[34].

Compartimos íntegramente, por considerar su recuerdo indispensable en estos tiempos en que se desdibuja y fusiona en ocasiones la función de técnico del Derecho y la función política, el criterio adoptado de entender que la reforma de la Constitución es una decisión política ("la decisión política por antonomasia"), y que el Derecho y la doctrina jurídica no cumplen al respecto más que una función auxiliar, de apoyo del poder constituyente y del poder constituido de reforma que de aquél deriva.

Por lo demás, el trabajo presenta propuestas concretas de manera concisa en materias como la relativa a la mención constitucional de la integración en la Unión Europea; los derechos fundamentales; el sistema para la elección de representantes en el Congreso de los Diputados; la configuración del Senado como órgano de efectiva representación territorial; la Corona; el sistema parlamentario; el Tribunal Constitucional; el Poder Judicial; la forma territorial del Estado y la distribución de competencias junto con los mecanismos de colaboración; la financiación autonómica; y, por último, el mismo procedimiento de reforma constitucional. Como se ve, se asumen las cuatro reformas propuestas en la octava Legislatura, y se amplían a un buen número más de sugerencias de modificación de la Constitución.

Por su parte, el trabajo de Freixes y Gavara parte del criterio de *ultima ratio* como pauta-guía en la reforma de la Constitución: sólo cuando no se pueda lograr el fin perseguido de ninguna otra manera —sobre todo, mediante la reforma de normas infraconstitucionales o a través de la labor interpretadora del mismo texto constitucional—, entonces será válida la reforma constitucional.

Partiendo de los presupuestos de que la reforma es posible y deseable, y de que la situación a tal efecto en España no es muy diferente de la de países de nuestro entorno, en los que se han producido ya reformas en sus respectivas normas fundamentales, el estudio adopta una metodología consistente en, primeramente, precisar cuál es el aspecto o institución que merece reforma debido a los cambios en el escenario sociopolítico; en segundo lugar, las posibles perspectivas o posibilidades de evolución, y las problemáticas que se podrían plantear con la reforma; y, en último lugar, la concreción de la posible reforma sobre estas ideas y las líneas generales de su contenido en cada caso particular.

---

34 García Roca, J., *Pautas*..., cit., pp. 15-28.

A partir de estas premisas queda expedito el camino para un trabajo que aborda reformas, como sucedía en el caso anterior, que afectan a numerosos extremos de nuestra Constitución, entendidos como precisados de modificación: derechos fundamentales; monarquía parlamentaria como forma del Estado; Cortes Generales; necesidad del bicameralismo como requisito en la arquitectura constitucional; Tribunal de Cuentas; el Tribunal Constitucional; Poder Judicial; financiación autonómica; y la misma reforma de la Constitución. Llama la atención que, entre el elenco de materias susceptibles de revisión (y muchas comunes al anterior trabajo), no se cuente la distribución territorial del Estado, siendo ésta uno de los aspectos más manifiestamente mejorables de nuestra Constitución, según el parecer de la doctrina mayoritaria.

Excedería, con mucho, de los propósitos de nuestro trabajo, el análisis pormenorizado de cada una de las propuestas realizadas. Ambos estudios, y tantos otros realizados por expertos y técnicos, ponen de manifiesto lo que nosotros creemos que es preciso resaltar, y es ese consenso casi unánime existente a la hora de estimar como necesaria una reforma constitucional. Y no sólo eso, sino también el acuerdo concurrente sobre las materias que deberían ser objeto de revisión e incluso, en muchos casos, el sentido y el contenido de las reformas propuestas[35].

Como ha quedado de manifiesto, la doctrina jurídica en España considera pertinente, o al menos no excluye, la reforma constitucional. En el capítulo siguiente del presente trabajo se tratará de ofrecer al lector la situación del escenario político, es decir, la opinión de aquellos de los que, por la posición y el cargo público que ostentan, tienen la función, el poder y el deber de efectuar las concretas propuestas que conduzcan a una mejora de nuestra perfectible Constitución.

III. EL EVIDENTE USO POLÍTICO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Una vez que hemos constatado la existencia del apacible consenso mayoritario por parte de la doctrina jurídica en lo referente a la necesidad de reformar nuestra Constitución, es el momento de adentrarnos en el análisis de la mentalidad, al respecto, de nuestra clase política dirigente. En efecto, como ya señalamos, la función de los técnicos del Derecho no puede ni debe confundirse con la de los políticos, pues, mientras a éstos compete el diseño de las principales líneas de actuación y de impulso para la vida de un país en lo referente a la ges-

---

35 Aumentaría innecesariamente la extensión de este trabajo la enumeración de los autores que han estimado necesaria la reforma constitucional. Más o menos prudentemente, la práctica totalidad de la doctrina jurídica apoya la conveniencia de modificar nuestra Constitución. Como ejemplo de autor no comprendido en ninguno de los dos trabajos anteriores, podemos citar a García Fernández, que afirma que hace falta la reforma por diversos factores: "porque se había creado la falsa idea de que la Constitución es técnicamente irreformable; porque se ha imposibilitado la modernización del régimen jurídico de la Corona y de los derechos y libertades; porque ha desplazado al Tribunal Constitucional el desarrollo efectivo de varios grandes bloques de materias constitucionales". En García Fernández, J., "Reformas constitucionales...", cit., p. 313. Quedan ya muy atrás los años en los que González Encinar, entre otros, aludiera a la escasez de trabajos científicos existentes en los que se reivindicara la necesidad de la reforma constitucional, y achacara dicho inmovilismo, bien a la irresponsabilidad política, bien a una maniobra de los enemigos de la Constitución (en González Encinar, J. C., "La Constitución y su reforma", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, mayo-agosto de 1986, p. 345-391).

tión de los asuntos públicos, aquellos han de limitarse a ofrecerles las vías y cauces legales y procedimentales para hacerlo.

Justificamos éste epígrafe precisamente en pro de esa integralidad a la que nos referíamos en el apartado introductorio. Entendemos que una técnica jurídica que desconoce u omite la realidad social y política de un país es una técnica deficitaria e incompleta. Ha sido precisamente un exceso de técnica y un defecto de efectiva toma de posición y de compromiso con la realidad, un factor —aunque no el único— que ha contribuido a ralentizar o postergar el procedimiento de puesta en marcha de la ineludible revisión constitucional, favoreciendo así la radicalización de los sectores que, muchas veces impacientados o urgidos por las situaciones de desigualdad e injusticia social, han insistido en exigir dicha reforma. No obstante, sobre esto tendremos ocasión de profundizar en el capítulo dedicado a las conclusiones.

El período elegido para realizar este conciso repaso a nuestra historia política reciente desde el prisma de la reforma constitucional será desde el año 2014 hasta la actualidad. Lo hemos dispuesto así por entender que, hasta 2014, la pauta al respecto fue la de una cierta inestabilidad manejable y controlada. Aquel escenario dio cobijo a la entrada en el arco parlamentario de dos nuevas fuerzas políticas: Ciudadanos y, sobre todo, Podemos, cuya representación parlamentaria supuso el detonante de un cambio de estilo político y de un surgimiento de propuestas y reformas que ya no eran las de siempre, sino que abarcaban otros ámbitos y presentaban un alcance y una intensidad mayor.

En referencia a Podemos, los cinco escaños obtenidos por la formación liderada por Pablo Iglesias en las elecciones de 2014[36] marcaron una cierta tendencia, luego confirmada, que terminaría por traducirse, en ámbito estatal, en la abolición del bipartidismo de facto que existía hasta entonces. Para las elecciones autonómicas y municipales de 2015, en las cuales se apreció un considerable descenso de UPyD y un auge real de Ciudadanos —llamado a heredar las posiciones ideológicas generales del partido de Rosa Díez—, Podemos decidió presentarse, no bajo su nombre, sino mediante la inclusión de sus círculos y asambleas locales en plataformas ciudadanas y agrupaciones de electores, para centrarse en intentar alzarse con la victoria en las elecciones generales, entonces próximas, de diciembre de 2015.

Aunque en este trabajo prestaremos igual atención a las propuestas provenientes de las cuatro principales formaciones políticas en España, no excusaremos cierto detenimiento necesario en las iniciativas reformistas de Podemos, por ser el partido con postulados ideológicos más distantes de los que hicieron posible el régimen de la transición de 1978, respecto al que, en numerosas ocasiones, desde el partido de Iglesias, han abogado por distanciarse. Es lógico, pues, recordemos, Podemos nació al albur de un descontento generalizado puesto de manifiesto a raíz de la crisis financiera de 2011, que cristalizó en una serie de protestas ciudadanas que dieron lugar a lo que en España se llamó movimiento 15-M. La traducción institucional de dicho movimiento fue Podemos, y, pese a que en su *iter* biográfico ha habido modificaciones y cambios sustanciales que han terminado por contribuir a hacer de la formación morada un partido más de centro que en sus orígenes, incluso así, es la fuerza

36 Ciudadanos obtuvo 2 escaños. En aquel momento UPyD, que logró 4 escaños, aún era considerada la opción más viable de centro progresista en España.

política más a la izquierda en el espectro ideológico. Y, en gran medida, el sustrato político de pensamiento, aquella sensación de injusticia compartida por tantos españoles que se manifestaron en las calles y plazas de las principales provincias españolas, proyectó el centro de sus invectivas en la transición democrática del 78 y en la democracia de partidos de corte liberal y capitalista que instauró.

Ya en 2014, Podemos manifestaba, en la persona de su líder, su intención de reformar la Constitución: "toca ahora trabajar para abrir un proceso constituyente que devuelva la palabra al pueblo. Muchos de los que juraron o prometieron ayer la Constitución, no tuvieron problema en cambiar el art. 135 cuando se lo exigieron desde poderes exteriores, sin consultar a nadie, y no tienen problema tampoco con el hecho de que los derechos sociales recogidos en la Carta Magna se hayan convertido en papel mojado"[37]. En su primer discurso como Secretario General de Podemos, llegó a afirmar, como punto central de todo el proyecto político que la nueva formación encarnaba: "un proceso constituyente para abrir el candado del 78 y que podamos discutir de todo". Y el entonces número dos de Podemos, Juan Carlos Monedero, en el mismo sentido, señaló que "ya va siendo hora de que tengamos también la madurez política de decir: podemos hacer nosotros nuestra propia Constitución" [38]. Y un año después, en la misma línea: "En nuestro país hay que hablar de un proceso constituyente para discutirlo todo"[39]. En 2016, Carolina Bescansa, diputada de Podemos, continuaba con la pretensión y el deseo de su partido: "pedimos que se abra en esta institución, en la sede de la soberanía nacional, un proceso de cambio constitucional que concluya con la creación de un nuevo articulado que refleje los anhelos, las demandas, y la solución a los problemas de las grandes mayorías de nuestro país"[40].

En realidad, salvo el PP, todas las demás formaciones políticas relevantes (no sólo Podemos, sino también PSOE, Ciudadanos e IU) ya habían redactado documentos internos en los que defendían la reforma urgente de la Constitución. Concretadas en sus respectivos principales puntos, extraídos de dichos documentos, las cuatro propuestas de reforma presentaban muchas pretensiones en común, y también algunas diferencias.

El PSOE asumió en su totalidad las propuestas recogidas en la Declaración de Granada de julio de 2013, en la que los socialistas aprobaron su propuesta de modelo territorial federal, y parcialmente las de la última Conferencia Política que celebró el partido a finales de

---

37 https://www.youtube.com/watch?=6yWsThp2DOw (última consulta el 18 de noviembre de 2017).

38 Ambas declaraciones en https://www.youtube.com/watch?v=7Ug9CHqarFM (última consulta el 18 de noviembre de 2017).

39 https://www.youtube.com/watch?v=QawLxrHyKzY (última consulta el 18 de noviembre de 2017). En un artículo de tono coloquial, al que tituló "Mis padres de la Constitución", Pablo Iglesias resumió el contenido de las cinco "mejoras" que su partido proponía para la Constitución: "Es necesario blindar en ella los derechos sociales, garantizar la independencia judicial, prohibir las puertas giratorias, cambiar el sistema electoral y dar encaje constitucional a la plurinacional constitutiva de nuestra patria. Frente a los que se atrincheran y se bunkerizan es necesario avanzar y modernizarse" (en http://www.eldiario.es/tribunaabierta/padres-Constitucion_6_588001200.html, última consulta el 18 de noviembre de 2017).

40 Cfr. https://www.youtube.com/watch?v=5eptbxVySsc (última consulta el 18 de noviembre de 2017).

2013[41]. En materia de política territorial, el PSOE incorporó la necesidad de mención de las Comunidades Autónomas con el nombre que hayan adoptado en sus respectivos Estatutos de Autonomía; igualmente, la necesidad de una más clara delimitación competencial, consistente en la instauración de un sistema de una sola lista de competencias exclusivas del Estado, en el entendido de que todas las no mencionadas pasarían a formar parte del elenco de competencias autonómicas; también el reconocimiento de cinco hechos diferenciales: la lengua propia, la definición como "entidades políticas particulares" de las comunidades consideradas nacionalidades, la insularidad de Canarias y Baleares, los procedimientos de reforma estatutaria especiales para algunas comunidades y el modelo fiscal especial para País Vasco y Navarra; la transformación del Senado en una verdadera Cámara territorial y eliminar su carácter de Cámara de segunda vuelta, para conferirle capacidad para tomar decisiones sobre leyes que afectan a las comunidades en cada caso; la instauración de un nuevo modelo de financiación autonómica con mención expresa de los principios que la inspirarían (autonomía financiera, coordinación, suficiencia, solidaridad territorial y corresponsabilidad). En materia de derechos sociales, el PSOE abogó por un refuerzo en la igualdad de los servicios básicos, los provenientes de la interpretación de los principios del Capítulo III del Título I de la Constitución. Igualmente, en Justicia, una cierta descentralización, consistente, entre otros aspectos, en situar a los TSJ como cúspide de los procesos judiciales seguidos en cada Comunidad, en lugar del TS. Las propuestas de la Conferencia Política de 2013, de carácter más electoralista, se centraron en la inauguración de un principio de estabilidad social que asegurara que el gasto público cubriría, al menos, los servicios de educación, sanidad, servicios sociales y pensiones (mediante una segunda reforma del art. 135 CE); reforma de la sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, engrosando el listado de derechos fundamentales y libertades públicas, y modificando la redacción de algunos (como del art. 16.3, del que se eliminaría la mención explícita a la Iglesia católica); prohibición de las amnistías fiscales, de la pena de muerte en todos los casos, y del aforamiento de los representantes salvo en los casos derivados de delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones; y eliminación de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona, así como uso no sexista del lenguaje en todo el Título II.

Ciudadanos dividió sus propuestas en aquellas referentes a los derechos fundamentales y sociales (creación de los derechos fundamentales a la protección de datos y a la transparencia; promoción de la igualdad entre sexos en la sucesión a la Corona; redacción de una nueva sección de derechos sociales en la Constitución; garantía presupuestaria de los derechos sociales); a la mejora de la calidad democrática a través del aumento de la representatividad y la participación (modificación de la iniciativa legislativa popular; fin de los privilegios para los representantes políticos); al aumento de las garantías (supresión del CGPJ; ausencia de discrecionalidad en los nombramientos de jueces y magistrados; supresión de la posibilidad de que los parlamentos autonómicos propongan magistrados; supresión del decreto ley del art. 86 CE); a la organización del Estado autonómico (supresión del Senado; clarificación del modelo de distribución competencial; supresión de las diputaciones provinciales); y, por

41 Cfr. http://web.psoe.es/source-media/000000554500/000000554849.pdf (última consulta el 20 de noviembre de 2017).

último, a proceso de europeización a través de un reconocimiento constitucional de la pertenencia a la Unión Europea[42].

Para IU, las reformas debían afectar a los derechos fundamentales, en el mismo sentido que ya apuntó el PSOE (aunque con otros matices, como la incorporación del derecho al aborto en la redacción del art. 15 CE o a la declaración expresa de laicidad del Estado en el art. 16); al modelo de Estado (hacia una república federal); a la supresión de privilegios fiscales; a la sucesión a la Corona (también como el PSOE); a la abolición del principio de estabilidad presupuestaria instaurado después de la reforma de 2011 en el art. 135 CE; y derogación del art. 155 CE[43].

En el caso de Podemos, la prioridad la presentan la reforma de la sección dedicada a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, de nuevo, como en los casos anteriores, engrosando el listado de derechos; instauración de un modelo de Estado federal; derogación del art. 96 CE, que supone cesión de soberanía; legitimación del pueblo para reformar la Constitución a través de la iniciativa legislativa popular; ampliación de las materias susceptibles de referéndum; eliminación de la discriminación a la mujer en la sucesión a la Corona; reconocimiento del derecho de autodeterminación de los pueblos; fusión de las competencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, y desaparición del primero; elección directa de cargos unipersonales —como el Defensor del Pueblo o el Fiscal General del Estado—, y elección mixta, entre representantes y representados, de órganos colegiados —CGPJ, Tribunal de Cuentas, Tribunal Constitucional—; desaparición del Senado; ecologización del Gobierno, que reconocería la prioridad de luchar contra amenazas al medio ambiente como el cambio climático; instauración de presupuestos anuales participativos; y prohibición o limitación de la estatalización de las deudas privadas[44].

El PP, frente a esta avalancha de propuestas, no presentó ninguna intención expresa de promover un procedimiento de reforma de la Constitución. Cuando el Presidente del Gobierno y líder del PP, Mariano Rajoy, ha tenido que pronunciarse al respecto, siempre ha sido desde una cautela que muchos han interpretado como inmovilismo[45].

Al menos, así ha sido hasta los acontecimientos recientes, cuando, en la víspera de la consulta ilegal sobre la independencia llevada a cabo en Cataluña el día 1 de octubre de 2017, PP y PSOE pactaron la creación de una Comisión del Congreso de los Diputados (llamada Comisión de Evaluación y Modernización del Estado Autonómico), encargada de estudiar las posibilidades reales de una reforma constitucional. Más adelante, al final de este epígrafe, nos ocuparemos de esta iniciativa con un poco más de detenimiento.

---

42 https://www.ciudadanos-cs.org/var/public/sections/page-nuestras.ideas.reformas-democraticas-institucionales/reformas-democraticas-institucionales.pdf?__v=136_0 (última consulta el 20 de noviembre de 2017).

43 Cfr. http://www.izquierda-unida.es/sites/default/files/1169718188900.pdf (última consulta el 20 de noviembre de 2017).

44 Cfr. https://podemos.info/wp-content/uploads/2016/05/acuerdo26J_final.pdf (última consulta el 20 de noviembre de 2017).

45 Así, por ejemplo, en la noticia que puede verse en https://politica.elpais.com/politica/2016/12/06/actualidad/1481016518_444044.html (última consulta el 20 de noviembre de 2017).

Como queda patente, son muchos los puntos en común que tienen las propuestas del PSOE, de Ciudadanos, de IU y de Podemos, pese a provenir de sectores ideológicos, al menos en teoría, distintos e incluso enfrentados. Pareciera que hay cierto consenso entre todas las fuerzas políticas que, de manera sistemática e incluso en sus programas electorales, han venido presentando propuestas de reforma, en que la eventual modificación de la Constitución que se produjera tendría que traer como consecuencia, como mínimo, un cambio en el estatus jurídico de los derechos sociales y una modificación del Título II, dedicado a la Corona. E, igualmente, todos los documentos se refieren a una reforma del sistema de organización territorial del Estado. Podríamos afirmar que esos son los tres núcleos que aglutinan el contenido de las propuestas de reforma de las principales formaciones políticas interesadas en poner en marcha dicho procedimiento.

Respecto a los derechos fundamentales, el sentido de todos los planteamientos apunta a una mayor garantía jurídica del efectivo cumplimiento de los derechos sociales reconocidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución, mediante una reforma que elevara al rango de fundamentales muchos de los derechos y principios programáticos referidos a prestaciones sociales, así como algunos otros derechos que ni siquiera encuentran reconocimiento en el texto constitucional vigente, tales como el derecho al aborto, el matrimonio entre personas del mismo sexo o el derecho a una buena administración.

Esta reivindicación encuentra ecos en algunos autores de nuestra doctrina, como Presno Linera, que aboga por la creación de una lista de derechos sociales fundamentales sobre varias premisas, como el hecho de que ya existen derechos fundamentales de índole social (como el derecho a la educación del art. 27 CE o la libertad sindical y el derecho a la huelga del art. 28 CE); o la certeza de que, si dicho cambio se produjera, estaríamos más cerca de dar cumplimiento al genérico art. 10 CE, pues el favorecimiento de los derechos sociales ocasiona mejores condiciones de vida y una realización más efectiva de la dignidad humana, uno de los fundamentos del orden político y de la paz social según ese mismo artículo.

El mencionado autor señala que, como mínimo, deberían entenderse incluidos en esa hipotética lista de derechos sociales fundamentales, al menos, el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la vivienda y el derecho a prestaciones sociales, que pasarían, por ello, a reunir todas aquellas características y sistema de garantías que caracteriza a la fundamentalidad de los derechos según establece nuestra Constitución en su art. 53: desarrollo reservado a Ley Orgánica; procedimiento judicial preferente y sumario ante los tribunales ordinarios; recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; respeto a su contenido esencial en la legislación y jurisprudencia de desarrollo; efectividad inmediata sin necesidad de normativa infraconstitucional interpuesta; y carácter indisponible ante la actuación de los poderes públicos[46].

Es una pretensión que se reforzó con la crisis financiera de 2008 y la desestabilización del modelo económico que ésta trajo como consecuencia. Los grupos de izquierda, como IU y Podemos, han entendido que la solución pasaría por elevar al rango de fundamentales mu-

---

46 Cfr. Presno Linera, M. Á., "¿Derechos sociales fundamentales?", en *eldiario.es*, 2014 (http://www.eldiario.es/agendapublica/impacto_social/Derechos-sociales-fundamentales_0_331766953.html, última consulta el 20 de noviembre de 2017).

chos derechos sociales, y así lo han hecho constar sus representantes en numerosas ocasiones, situando el blindaje y la promoción de dichos derechos como central en sus programas de actuación[47] .

Respecto a la sucesión a la Corona, todas las propuestas tienen en común que estiman necesario modificar, en el art. 57.1 CE, la preferencia del varón sobre la mujer, así como la inclusión de alguna cláusula que adaptara el texto constitucional a los requerimientos de un uso no sexista del lenguaje. Menos claro está el modelo de Jefatura de Estado propuesto por las formaciones que han cuestionado en algún momento la legitimación de la Monarquía parlamentaria existente. Mientras que el PSOE y Ciudadanos parecen conformes con el actual modelo, IU propone una República federal y un referéndum sobre la Jefatura del Estado previo a la reforma constitucional, y Podemos soslaya un pronunciamiento claro al respecto debido la complejidad inherente al planteamiento de cambios en el modelo de Estado[48].

Por su parte, la reforma constitucional que afectara al Título VIII y a la organización territorial del Estado tampoco está, como es obvio por la sensibilidad respecto a la cuestión, exenta de discrepancia y polémica, y llega incluso a la configuración del poder legislativo español, en lo que atañe al Senado, cuya existencia como cámara de representación territorial es puesta en tela de juicio por muchas formaciones políticas, y, mientras que el PSOE aboga por su reforma, el resto propone eliminarlo directamente. Igual pasa con otros aspectos como, naturalmente, el mismo modelo territorial, o las diputaciones provinciales, o los sistemas de financiación de las Comunidades Autónomas.

Desde la doctrina, en relación con el modelo territorial del Estado, Urrea Corres propone una reforma más limitada, sobre el entendido de que el texto constitucional en vigor da muestras de obsolescencia y agotamiento, y entiende que habría algunos extremos que convendría modificar:

> "Así ocurre con aspectos claves de la arquitectura que sostiene el modelo territorial. También pasa con el modelo de financiación autonómica. Nadie duda tampoco de la conveniencia de perfeccionar el procedimiento mediante el que se garantiza la participación de España en la Unión Europea. Ni probablemente sobre la exigencia de acomodar el sistema electoral actualmente vigente. Por último, no es cuestión menor apreciar la necesidad que tiene la monarquía de legitimarse democráticamente, una vez el relevo en la Corona se ha realizado sin sobresaltos. Y, por supuesto, la

---

47 Véanse, por ejemplo, las noticias contenidas en http://www.eldiario.es/politica/Plantean-reforma-Constitucion-derechos-sociales_0_704130629.html y http://www.eldiario.es/aragon/politica/derechos-sociales-constitucionalmente-sociedad-igualitaria_0_629938000.html (última consulta el 20 de noviembre de 2017), con declaraciones como las de Pedro Santisteve, alcalde de Zaragoza por Zaragoza en Común; Íñigo Errejón, diputado nacional de Podemos ("sólo vamos a hacer de España un proyecto modernos, justo, democrático y atractivo si blindamos los derechos sociales, y eso hoy pasa para nosotros por un combate decidido contra la precariedad, la desigualdad y la exclusión social que se concreta en la renta básica"); o Luisa Broto, vicealcaldesa y concejala de Derechos sociales del Ayuntamiento de Zaragoza, por Zaragoza en Común ("Esta sintonía pone en valor que en derechos sociales es importante que la ideología no nos impida llegar al objetivo final. Yo abogaría por blindar los derechos sociales constitucionalmente, porque eso garantiza que la sociedad sea más igualitaria").

48 Cfr. http://www.lavanguardia.com/politica/20170703/423874645743/podemos-admite-que-es-complejo-plantear-ahora-cambios-en-el-modelo-de-estado.html (última consulta el 20 de noviembre de 2017).

«cuestión catalana» nos advierte sobre la conveniencia de afrontar con audacia una reforma para ensanchar los espacios jurídicos que permitan acoger, con garantías para la unidad del Estado, una actualización del modelo autonómico susceptible de corregir ineficiencias y absorber algunas de las actuales tensiones territoriales"[49].

No conviene perder de vista que muchas de las propuestas que se sugieren supondrían la puesta en marcha, por primera vez en nuestra historia constitucional, del mecanismo agravado de reforma del art. 168 CE. Así lo requeriría la modificación del listado de los derechos fundamentales de la sección primera del Capítulo II del Título I, o la reforma de cualquier extremo que afectara a la Jefatura del Estado (Título II). Y ello conllevaría que, en el seno del procedimiento, tendrían que darse dos situaciones inéditas: la convocatoria de elecciones generales para dar lugar a la formación del nuevo legislativo que ratificaría la reforma propuesta, por un lado; y, por otro, el recurso a la consulta y confirmación por parte de la ciudadanía a través del referéndum vinculante.

Actualmente, cuando no hay en el horizonte político de España fechas electorales próximas —que siempre actúan como acicate para la proliferación de propuestas de actualización o mejora de nuestra Constitución en vigor—, nos encontramos con el acuerdo entre PP y PSOE al que ya hicimos somera referencia, relacionado con el compromiso firme de reformar nuestra norma fundamental tras los acontecimientos del 1 de octubre en Cataluña, a través de la creación de la nueva Comisión de Evaluación y Modernización del Estado autonómico, cuya creación no ha sido, por cierto, apoyada por el grupo parlamentario de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, que entendían que las necesidades reales de España pasan por la apertura de un proceso constituyente serio con una finalidad más amplia[50]. Aún es pronto para adelantar los resultados de sus trabajos, pero, como por otra parte podía resultar previsible, la intención del PSOE es ir más allá de la visión conservadora del PP[51].

Lo que sí resulta claro es que parece que el presente trabajo verá la luz en momentos próximos a la primera reforma constitucional que se produce sin la concurrencia de una fuerza política extranjera, lo cual es una novedad de suficiente calado como para justificar futuras publicaciones sobre esta misma materia[52].

---

49 Urrea Corres, M., "La reforma de la Constitución: ¿por qué, para qué, cuándo y cómo?", en *eldiario.es*, 2016 (http://www.eldiario.es/zonacritica/reforma-Constitucion_6_588351187.html, última consulta el 20 de noviembre de 2017).

50 Cfr. http://www.eldiario.es/politica/Unidos-Podemos-comision-constitucional-articulo_0_698531009.html (última consulta el 20 de noviembre de 2017).

51 Cfr. http://www.elmundo.es/espana/2017/11/15/5a0c50cfe5fdea4b108b4647.html (última consulta el 20 de noviembre de 2017).

52 A diario aparecen nuevas noticias que condenan este trabajo a una apertura *sine die*. A diario aparecen noticias que se refieren a la cuestión de la reforma, como la que se puede encontrar en https://politica.elpais.com/politica/2017/11/20/actualidad/1511206935_296549.html (última consulta el 21 de noviembre de 2016), que alude a la posible reforma del modelo autonómico, que podría convertirse en federal según la intención manifestada por doce expertos independientes que, por cuenta propia, están realizando una serie de propuestas en su calidad de Catedráticos de Derecho Constitucional y Administrativo, coordinados por Muñoz Machado.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

No es tarea fácil afrontar un capítulo conclusivo en referencia a una cuestión tan delicada y tan controvertida como la reforma constitucional en nuestro país. Si hay algo que ha debido quedado claro en este trabajo y en la historia política reciente de España es que —como no puede ser de otra manera al afectar a la norma fundamental del Estado—, la reforma de la Constitución tiende, bien a no poner a nadie de acuerdo, bien a generar acuerdos de mínimos, bien a suscitar acuerdos tan generalistas como posiblemente realizables —en el plano de las ideas— pero irrealizados —en el de los hechos—. Hoy en día, se constata la evidencia de que el consenso sobre el debate acerca de la reforma constitucional se agota en su necesidad y en sus líneas generales, lo cual lo convierte en políticamente insuficiente y estéril.

En primer lugar, estimamos que hay que insistir en algo que no siempre se tiene en cuenta en tiempos políticos convulsos, como los que actualmente atraviesa nuestro país, y es que, en cualquier caso, se hace necesario evitar cualquier género de confusión entre la función de los técnicos del Derecho y la de los políticos y cargos públicos designados por la ciudadanía para, entre otros cometidos, cumplir con el de guiar y orientar la política interior del país. Sirva eso de premisa a todo lo que seguirá. La función de este trabajo, y entiendo que la de cualquiera de los estudios de similares naturaleza y características, no debería en modo alguno consistir en realizar propuestas concretas de carácter político, sino, más bien, en ofrecer cauces procedimentales y posibilidades viables de reforma de nuestra Constitución. El lenguaje de la doctrina y el lenguaje de la política han de ser necesariamente diferentes, aunque complementarios, pues sólo entre los distintos puede darse la sana cooperación y la necesaria colaboración. Mientras que el primero se rige por los dictados del rigor técnico necesario para la correcta interpretación y aplicación de las leyes, respecto del segundo existe cierto consenso tácito que permite o, cuanto menos, tolera, expresiones imprecisas, promesas de difícil cumplimiento y hasta —llegado el caso y generalmente ante la proximidad de algún proceso electoral— las mentiras precisas para obtener la simpatía y adhesión del mayor número posible de votantes.

Somos firmes partidarios de considerar que obviar esta realidad termina por condenar a la doctrina jurídica a asumir una posición de vasallaje respecto de la clase política dirigente, al fundir y confundir las funciones de aquella con la de esta; y por pervertir las producciones doctrinales, haciéndolas sospechosas de no ser más que aportaciones interesadas y convenidas con tal o cual formación política, generalmente a cambio de las más diversas contraprestaciones, que ponen, a la postre, en tela de juicio la deseable independencia y objetividad de los técnicos del Derecho.

En consecuencia, las conclusiones a este trabajo evitarán caer en la tentación de convertirse en una suerte de catecismo constitucional, con una enumeración de los derechos y las instituciones cuya reforma debería ser puesta en marcha para lograr una mayor adaptación de la Constitución a los tiempos que corren. Algunos trabajos, citados en el presente, se han ocupado de tales menesteres con acierto y elegancia a la hora de mantenerse imparciales y posponer posicionamientos ideológicos al bienestar de la Constitución española y a su optimización, pero este estudio no discurrirá por semejantes derroteros. Sí quisiéramos, por el contrario, y una vez repasados los requisitos para efectuar la reforma, y realizado un breve

recorrido histórico y una cierta prospectiva de futuro en esta materia, terminar nuestro trabajo con una serie de consideraciones conclusivas sobre cuáles son los principales retos y desafíos que hoy en día presenta el instituto de la reforma constitucional y sus futuras eventuales plasmaciones en modificaciones concretas de nuestra Constitución.

Para ello, es necesario reparar, en primer lugar, en un hecho indiscutible, y es que —como ya se ha visto al resumir los últimos cinco años de vida política española en materia de reforma constitucional—, en demasiadas ocasiones la reforma constitucional ha sido utilizada con una finalidad meramente electoralista. Se nos podría reprochar que forma parte del juego político la inclusión, en los determinados programas políticos o de gobierno, de medidas que pueden conllevar una reforma constitucional. Pero no nos referimos ahora tanto a eso como al hecho de constatar la frecuencia con la que determinadas fuerzas políticas han recurrido y siguen recurriendo a la propuesta de reforma de la Constitución desde una óptica, a nuestro modo de ver, falaz e incluso peligrosa por dos razones.

Primero, porque canaliza el descontento de la población española, especialmente de aquellos ciudadanos en situación de mayor precariedad, hacia la reforma, de tal modo que la hace comparecer como el procedimiento que, una vez consumado, pondrá fin a los males endémicos, estructurales y coyunturales que son la causa de las principales preocupaciones de la población española, tales como el paro o la corrupción política. Dicho de otro modo, se confiere a la reforma el poder de conjurar el mal y de librarnos de él. Este enfoque casi mágico de la reforma constitucional requiere, qué duda cabe, de una confianza y una fe ciegas por parte de la ciudadanía. La misma confianza y fe que cualquier individuo estaría dispuesto a profesar cuando el hartazgo y el descontento social se nutren a diario de escándalos y corrupción política, de inestabilidad económica y de fragilidad laboral, por citar sólo algunos de los factores que contribuyen al incremento de la tensión social en la España de nuestros días.

De tal forma, no es sólo que la reforma de la Constitución se proponga como un recurso electoralista, sino que prácticamente se plantea con tintes mesiánicos, como aquello que tiene que suceder para redimir a la población española y terminar con muchos años de males. No es, en este sentido, casualidad, que el mayor número de iniciativas políticas recientes de reforma hayan provenido de las nuevas formaciones políticas, o de aquellas situadas más a la izquierda del espectro ideológico, o de las que cumplen ambos requisitos. Ya advertía Solozábal Echavarría de que "la reforma de la Constitución no es una panacea [...]. No tiene sentido lo que podríamos llamar la idea fáustica de la Constitución: no esperen todo del cambio constitucional"[53].

Pero es que, como también se ha visto ya, algunas de las propuestas de reforma formuladas por las distintas fuerzas políticas implicarían el estreno del procedimiento agravado recogido en el art. 168 CE. A estas alturas debería ya obstar la reflexión acerca de si realmente los requisitos que tal vía comporta podrían ser, en el terreno del juego político, llevados algún día a la práctica. En efecto, es cierto que el grado de rigidez de nuestra Constitución no es tan alto como el de otras Constituciones vigentes en nuestro entorno, pero, sobre todo para la vía del art. 168 CE, la convocatoria de elecciones generales y el recurso obligatorio al referéndum

53 Solozábal Echavarría, J. J., "La Constitución…", cit., p. 53.

(sin menospreciar las amplísimas mayorías parlamentarias precisadas) han servido, además, para sublimar la reforma de aquellos artículos afectados por él. ¿Cabe pensar en un Gobierno o grupo parlamentario con amplia representación política que supere la fuerza disuasoria de estas medidas y se atreva a plantear una reforma constitucional que, ocasionalmente, podría costarle su posición política de relevancia? En modo alguno queremos decir que una reforma de tal calado sea irrealizable, pero sí que pensamos que no faltan quienes la han propuesto con ligereza, como si ni siquiera fuera costosa, con la finalidad, suponemos, de proporcionar la sensación de éxito fácil en aquellos extremos que estiman de reforma necesaria o urgente de cara a la ciudadanía, y asegurarse así la vía de la culpabilización de los adversarios políticos en el caso —previsible— de frustrarse la tentativa de reforma.

Así sucede con el algunas de las principales objeciones que abogan por el *aggiornamento* de nuestra Constitución, que aluden, por ejemplo, a la ampliación del elenco de nuestros derechos fundamentales y libertades públicas, o que plantearían el debate acerca de la conveniencia de nuestra actual forma política de la Jefatura del Estado. Para la otra gran reforma proyectada y actualmente en discusión, la que afectaría a la organización territorial, bastaría en teoría el procedimiento del art. 167 CE, pero, si bien el Título VIII no está entre las materias reservadas al art. 168 CE, entendemos, con otros autores, que afectaría a la definición constitucional del Estado como autonómico del art. 2 CE, con lo cual serían los cauces del art. 168 CE los adecuados. ¿Realmente existe conciencia por parte de la población española, y, al parecer, de muchos grupos políticos, de lo difícil que es cumplir con lo necesario? En el caso de que la respuesta fuera afirmativa, al menos para los partidos políticos con representación parlamentaria que buscan estas reformas, es inexplicable el poco esfuerzo que están realizando a la hora de aglutinar el suficiente consenso real —traducible en votos favorables— de partida o de llegada que modificara el texto constitucional en aquellos extremos cuya reforma entienden urgente.

Ciertamente nuestra Constitución, hasta ahora, se ha visto envuelta en un halo de intangibilidad encubierta que ha propiciado que se la acuse de ser una norma en exceso rígida, encarnación del estoico *frangar, non frectar*. A esto ha contribuido, sin duda, el desplazamiento del entero debate político desde su *locus* natural, la puesta en discusión de la generalidad de asuntos que afectan al interés general, a su estricta ubicación entre los estrechos límites del juicio de constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes españolas. De tal modo, los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional han cumplido la función pontifical de cerrar *ex cathedra* debates y discusiones, separando y distinguiendo la ortodoxia de la constitucionalidad de la herejía de la inconstitucionalidad, y, lo que es crucial, sin un debate ulterior. Porque, en efecto, parte de la confrontación de ideas políticas ha de ceñirse al juicio de constitucionalidad que merecen las leyes, pero ni dicho criterio ha de concebirse como inamovible, ni basta con que una norma sea o no acorde con la Constitución para que se agote la discusión sobre sus distintos aspectos. La solidificación del debate político no ha contribuido en modo alguno a generar los cauces adecuados para un fructífero debate acerca de la reforma constitucional en España. Sin una *desconstitucionalización* del debate político, la salud de la norma suprema puede verse resentida y su constante cuestionamiento puede terminar por relativizar su trascendencia como norma fundamental del Estado.

Dicho todo lo cual, somos de la opinión de que la reforma constitucional debe de seguir en todo caso el criterio de la subsidiariedad y la *ultima ratio* en su aplicación. También parece algo evidente, pero son tantas las propuestas de reforma, que a veces pareciera haberse olvidado la historia del constitucionalismo español de siglos pasados, cuando la vida de las Constituciones de partido que se iban promulgando era igual de efímera que el paso de los grupos políticos que las elaboraban por el Gobierno. Sería un error concebir y tratar a nuestra Constitución vigente como si fuera una Constitución ideológica, partidista, tendenciosa, para poder emplear esa falsa premisa con la espuria intención de forzar una cerrazón y estrechez de miras constitucional —absolutamente ajenas a nuestra norma fundamental— con la única motivación de canalizar e incrementar una sensación de invalidez u obsolescencia constitucional que tampoco es realista.

Las propuestas ya enumeradas de los principales partidos políticos en España podrían ser juzgadas con criterios de oportunidad o inoportunidad. Ya adelantamos que no es ése nuestro objetivo. Pero de lo que no cabe duda es de que gran número de propósitos que se esconden detrás de las principales sugerencias de reforma podrían cumplirse sin tocar el texto de nuestra Constitución. Las pretensiones tras las iniciativas que pretenden alargar la lista de derechos fundamentales, por ejemplo, nacen ya satisfechas antes de la reforma; aquellas que persiguen una mayor eficacia de los derechos sociales se satisfarían con una legislación de desarrollo lo suficientemente garantista, que no dejara su aplicación efectiva al albur de las eventuales disposiciones presupuestarias. Y así con muchas del resto de proposiciones[54].

Otras sí requerirían la reforma constitucional, y a ellas debería circunscribirse dicho procedimiento, sin permitir que la reforma sea el cauce para abolir el régimen del 78, que tanto esfuerzo costó construir y que, aunque perfectible, ha servido de contexto de convivencia para una sociedad cuyos cambios experimentados justificarían una reforma constitucional, pero no una oportunista enmienda a la totalidad de aquél régimen político.

Algo que no deja de llamarnos la atención es el empeño de ciertas fuerzas políticas en superar la rigidez constitucional y vencer su inmovilismo a través del paradójico método de intensificar su carga ideológica, mediante, por ejemplo, la inclusión de nuevos derechos fundamentales (posibilitados y vigentes ya dentro del actual marco constitucional) como el derecho al aborto, al matrimonio entre personas del mismo sexo o a la muerte digna. ¿No podría acaso repercutir dicho mecanismo en la mella de la estabilidad de nuestra Constitución y, a la postre, condenarla a una existencia de reformas frecuentes o continuas? Da la impresión de que, detrás de todos estos planteamientos, subyace la arriesgada idea de que la reforma es, de suyo, algo positivo. Como se si tratase de una suerte de gusto por el cambio que renegaría del valor absoluto, éste sí, de la estabilidad política.

---

54 Abunda Torres del Moral en esa misma idea cuando propone una serie de reformas subconstitucionales que aligerarían el peso de la necesaria reforma constitucional, a la vez que la simplificarían y la alejarían de riesgos de radicalización innecesaria y peligrosa: propone, así, reformar, sin tocar la Constitución, la democracia representativa; el sistema electoral; el sistema de investiduras fallidas; la responsabilidad política individual de los ministros; el sistema de fuentes del Derecho; la organización territorial del Estado; e incluso la Corona (Torres del Moral, A., "¿Reforma constitucional o reforma política?", en Ruiz-Rico Ruiz, G., Porras Nadales, A. y Revenga Sánchez, M. Á., *Regeneración política y reforma constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017).

De muchas de las propuestas se desprende un gusto excesivo por las reformas, cuando, en puridad, la reforma no es buena en sí, ni necesaria siempre. Pareciera que, al haberse logrado identificar el régimen constitucional concebido en la transición del 78, con la causa de la desafección política que cunde entre la ciudadanía española —consecuencia en realidad de múltiples factores exógenos a la propia Constitución—, la mayor parte de las fuerzas políticas españolas, deseosas de buscar el mayor rédito electoral posible, se disputaran el grado máximo de disconformidad con el texto vigente de la Constitución.

La toma en consideración, el diálogo, la búsqueda de los apoyos necesarios, que circundan el momento de plantear la posible conveniencia de llevar a cabo una reforma constitucional deben estar en todo momento guiados por un necesario juicio de proporcionalidad y de oportunidad. Tan pernicioso puede ser no reformar aquello que necesita reforma como abanderar el vacuo posicionamiento que abogaría por una especie de reforma sistemática. Sin caer en las trampas de la obtención de un consenso de inicio que, al dificultarse siempre, pudiera entorpecer una reforma necesaria, la fiebre por la reforma ha de mitigarse con la pragmática aplicación del principio de *ultima ratio*, con la mesura a la hora de proponer medidas y con un cálculo aproximado de costes. La reforma ha de ser racional, no emocional ni visceral.

Estamos de acuerdo con Muñoz Machado cuando afirma que

"Mientras mantengamos nuestros compromisos europeos, las determinaciones de una buena parte de la Constitución resultan casi intangibles. No nos empeñemos, por tanto, en aventuras propias de un país desinformado que actúa como si todavía estuviera en el siglo XIX. Centremos el esfuerzo de reforma en arreglar las piezas defectuosas, que son bastantes, y en tratar de aliviar las inquietudes y reclamaciones de algunos poderes territoriales, tantas veces planteadas sin fundamento o respondidas sin imaginación y con mezquindad." [55]

Estimamos que sólo con la mente despejada puede tomarse una decisión que, si bien entraña riesgos que entre todos habremos de asumir, se hace necesaria hoy, cuando, por ejemplo, la cuestión territorial, mal planteada y peor zanjada en el 78, da lugar a preocupantes acontecimientos que sí podrían aconsejar un mayor grado de concreción constitucional; o cuando tal vez pudiera entenderse un debate sosegado sobre la función del Senado como Cámara de representación territorial; o incluso sobre la Corona. Pero, para que ello transcurra con un mínimo de garantías, no ya de éxito, sino de calma política y paz social, se hace necesario prescindir —como, en general, supieron prescindir los padres de nuestra Constitución— de posiciones ideológicamente apasionadas que debilitarían la salud de nuestra norma fundamental, así como de postulados teóricos que condenen al ordenamiento jurídico y al debate político a una hipertrofia constitucional en virtud de la cual las previsiones no contempladas expresamente en la Constitución o no declaradas constitucionales por un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional no serían válidas ni tendrían cabida en nuestro Derecho.

---

55 Muñoz Machado, S., "La Constitución perpetua", en *El País*, 2017 (en https://elpais.com/elpais/2016/12/04/opinion/1480878789_856402.html, última consulta el 21 de noviembre de 2017). El mismo autor, en otra publicación, cita a Madison y afirma que "las continuas apelaciones a nuevas asambleas constituyentes producirían inevitables vacíos legales y generación necesariamente inestabilidad, abriendo también ancho espacio al azar y a la demagogia". (Muñoz Machado, S., *Vieja y nueva Constitución*, Crítica, Barcelona, 2016, p. 25).

Hoy, más quizá que nunca antes, doctrina jurídica y clase política han de realizar, cada uno desde su aportación específica, un esfuerzo unánime por reformar nuestra Constitución desde el respeto del que, durante todos estos años, se ha hecho acreedora.

V. REFERENCIAS

A. Bibliografía

Aláez Corral, B., *Los límites materiales de la reforma de la Constitución Española de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

Álvarez Conde, E., "Reflexiones sobre los actuales procesos de reforma constitucional y estatutaria", en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, Vol. I, Cortes Generales, Madrid, 2009, pp. 1503-1521.

Castellà Andreu, J. M., "El debate sobre la reforma del Senado y su incidencia en la forma de estado y la forma de gobierno", en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, Vol. I, Cortes Generales, Madrid, 2009, pp. 419-446.

De Cabo Martín, C., La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho, Trotta, Madrid, 2015.

De Carreras Serra, F., "Una posible reforma constitucional del sistema de distribución de competencias", en AA. VV., *La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 457-476.

De Vega García, P., "La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la democracia", *Fundación Jiménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico*, Zaragoza, 2006.

De Vega García, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.

Freixes Sanjuán, T. y Gavara de Cara, J. C. (coords.), *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte primera*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

García-Atance García, M. V., *Reforma y permanencia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

García Fernández, J., "Reformas constitucionales posibles y reformas constitucionales imposibles. Notas previas a la reforma de la Constitución", *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012.

García-Escudero Márquez, P., *El procedimiento agravado de reforma de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

García Roca, J. (ed.), *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.

Garrorena Morales, Á., *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

González Encinar, J. J., "La Constitución y su reforma", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, Madrid, mayo-agosto de 1986.

González Trevijano, P., "La reforma como defensa de la propia Constitución", *Cuadernos de Pensamiento Político*, Madrid, julio-septiembre de 2006.

Muñoz Machado, S., *Vieja y nueva Constitución*, Crítica, Barcelona, 2016.

Ortega Álvarez, L., *Reforma constitucional y reforma estatutaria*, Thomson Civitas, Navarra, 2005.

Peces-Barba Martínez, G., "Reflexiones sobre la reforma constitucional", en AA.VV., *XXVI Jornadas de Estudio. La reforma constitucional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, pp. 45-53.

Pérez Royo, J., *La reforma constitucional inviable*, Catarata, Madrid, 2015.

Pérez Royo, J., *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

Pfersmann, O., "Reformas constitucionales e inconstitucionales: una perspectiva normativista", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 99, septiembre-noviembre de 2013.

Roura Gómez, S. y Tajadura Tejada, J., *La reforma constitucional*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

Rubio Llorente, F. y Álvarez Junco, J. (eds.), *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

Rubio Llorente, F., "Rigidez y apertura constitucional", en AA. VV., *La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente?*, *Actas de las XIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 17-40.

Solozábal Echavarría, J. J., "La Constitución ante su reforma: una perspectiva general", en AA.VV., *Estudios en homenaje a Alfonso Guerra. La Constitución a examen: la reforma de la Constitución en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 51-58.

Torres del Moral, A., "¿Reforma constitucional o reforma política?", en Ruiz-Rico Ruiz, G., Porras Nadales, A. y Revenga Sánchez, M. Á., *Regeneración política y reforma constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

Vargas Llosa, M., *La civilización del espectáculo*, Alfaguara, Madrid, 2012.

Vera Santos, J. M. y Díaz Revorio, F. J. (coords.), *La reforma estatutaria y constitucional*, La Ley, 2009, Madrid.

Vera Santos, J. M., *La reforma constitucional en España*, La Ley, Madrid, 2007.

B. Webgrafía

Propuestas para una reforma constitucional del PSOE: http://web.psoe.es/source-media/000000554500/000000554849.pdf (última consulta el 20 de noviembre de 2017).

Presno Linera, J., "¿Derechos sociales fundamentales?", en *eldiario.es*, 5 de diciembre de 2014 (http://www.eldiario.es/agendapublica/impacto_social/Derechos-sociales-fundamentales_0_331766953.html, última consulta el 20 de noviembre de 2017).

Entrevista a Luisa Broto, vicealcaldesa y concejala de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Zaragoza: http://www.eldiario.es/aragon/politica/derechos-sociales-constitucionalmente-sociedad-igualitaria_0_629938000.html (última consulta el 20 de noviembre de 2017).

"Plantean una reforma de la Constitución para blindar los derechos sociales", en http://www.eldiario.es/politica/Plantean-reforma-Constitucion-derechos-sociales_0_704130629.html (última consulta el 20 de noviembre de 2017).

"PSOE y Ciudadanos: diez diferencias entre sus propuestas para la Constitución", en http://www.eldiario.es/politica/PSOE-Ciudadanos-diferencias-propuestas-Constitucion_0_450405584.html (última consulta el 20 de noviembre de 2017).

Iglesias Turrión, P., "Mis padres de la Constitución", en *eldiario.es*, 6 de diciembre de 2016 (http://www.eldiario.es/tribunaabierta/padres-Constitucion_6_588001200.html, última consulta el 20 de noviembre de 2017).

Urrea Cortes, M., "La reforma la de Constitución. ¿Por qué, para qué, cuándo y cómo?, en *eldiario.es*, 7 de diciembre de 2016 (http://www.eldiario.es/zonacritica/reforma-Constitucion_6_588351187.html, última consulta el 20 de noviembre de 2017).

García Fernández, J., "La reforma de la Constitución", en *El País*, 27 de febrero de 2017 (https://elpais.com/elpais/2017/02/19/opinion/1487533738_010763.html, última consulta el 20 de noviembre de 2017).

"Rajoy enfría las peticiones de todos los partidos de reformar la Constitución", en https://politica.elpais.com/politica/2016/12/06/actualidad/1481016518_444044.html (última consulta el 20 de noviembre de 2017).

"Reforma exprés y sin referéndum", en https://politica.elpais.com/politica/2011/08/23/actualidad/1314128715_080054.html (última consulta el 20 de noviembre de 2017).

"Expertos juristas plantean una reforma federal de la Constitución", en https://politica.elpais.com/politica/2017/11/20/actualidad/1511206935_296549.html (última consulta el 21 de noviembre de 2017).

Muñoz Machado, S., "La Constitución perpetua", en *El País*, 6 de diciembre de 2016 (https://elpais.com/elpais/2016/12/04/opinion/1480878789_856402.html, última consulta el 21 de noviembre de 2017).

Propuestas de regeneración democrática e institucional del partido Ciudadanos: https://www.ciudadanos-cs.org/var/public/sections/page-nuestras.ideas.reformas-democraticas-institucionales/reformas-democraticas-institucionales.pdf?__v=136_0 (última consulta el 20 de noviembre de 2017).

“Podemos pide reformar la Constitución para que recoja los «anhelos y demandas de la ciudadanía»”, en https://www.youtube.com/watch?v=5eptbxVySsc (última consulta el 18 de noviembre de 2017).

“Podemos se marca como reto la reforma constitucional”, en https://www.youtube.com/watch?v=6yWsThp2DOw (última consulta el 18 de noviembre de 2017).

“Podemos apuesta por la reforma constitucional”, en https://www.youtube.com/watch?v=7Ug9CHqarFM (última consulta el 18 de noviembre de 2017).

“Podemos reforma constitucional o proceso constituyente”, en https://www.youtube.com/watch?v=QawLxrHyKzY (última consulta el 18 de noviembre de 2017).

Cronología y desarrollo de la segunda reforma constitucional, en http://www.congreso.es/consti/constitucion/reforma/segunda_reforma.htm (última consulta el 12 de noviembre de 2017).

Cronología y desarrollo de la primera reforma constitucional, en http://www.congreso.es/consti/constitucion/reforma/primera_reforma.htm (última consulta el 12 de noviembre de 2017).

LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE RUPTURA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Dra. Dña. María Dolores Ortiz Vidal

Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Universidad de Murcia

Resumen. Los acuerdos prematrimoniales no existen, como tales, en Derecho Civil común español. Sin embargo, sí se regulan en algunos Derechos Civiles autonómicos. Sirva como ejemplo, el Código de Familia de Cataluña. Por tanto, los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura no son una institución totalmente desconocida en el ordenamiento jurídico español. Ante esta situación, declarada la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles en relación con un litigio que versa sobre *prenups*, se plantea la cuestión de determinar la Ley aplicable al mismo, con el objetivo de saber si dicho acuerdo es válido, o no. Ello no es sencillo, visto que en Derecho Civil común no existe una única norma de conflicto que fije la Ley reguladora de este tipo de pactos. Sin embargo, los acuerdos prematrimoniales desarrollan una función similar a la que en Derecho Civil común español despliegan las capitulaciones matrimoniales y el convenio regulador, siendo éste el punto de partida para poder concretar la Ley reguladora de los mismos.

Palabras clave. Acuerdo prematrimonial, Derecho Civil, Derecho internacional privado.

Abstract. Prenuptial agreements do not exist, as such, in common Spanish Civil Law. However, they are regulated in some Autonomic Civil Law. For example, the Family Code of Catalonia. Therefore, prenuptial agreements are not an entirely unknown institution in the spanish legal system. Faced with this situation, declared the competence of the Spanish Courts in relation to a litigation that deals with prenups, the question arises to determine the applicable Law to it, with the objective o knowing if the agreement is valid, or not. This is not easy, because in common Civil Law there is not a conflict-of-law rule wich operates in this kind of agreements. However, prenuptial agreements develop a function similar to that in common Spanish Civil Law deploy the marriage settlements and the regulatory agreement. This could be a useful starting point to be able to specify the applicable Law.

Keywords. Prenuptial agreement, Civil Law, Private international Law.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN

La familia constituye la unidad básica de la sociedad. El matrimonio, entendido en el sentido de vínculo conyugal, es también la institución social que constituye la familia. Por esta razón, el modelo de matrimonio condiciona, a su vez, el concepto de familia. No obstante, la concepción del modelo de matrimonio y del modelo de familia es distinta en cada Estado.

El modelo tradicional de matrimonio es el resultado de una larga evolución histórica que adquiere conceptos propios de Derecho Romano y de Derecho Canónico[56]. Con posterioridad, a lo largo del siglo XIX, el matrimonio experimenta un cambio jurídico que lo convierte en una "institución". Esta afirmación pone de manifiesto que la institución jurídica del matrimonio genera entre los cónyuges obligaciones y derechos recogidos en la Ley, que pueden ser distintos en función de la sociedad reguladora[57]. Esta situación afecta, de manera directa, a las normas de Derecho Internacional Privado de la época, que consideraron que la institución jurídica del matrimonio, para los casos transfronterizos, se integraba en un concepto legal más amplio: "el estatuto personal".

Durante el siglo XX, el proceso de laicización que sufren los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados, comporta la asunción de un nuevo modelo de familia más moderno, que se caracteriza por la existencia de un concepto más amplio, en el que no sólo tiene cabida la familia que tiene su origen en la celebración del matrimonio católico. Este modelo de familia, más moderno, se caracteriza por una flexibilización de los roles familiares. La mujer se incorpora al mundo laboral, lo que supone que el cuidado de los hijos y las tareas domésticas se realicen, de manera igualitaria, por ambos progenitores.

Así las cosas, en la actualidad, los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados protegen a la "familia", entendida como "agrupación libre de personas diferentes e iguales", lo que da lugar a la proliferación de múltiples modelos de familia y de nuevas formas alternativas al matrimonio. En consecuencia, a día de hoy, el matrimonio deja de ser considerado una institución para convertirse en un contrato particular, libremente asumido por las partes, en el que éstas establecen sus derechos y obligaciones[58]. El hecho de que los particulares regulen, *motu proprio*, sus relaciones en materia matrimonial comportan la pérdida progresiva del carácter imperativo del Derecho de Familia y, sobre todo, del Derecho matrimonial sobre los

---

56 NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pp. 28-39; MEULDERS-KLEIN, M. T., «L'evolution du mariage et le sens de l'histoire. De l'institution au contrat et au-delà » en GANCHOFER, R., *Le Droit de la famille en Europe. Actes des Journées internationales d'histoire du droit*, Estrasburgo, 1992, pp. 200-225.

57 DEL CAMPO, S., *Familias: sociología y política*, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1995.

58 CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de Ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 75-81 expone las características del nuevo modelo conocido como "matrimonio-asociación", en el que dos sujetos, independientemente de su sexo, "se asocian temporalmente para lograr juntos determinados fines que ellos mismo eligen".

cónyuges. El Derecho interviene en las relaciones jurídico privadas de los cónyuges sólo si no existe acuerdo entre ellos[59].

La situación descrita constituye el punto de partida de la institución jurídica de los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. En concreto, en Estados Unidos y en Inglaterra, la jurisprudencia proporciona una respuesta rápida y eficiente a la demanda de la sociedad, que exige un amplio margen de maniobra en el ámbito del Derecho de Familia. Ambos países califican los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura como un contrato más y reconocen su eficacia.

A diferencia de ello, en Europa, los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura, como tales, no existen. Sin embargo, en muchos países europeos, las capitulaciones matrimoniales desarrollan una función similar a la que despliegan los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Las capitulaciones matrimoniales existen desde antaño en los ordenamientos jurídicos de cada Estado europeo[60].

Ahora bien, los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura no existen, como tales, en el Derecho Civil común español. Sin embargo, los Derechos Civiles autonómicos sobre uniones de hecho y su posterior desarrollo jurisprudencial han reconocido la validez de los pactos que regulan la convivencia de la pareja de hecho y los efectos que derivan de la futura ruptura, si ésta se produjera[61]. Los convivientes de hecho tienen la facultad de pactar sobre los aspectos personales y patrimoniales de su unión, para que rijan durante la convivencia y, en su caso, en la futura ruptura de dicha unión. En este sentido, los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura, como tales, sí aparecen regulados, de manera expresa, en algunos Derechos Civiles forales. Sirvan como ejemplo, el Código de Familia de Cataluña o el Derecho Foral valenciano.

---

59 LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, p. 17, como representante de la doctrina tradicional expuso que el Derecho de Familia (de la época) se caracterizaba por la escasa intervención del principio de la autonomía de la voluntad.

60 Los ordenamientos jurídicos que pueden ser citados a título de ejemplo, son, entre otros : art. 1393 CC Français: « Les époux peuvent déclarer, de manière générale, qu'ils entendent se marier sous l'un des régimes prévus au présente code. A défaut de stipulations spéciales qui dérogent au régime de communauté ou le modifient, les règles établies dans la première partie du chapitre II formeront le droit commun de la France » ; art. 1698 CC Português : « Os esposos podem fixar livremente, em convençao antenupcial, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos neste código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei » ; art. 159 CC Italiano : « Il regime patrimoniale legale della famiglia, in mancanza di diversa convenzione stipulata a norma dell'art. 162, è costituito dalla comunione dei beni regolata dalla sezione III del presente capo ».

61 PINTO ANDRADE, C., "La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de la ruptura", Noticias Jurídicas, septiembre 2010 pone de relieve esta idea y, para ello, se refiere a la Consulta de 3 de abril de 1987 de la Fiscalía General del Estado, relativa a los pactos en las uniones de hecho o "more uxorio": "aparte de la eventual licitud actual de los pactos extintivos con contenido patrimonial entre los convivientes, nos parecen claras dos cosas: que la autorregulación que puedan hacer para el futuro no alcanzará a las relaciones de patria potestad y filiación en forma distinta de la prevista *ex lege*; y que si estas uniones carecen de acto constitutivo, tal circunstancia no supone que los hijos hayan de estar privados de la tutela judicial general, pues, como ya se ha indicado, todos los hijos son titulares de los mismos derechos a cumplir por los progenitores con independencia de su cualidad matrimonial o no matrimonial".

Ante esta situación, declarada la competencia de los juzgados y tribunales españoles en relación con un litigio sobre acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura, se plantea la cuestión de determinar la Ley aplicable al mismo, con el objetivo de saber si dicho pacto es válido o no. Ello no es sencillo, visto que no existe en Derecho Civil común una norma de conflicto que fije la Ley reguladora de este tipo de acuerdos, tal y como se verá más adelante.

2. LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE RUPTURA: CONCEPTO Y FUNCIONES

2. A. Concepto de acuerdo prematrimonial en previsión de ruptura

Los pactos prematrimoniales constituyen un negocio jurídico en virtud del cual los futuros cónyuges regulan convencionalmente, con anterioridad a haber contraído matrimonio, aspectos relativos a sus relaciones personales durante el matrimonio y, a través del cual, pueden incluso prever las consecuencias de una eventual ruptura en caso de separación, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio[62].

El acuerdo prematrimonial consiste en el otorgamiento de un pacto adoptado por los futuros cónyuges, cuya celebración tendrá lugar antes de la fecha en la que decidan contraer matrimonio, que tiene por objeto la protección de los activos de una o ambas partes para el caso de que se separen, se divorcien o fallezca uno de ellos.

Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura se dirigen a proteger el patrimonio de cada uno de los cónyuges y a salvaguardar el interés superior de los menores, si los hubiera. Por lo tanto, dichos acuerdos se dirigen a evitar que, en el caso de que los cónyuges sufran una crisis matrimonial, surja una confrontación entre ambos y que uno de ellos pueda aprovecharse injustamente de su consorte.

En particular, el otorgamiento de un acuerdo prematrimonial en previsión de ruptura puede resultar de especial interés para el modelo de "familia reconstituida", en el que existen hijos no comunes y, con frecuencia, patrimonios de cierta entidad anteriores al matrimonio. Las personas que contraen matrimonio por segunda o ulterior vez, ya han sobrevivido a la mala experiencia de una crisis matrimonial y, generalmente, son cautos y desean impedir que una nueva crisis matrimonial les haga revivir la difícil situación que tuvieron que soportar[63].

Los pactos prematrimoniales presentan, entre otras, las ventajas siguientes[64]: el contenido del acuerdo prematrimonial y la firma del mismo tienen lugar en un momento en el que existe una buena relación entre los otorgantes. Además, las cuestiones económicas que puedan

---

62 MARTÍNEZ CALVO, J. J., "Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en el ordenamiento jurídico español", *IUS. Revista de Investigación Jurídica*, núm. 6, septiembre 2013, p. 4.

63 GARCÍA RUBIO, M. P., "Acuerdos prematrimoniales. De nuevo sobre la libertad y sus limites en el Derecho de Familia" en Nuevos retos de Derecho de familia, Ponencias de las XIII Jornadas de Derecho catalán en Tossa de Mar, Documenta universitaria. Universidad de Girona, 2004, pp. 99-100.

64 DEL BURGO, M. "Acuerdos prematrimoniales ¿fin del romanticismo o practicidad?", *La Tribuna del Derecho*, febrero 2010, pp. 34-35.

derivarse de la celebración del matrimonio quedan rigurosamente reguladas en el pacto prematrimonial en previsión de ruptura: el régimen económico matrimonial que se aplicará durante el matrimonio, el derecho y la cuantía de la pensión compensatoria, si procede, a favor de uno de los cónyuges o la atribución y la distribución del uso de la vivienda familiar.

Los futuros cónyuges, que son los que mejor conocen su relación, convendrán de la mejor manera en el acuerdo prematrimonial lo que les permita salvaguardar sus intereses y valores familiares, personales y patrimoniales, los cuales pueden no coincidir con los establecidos con carácter general por el legislador en las normas relativas a los efectos jurídicos que derivan de las crisis matrimoniales. Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura reducen costes económicos y emocionales, propios de la ruptura cónyuges[65].

Los futuros contrayentes pueden redactar, *motu proprio*, el acuerdo prematrimonial en previsión de ruptura sin que resulte necesaria la asistencia de letrado. No obstante, resulta aconsejable que ambos otorgantes vayan acompañados de su abogado con la finalidad de garantizar su justa representación y asesoramiento.

En sintonía con lo anterior, los acuerdos celebrados entre los futuros esposos son válidos, aún cuando se suscriban en documento privado. No obstante, resulta conveniente que los otorgantes firmen dicho acuerdo prematrimonial y lo eleven a público, a los efectos de la legitimación de firmas y fechas. Los futuros cónyuges también disponen de la opción de otorgar tales pactos prematrimoniales en escritura pública ante Notario. De este modo, los acuerdos tienen acceso al Registro Civil y al Registro de la Propiedad, para que lo convenido no sólo surta efectos entre ellos, sino también, frente a terceros.

El acuerdo prematrimonial debe realizarse por escrito, ante Notario, de manera libre y voluntaria por ambos otorgantes y, tiene que ir firmado por ellos. Se recomienda que los acuerdos prematrimoniales se otorguen con antelación suficiente a la celebración de la boda porque la firma de dichos pactos en fecha próxima a la celebración del matrimonio puede constituir causa de invalidez. Se considera, con frecuencia que, si los acuerdos prematrimoniales han sido otorgados en los días cercanos a la boda, los futuros cónyuges han actuado bajo coacción.

2. B. Funciones que desarrollan los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura

Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura no existen, como tales, en el Derecho Civil común en el ordenamiento jurídico español, tal y como se indicó anteriormente. Sin embargo, dichos pactos desarrollan una función similar a la que en Derecho Civil común español despliegan las capitulaciones matrimoniales (arts. 1315-1335 CC) o el convenio regulador (arts. 90-101 CC).

---

65 GARCÍA RUBIO, M. P., "Acuerdos prematrimoniales. De nuevo sobre la libertad y sus limites en el Derecho de Familia" en *Nuevos retos de Derecho de familia, Ponencias de las XIII Jornadas de Derecho catalán en Tossa de Mar*, Documenta universitaria. Universidad de Girona, 2004, pp. 99-100.

2.B.1. Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura y las capitulaciones matrimoniales

Las capitulaciones matrimoniales fueron recogidas en la primera redacción del Código Civil español. Hasta la reforma del Código Civil español en el año 1975, las capitulaciones matrimoniales se otorgaban antes de la celebración del matrimonio, pero no podían modificarse una vez que se hubiera celebrado el mismo. En efecto, el contenido de las capitulaciones matrimoniales era inmutable desde la fecha en la que se celebraba el matrimonio. Las capitulaciones matrimoniales se otorgaban en escritura pública ante Notario y se referían, en exclusiva, al contenido patrimonial del matrimonio. En particular, el Código Civil español posibilitaba que las capitulaciones matrimoniales pudieran otorgarse ante el Secretario de Ayuntamiento con la presencia de dos testigos, pero sólo para el caso de que las capitulaciones matrimoniales contuvieran bienes muebles de escaso valor y ante la no existencia de Notario en el pueblo[66]. Con posterioridad, después de la reforma del Código Civil español del año 1975, los cónyuges disponen de la facultad de otorgar capitulaciones matrimoniales antes o tras la celebración de su matrimonio.

En la actualidad, el Código Civil español establece que, en las capitulaciones matrimoniales, las cuales pueden otorgarse antes o después de la celebración del matrimonio, los otorgantes pueden establecer, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo, con el límite de lo que señale la Ley, lo que resulte de las buenas costumbres y del principio de igualdad de derechos y deberes de los cónyuges en el matrimonio. Las capitulaciones matrimoniales son válidas si éstas han sido otorgadas mediante escritura pública ante Notario[67].

En las capitulaciones matrimoniales, los otorgantes podrán estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo (art. 1325 CC). El régimen económico del matrimonio ordena jurídicamente las relaciones económicas y patrimoniales de los cónyuges entre sí y, también, respecto a terceros. Pues bien, los cónyuges pueden pactar en capitulaciones matrimoniales cuál será el régimen económico que rija su matrimonio, dentro de los límites que establece el Código Civil español (art. 1315 CC).

Además, los cónyuges también pueden modificar o sustituir su régimen económico matrimonial en cualquier momento, siempre que tales cambios no supongan un perjuicio para los derechos adquiridos por terceros (art. 1317 CC). El tercero tiene que probar que es titular de un derecho anterior a la modificación del régimen económico matrimonial y que tal derecho se ha visto perjudicado por el cambio de régimen que han acordado los cónyuges. En este caso, se respeta la posición jurídica que tenía el tercero antes de la novación del régimen económico del matrimonio. En efecto, esta situación permite la *coexistencia virtual* de dos

---

66 Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges (*BOE* núm 107, de fecha 5 de mayo de 1975).

67 El régimen económico matrimonial se regula en el Título III del Libro IV (arts. 1315-1444) del Código Civil español, redactado por Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial (*BOE* 19 de mayo 1981).

regímenes económicos[68]: el modificado – que resulta aplicable a los cónyuges y frente a los terceros que no tenían derechos adquiridos – y el anterior – que es eficaz frente a los terceros que tenían derechos adquiridos en el momento del cambio –.

Las capitulaciones matrimoniales pueden ser otorgadas por los cónyuges o por los futuros cónyuges, puesto que, éstas pueden otorgarse antes o después de la celebración del matrimonio (art. 1326 CC). En particular, el menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse también podrá otorgar capitulaciones matrimoniales. Para ello, el menor necesita el concurso y el consentimiento de sus padres o tutor, a menos que se limite a pactar el régimen de separación de bienes o el de participación (art. 1329 CC). La capacidad de los otorgantes de capitulaciones matrimoniales se rige por la regla "*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*". La persona que tenga capacidad para contraer matrimonio, también está habilitada para otorgar capitulaciones matrimoniales (*vid*. art. 1329 y 1330 CC).

En sintonía con lo anterior, los futuros cónyuges son los sujetos que pueden otorgar tanto capitulaciones matrimoniales como celebrar pactos prematrimoniales en previsión de ruptura. El otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales en escritura pública constituye un requisito de forma *ad solemnitatem* (arts. 1280.3º y 1327 CC).

La escritura pública de capitulaciones matrimoniales se refiere, principalmente, a la fijación del régimen económico matrimonial de los cónyuges o, en su caso, a su modificación y sustitución. No obstante, en dicha escritura pública de capitulaciones matrimoniales también pueden constar cualesquiera otras disposiciones que resulten interesantes a los cónyuges para que rijan su matrimonio, tales como, donaciones entre cónyuges por razón de matrimonio o pactos en materia de sucesiones. En este sentido, las capitulaciones matrimoniales regulan, en exclusiva, cuestiones relativas al ámbito patrimonial y no se prevén en ellas los efectos que puede suscitar una futura ruptura del vínculo matrimonial.

En sintonía con lo anterior, la exigencia de que las capitulaciones matrimoniales se otorguen en escritura pública se refiere, en exclusiva, a las estipulaciones por las que los cónyuges establecen su régimen económico matrimonial, así como, a los demás acuerdos de naturaleza capitular. El resto de acuerdos de naturaleza distinta pero que puedan incluirse en capitulaciones matrimoniales no tienen la obligación de otorgarse mediante escritura pública ante Notario[69].

El legislador español señaló que las capitulaciones matrimoniales debían otorgarse, de manera obligatoria, en escritura pública ante Notario con la finalidad de proteger a los esposos. Ahora bien, el legislador español no pretende proteger sólo a los cónyuges sino también

---

68 DE PABLO CONTRERAS, P. / PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., "La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales" en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (COORD.) *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*, 4ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2013, pp. 203-227, esp. p. 206.

69 STS 4 febrero 1995 (*RJ* 1995/739): "…las operaciones liquidatorias o particionales de un sociedad conyugal ya disuelta, aunque las mismas se practiquen en una misma escritura de concurrentes o simultáneas capitulaciones matrimoniales, a cuyas operaciones particionales o liquidatorias no es aplicable, para la validez de las mismas, la exigencia de escritura pública con el expresado carácter constitutivo o "ad validitatem", según ya tiene declarado esta Sala en Sentencias de 4 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985/6202) y 7 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990/8532)"

a los terceros de buena fe que pudieran verse perjudicados por el contenido de dichas capitulaciones matrimoniales. Por esta razón, las capitulaciones matrimoniales pueden inscribirse en los Registros pertinentes a efectos de publicidad y para ser oponibles frente a terceros (art. 1317 y 1335 CC). Las modificaciones del régimen económico matrimonial que suponen un reparto patrimonial desigual entre los esposos es ineficaz, pero sólo si produce un perjuicio a un tercero de buena fe.

No obstante lo indicado con anterioridad, resulta posible que la institución jurídica de los acuerdos prematrimoniales se integre en el régimen jurídico aplicable a las capitulaciones matrimoniales, eso sí, con ciertas peculiaridades. La justificación de esta afirmación encuentra sentido en el hecho de que la escritura pública de capitulaciones matrimoniales puede referirse no sólo a la determinación, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial, sino también, a cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio[70] (art. 1325 *in fine* CC).

Las capitulaciones matrimoniales se otorgan ante Notario, con frecuencia, antes de contraer matrimonio. Sin embargo, también cabe la posibilidad de que dichas capitulaciones matrimoniales se otorguen una vez celebrado el mismo, por ejemplo, para cambiar el régimen económico matrimonial (*vid*. art. 1326 CC). En particular, si las capitulaciones matrimoniales se otorgan antes de contraer matrimonio, lo estipulado en ellas quedará sin efecto en el supuesto de que el matrimonio no se celebre en el plazo de un año desde la fecha del otorgamiento (art. 1334 CC). A diferencia de ello, un acuerdo prematrimonial en previsión de ruptura nunca puede otorgarse después de que se haya celebrado el matrimonio. En este aspecto, las capitulaciones matrimoniales presentan un ámbito temporal distinto del establecido para los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura.

Las capitulaciones matrimoniales pueden contener aspectos relativos al régimen económico del matrimonio, así como, cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo. En relación con el régimen económico del matrimonio, los cónyuges o futuros cónyuges pueden elegirlo, de entre los establecidos en el Código Civil. No obstante, también disponen de la opción de incorporar al régimen económico elegido las modificaciones que estimen oportunas. E incluso más, los otorgantes pueden diseñar un régimen económico matrimonial propio, a partir de la combinación de los ya existentes o mediante la adopción de un régimen económico matrimonial de un Derecho foral o extranjero[71]. Respecto de cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio, las capitulaciones matrimoniales pueden contener un inventario de los bienes que cada uno de los cónyuges ha aportado al matrimonio, la donación de bienes futuros, las mejoras o promesas de mejorar, etc.

---

70 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales" en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coord.), *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de Familia*, 3ª ed., Ed. COLEX, Madrid, 2011. p. 212 señala que los cónyuges pueden incluir en sus capitulaciones matrimoniales cualesquiera acuerdos o pactos que estimen conveniente, incluso de contenido no necesariamente matrimonial. Pactos o acuerdos que, por tanto, podrían contenerse en otro instrumento jurídico diferente.

71 DE PABLO CONTRERAS, P. / PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., "La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales" en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (COORD.) *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*, 4ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2013, pp. 203-227, esp. p. 222-223.

La invalidez de las capitulaciones matrimoniales se determina con arreglo a lo previsto para las reglas generales de los contratos (art. 1335 CC). Por tanto, las capitulaciones matrimoniales devienen ineficaces por las mismas causas que invalidan un contrato. Las cláusulas de los pactos matrimoniales en previsión de la ruptura no deben ser contrarias a la Ley, la moral y el orden público (art. 1255 CC).

Ahora bien, las capitulaciones matrimoniales también pueden ser nulas por defecto de forma (*vid*. art. 1327 CC) y, en particular y en relación con la escritura pública de capitulaciones matrimoniales, será nula cualquier disposición que resulte contraria a la Ley o a las buenas costumbres y vulnere la igualdad de derechos que corresponden a ambos cónyuges (art. 1328 CC). En virtud del principio de conservación del contrato, la ineficacia de las capitulaciones matrimoniales declara nula la disposición capitular que resulte contraria a los límites generales y particulares que el Código Civil español establece en esta materia (*vid*. art. 1255 y 1328 CC). La nulidad, por entero, de las capitulaciones matrimoniales sólo se producirá en el caso de que su contenido sea ilícito o inmoral[72].

Respecto de la vulneración de la "igualdad de derechos que corresponden a ambos cónyuges" (*vid*. art. 1328 CC), las disposiciones de los acuerdos prematrimoniales tienen que respetar la igualdad de los esposos en cuanto derechos y deberes conyugales. "Igualdad de derechos de los cónyuges" no significa "idéntico reparto de patrimonio entre ellos". La validez de las disposiciones contenidas en un acuerdo prematrimonial no supone una igualdad cuantitativa en la participación de las ganancias, rentas o ingresos procedentes de cualquier rendimiento. La igualdad de derechos y deberes de los cónyuges en el matrimonio no afecta al reparto que ellos decidan hacer de sus bienes. Los cónyuges pueden actuar con plena libertad en el momento de pactar las cuestiones patrimoniales que deriven de su relación matrimonial, con el límite de respetar los derechos fundamentales del otro cónyuge, su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10 Constitución Española).

2.B.2. Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura y el convenio regulador

Los cónyuges alcanzan, con frecuencia, un acuerdo para el caso de que exista una crisis en su matrimonio. Los divorcios que se tramitan de mutuo acuerdo, mediante la firma de un convenio regulador, constituyen un número más elevado que los divorcios que presentan un carácter contencioso. Posteriormente, con la reforma del Código Civil español en el año 1981, se permite que los cónyuges puedan regular en estos convenios los aspectos personales y patrimoniales que derivan de su divorcio.

La demanda de separación judicial y también la de divorcio, pueden ir acompañadas, si así lo deciden los cónyuges, de una propuesta de convenio regulador elaborada según las pautas establecidas en el Código Civil español (art. 81 CC y art. 86 CC). El convenio regulador es un documento en el que los contrayentes manifiestan su acuerdo respecto a sus relaciones económicas y también para con sus hijos, en caso de separación o divorcio. La validez de este convenio regulador exige que esté suscrito por los cónyuges pero que sea aprobado por el Juez.

---

72 CUTILLA TORNS, J. M., *Las capitulaciones matrimoniales. Estudio de sus ineficacias y sus acciones impugnatorias*, Ed. de la Revista General del Derecho, Valencia, 2000, p. 126.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si el convenio regulador es un negocio jurídico válido y eficaz en sí mismo o, si, por el contrario, necesita la aprobación judicial. Algún autor considera que la intervención del juez debería limitarse a ratificar la petición de separación o de divorcio y no a pronunciarse sobre la validez del contenido del convenio regulador, en virtud del principio de la mínima intervención del Estado en el Derecho de Familia[73].

El Tribunal Supremo considera que el convenio regulador no homologado judicialmente es válido, si bien, su eficacia depende de la aprobación judicial[74]. El convenio regulador que ha sido judicialmente aprobado forma parte de la resolución judicial, lo que lo dota de eficacia procesal. Por el contrario, el convenio regulado que no haya sido aprobado por el juez presenta la misma eficacia que cualquier otro negocio jurídico de Derecho de Familia.

En el caso de que el juez deniegue la aprobación de la propuesta de convenio regulador que le hayan presentado los cónyuges, éstos deberán presentar una nueva propuesta limitada a los puntos que el juez no aprobó inicialmente (art. 777.7 LEC). En efecto, la aprobación judicial perfecciona el convenio regulador y lo dota de fuerza ejecutiva, incluso por vía de apremio (art. 90.2 *in fine* CC).

El convenio regulador es un negocio jurídico, propio de Derecho de Familia, cuyo nacimiento depende de que se produzca la separación judicial o el divorcio y de que, con posterioridad, el juez ratifique el pacto.

El convenio regulador puede ser revocado por cualquiera de los cónyuges, siempre previa intervención judicial. El Código Civil español indica que el convenio regulador debe referirse, al menos, a los aspectos siguientes (art. 90 CC): 1º) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos[75]. 2º) El régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos[76]. 3º) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar[77]. 4º) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en

---

73 GIL MIQUEO, J. "El Convenio regulador" en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (COORD.) *Derecho de Familia*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 333-367, esp. p. 338 afirma que no parece razonable que el tribunal impida la solución a un conflicto, después de que las partes hayan conseguido alcanzar un acuerdo tras, con frecuencia, un largo proceso de negociación.

74 *STS* 22 abril 1997

75 Redactado por el apartado siete del artículo primero de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Vigente desde el día 10 de julio de 2005 (*BOE*, núm. 163 de fecha 9 de julio de 2005).

76 Redactado por el apartado uno del artículo primero de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. Vigente desde el día 23 de noviembre de 2003 (*BOE*, núm. 280 de fecha 22 de noviembre de 2003).

77 Renombrado por el apartado uno del artículo primero de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. Vigente desde el día 23 de noviembre de 2003 (*BOE*, núm. 280 de fecha 22 de noviembre de 2003).

su caso[78]. 5º) La liquidación, si procede, del régimen económico del matrimonio[79]. 6º) La pensión que corresponda satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges a favor del otro, si existe un desequilibrio económico entre ambos[80].

Ahora bien, cabe la posibilidad de que los cónyuges no hayan podido alcanzar un acuerdo o si, aunque éste exista, que no haya sido aprobado judicialmente. En este caso, el juez tiene la obligación de pronunciarse los aspectos a los que debió hacer referencia el convenio regulador:

1º) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos[81]. El Código Civil español se refiere, de manera expresa, a la institución jurídica de la patria potestad y de la guardia y custodia de los hijos (art. 92 CC). En relación con la institución jurídica de patria potestad, los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges. Respecto de la guarda y custodia de los hijos, los padres pueden solicitar en la propuesta de convenio regulador el ejercicio compartido de la misma. El juez, valorará la petición de los progenitores y, en su caso, adoptará las cautelas que estime pertinentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda y custodia establecido. Para ello, el juez debe recabar informe del Ministerio Fiscal y oirá a los menores que tengan suficiente juicio, sólo si lo considera necesario, de oficio o a petición del Fiscal.

En efecto, el juez dispone de cierto grado de autonomía cuyo objeto consiste en salvaguardar el interés superior del menor. En este sentido, establecerá el régimen jurídico de guarda y custodia de los hijos a partir de la valoración que haga de las alegaciones que los progenitores realizaron en la comparecencia y de la prueba practicada en ella, así como, de la relación que los padres mantengan entre sí y para con sus hijos[82].

---

78 Renombrado por el apartado uno del artículo primero de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. Vigente desde el día 23 de noviembre de 2003 (*BOE*, núm. 280 de fecha 22 de noviembre de 2003).

79 Renombrado por el apartado uno del artículo primero de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. Vigente desde el día 23 de noviembre de 2003 (*BOE*, núm. 280 de fecha 22 de noviembre de 2003).

80 Renombrado por el apartado uno del artículo primero de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. Vigente desde el día 23 de noviembre de 2003 (*BOE*, núm. 280 de fecha 22 de noviembre de 2003).

81 Redactado por el apartado siete del artículo primero de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Vigente desde el día 10 de julio de 2005 (*BOE*, núm. 163 de fecha 9 de julio de 2005).

82 El art. 92.7 CC establece que "No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica".

El Código Civil español no establece qué progenitor debe ostentar la guarda y custodia, pagar la pensión alimenticia de los hijos u ocuparse de la educación de éstos. El Código Civil español se limita a señalar que tales obligaciones deben cumplirse con respeto al principio del interés superior del menor. Por esta razón, son los cónyuges los que deben acordar el régimen de ejercicio de la patria potestad y de todos los aspectos que deriven de la misma, siempre en interés superior del menor.

2º) El régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos[83]. El juez, previa audiencia a los abuelos para que éstos presten su consentimiento, puede aprobar el régimen de visitas que los cónyuges hayan propuesto para mantener la comunicación entre los abuelos y los nietos.

3º) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar[84]. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial (art. 96 CC).

4º) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso[85]. El Código Civil español establece que el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento (art. 93 CC).

El concepto de "alimentos" no se refiere, en exclusiva, a la alimentación de los hijos. Es una noción que comprende todos los gastos que deriven de su sustento, habitación, vestido, educación y asistencia médica. Con carácter general, el importe de los alimentos depende, fundamentalmente, de los ingresos y rentas que obtengan los padres. Ahora bien, los cónyuges pueden modular dicha cantidad en el convenio regulador, a su conveniencia y según los criterios que cubran sus intereses y los de sus hijos.

La obligación de alimentos en favor de los hijos presenta, con frecuencia, un carácter solidario. Es satisfecha por ambos progenitores. Sin embargo, en el convenio regulador sólo

---

83 Redactado por el apartado uno del artículo primero de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. Vigente desde el día 23 de noviembre de 2003 (*BOE*, núm. 280 de fecha 22 de noviembre de 2003).

84 Renombrado por el apartado uno del artículo primero de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. Vigente desde el día 23 de noviembre de 2003 (*BOE*, núm. 280 de fecha 22 de noviembre de 2003).

85 Renombrado por el apartado uno del artículo primero de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. Vigente desde el día 23 de noviembre de 2003 (*BOE*, núm. 280 de fecha 22 de noviembre de 2003).

se establece y cuantifica la parte que debe abonar el progenitor no custodio. El Código Civil español no distingue, a la hora de emplear el concepto "alimentos", si se refiere a los debidos entre ex cónyuges o los que corresponden en favor de los hijos comunes.

5º) La liquidación, si procede, del régimen económico del matrimonio[86]. El convenio regulador debe contener un listado de los bienes – privativos y, si los hay, comunes –, así como de las deudas y cargas, que conformen el régimen económico del matrimonio. De ese listado se obtiene el resultado final de la liquidación del régimen económico matrimonial que permitirá concretar si existe un grave perjuicio para alguno de los cónyuges.

La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial. Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno sólo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte (art. 95 CC).

6º) La pensión que corresponda satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges a favor del otro, si existe un desequilibrio económico entre ambos[87]. El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia (arts. 97-98 CC).

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: la edad y el estado de salud, la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación pasada y futura a la familia o la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

Ahora bien, el convenio regulador y los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura son instituciones jurídicas distintas, a pesar de que cumplan una función similar. De un lado, el convenio regulador se formaliza en el momento en el que surge la crisis matrimonial, mientras que, el pacto prematrimonial en previsión de ruptura lo hace desde la fecha en la que se otorga, que siempre será antes de contraer matrimonio. De otro lado, el convenio regulador exige ser aprobado judicialmente para poder surtir efectos, mientras que, los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura no requieren de dicha aprobación judicial. En este sentido, algún autor[88] ha considerado que los pactos prematrimoniales en previsión de ruptu-

---

86 Renombrado por el apartado uno del artículo primero de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. Vigente desde el día 23 de noviembre de 2003 (*BOE*, núm. 280 de fecha 22 de noviembre de 2003).

87 Renombrado por el apartado uno del artículo primero de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. Vigente desde el día 23 de noviembre de 2003 (*BOE*, núm. 280 de fecha 22 de noviembre de 2003).

88 MARTÍNEZ CALVO, J. J., "Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en el ordenamiento jurídico español", *IUS. Revista de Investigación Jurídica*, núm. 6, septiembre 2013, p. 5.

ra pueden equipararse a un convenio regulador que no haya sido homologado por el Juez. Por esta razón, el momento del otorgamiento es el aspecto que marca la diferencia entre ambas figuras: antes de la celebración del matrimonio para los acuerdos prematrimoniales y después de la crisis matrimonial para el convenio regulador.

Las disposiciones previstas en los pactos matrimoniales en previsión de la ruptura deben respetar las Leyes, la moral y el orden público (*vid*. art. 1255 CC). En particular y respecto de las disposiciones propias del convenio regulador, éstas no pueden causar un grave daño para los hijos ni un perjuicio grave para uno de los cónyuges (art. 90 *in fine* CC). En sintonía con lo anterior, los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura desarrollan funciones similares a las que en Derecho Civil común español despliegan las capitulaciones matrimoniales o los convenios reguladores. No obstante, los pactos prematrimoniales presentan una característica que es lo que permite diferenciarlos de las dos instituciones jurídicas anteriores: se otorga con antelación suficiente a la celebración del matrimonio, lo que refleja una situación normal de convivencia de los futuros contrayentes que se anticipan, si la hubiera, a la crisis matrimonial.

3. LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE RUPTURA EN DERECHO SUSTANTIVO ESPAÑOL, CON ESPECIAL REFERENCIA AL CÓDIGO DE FAMILIA DE CATALUÑA

3.A. Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho material español

El Derecho Civil común español no se refiere, de manera expresa, a la institución jurídica de los acuerdos prematrimoniales. Sin embargo, algún autor[89] considera que la celebración de un acuerdo prematrimonial puede encajar en el concepto "[adopción de] cualquier otra disposición por razón del matrimonio" (art. 1325 CC) que se inspira en el principio de autonomía de la voluntad de los contrayentes.

Los cónyuges pueden transmitirse, por cualquier título, bienes y derechos y pueden celebrar entre sí toda clase de contratos (art. 1323 CC). En este sentido, los otorgantes de capitulaciones matrimoniales podrán estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio, así como, cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo (art. 1325 CC). Las obligaciones que deriven el acuerdo de los cónyuges tendrán fuerza de Ley y vincularán a ambos (art. 1091 CC).

Ahora bien, los contratos que los cónyuges celebren entre sí, aun en materia de Derecho de Familia, no pueden resultar contrarios a la Ley, a la moral o al orden público (art. 1255

---

89 GASPAR LERA, S., "Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad", Anuario de Derecho Civil, tomo LXIV, fasc. III, 2011, pp. 1041-1074, esp. pp. 1046-1047; REBOLLEDO VARELA, A. L., "Pactos en previsión de la ruptura matrimonial (Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña)" en *Libro Homenaje al Profesor Cuadrado Iglesias*, Vol. I, Ed. Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 735-755, esp. p. 741; GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., "Acuerdos y pactos prematrimoniales (I)", *Boletín de Derecho de Familia,* nº 81, julio 2008, pp. 9-13, esp. p. 12.

CC). E incluso más, el contrato celebrado entre cónyuges sólo será válido si cumple los requisitos materiales y formales que exige el Código Civil. El Código Civil establece que el contrato existe si los contratantes prestan un consentimiento válido, si la materia del contrato puede concretarse en un objeto cierto y si el contrato trae causa de la obligación que se establezca (art. 1261 CC). En consecuencia, los contratos existen y serán obligatorios para las partes contratantes, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez que se han descrito con anterioridad (art. 1278 CC). En particular, si la Ley exige el otorgamiento de escritura pública u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, tal y como sucede en el caso del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiere intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez (arts. 1279 y 1280.3º CC).

En efecto, los Tribunales españoles no se han pronunciado, de manera expresa, respecto de la validez de los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. No obstante, el Tribunal Supremo español sí se refiere a la autonomía de la voluntad de los cónyuges y a la posibilidad de que éstos celebren válidamente acuerdos privados. En este sentido, el Tribunal Supremo español considera que un acuerdo es válido como tal si concurrió consentimiento, objeto y causa y no hay ningún motivo de invalidez. Si dicho negocio jurídico bilateral, aceptado, firmado y reconocido por ambas partes no ha sido aprobado judicialmente, no puede ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no pierde su validez como negocio jurídico[90].

A diferencia de ello, la institución de los acuerdos prematrimoniales sí se regulan en los Derechos Civiles autonómicos. Valgan como ejemplo, las Comunidades Autónomas de Cataluña, Valencia o Aragón.

En concreto, el marco de la regulación catalana sobre acuerdos matrimoniales con previsiones de ruptura se encuentra el Título III "La familia", en el Capítulo I "Alcance de la institución familiar", en la Sección Tercera "Los capítulos matrimoniales" del Código de Familia de Cataluña, aprobado por la Ley 25/2010, de 29 de julio de 2010, vigente desde el día 1 de enero de 2011[91]. En particular, el art. 231-20 de este Código se ocupa, en exclusiva, del régimen jurídico aplicable a los pactos en previsión de una ruptura matrimonial. Un análisis detallado del precepto se realizará más adelante.

En el Derecho Foral valenciano, la Ley 10/2007 sobre el régimen económico matrimonial valenciano[92], contempla la posibilidad de que los cónyuges, al otorgar capitulaciones matrimoniales, indiquen el régimen económico matrimonial que desean que se les aplique al matrimonio y,

---

90 STS de 22 de abril de 1997 (*EDJ* 1997/2156) o STS de 19 de diciembre de 1997 (*EDJ* 1997/8995), sobre la validez y eficacia de un convenio regulador no homologado judicialmente, en el que el marido adjudicaba determinados bienes a su mujer; STS de 21 de diciembre de 1998 (*EDJ* 1998/30785) sobre la validez de un convenio regulador no aprobado judicialmente, por el que el marido se obliga a abonar una cantidad a su esposa en concepto de pensión de alimentos.

91 *DOGC* núm. 5686, de 05 de agosto de 2010 y *BOE* núm. 203, de 21 de agosto de 2010.

92 Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial valenciano. Vigente desde 25 de abril de 2008 (*DOCV* núm. 5475, de 22 de marzo de 2007 y *BOE* núm. 95, de 20 de abril de 2007).

además, que puedan adoptar cualesquiera otros pactos, de naturaleza patrimonial o personal, entre ellos o a favor de sus hijos nacidos o de los que están por nacer, para que produzcan efectos durante el matrimonio o, en su caso, después de la disolución del mismo. En efecto, esta Ley permite que los cónyuges puedan establecer un pacto prematrimonial con el límite de lo que establezca la Ley, lo que resulte de las buenas costumbres y con respeto al principio de igualdad de derechos y obligaciones en el matrimonio para ambos cónyuges (art. 25 Ley 10/2007[93]).

En el Derecho Foral aragonés, el art. 185 del Real Decreto Legislativo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto refundido de las leyes civiles aragonesas, señala que los cónyuges pueden regular sus relaciones familiares mediante capitulaciones o cualquier otro tipo de pacto, bien antes o después de contraer matrimonio.

3.B. Los acuerdos prematrimoniales en el Código de Familia de Cataluña

El Código de Familia de Cataluña distingue entre los pactos en previsión de una ruptura matrimonial y los pactos en previsión del cese de la convivencia de una pareja estable (art. 234-5). El pacto otorgado en escritura pública en el que los convivientes acuerdan los efectos que derivan de la extinción de su convivencia, se regula por lo establecido para los pactos en previsión de una ruptura matrimonial (art. 231-20).

El Código de Familia de Cataluña no contiene una norma que regule, de manera expresa, las cuestiones relativas a la capacidad de los otorgantes de un acuerdo prematrimonial en previsión de ruptura. Ahora bien, el régimen jurídico aplicable a los pactos en previsión de una ruptura matrimonial se integra en un epígrafe más amplio que lleva por título "Los capítulos matrimoniales". Pues bien, el Código de Familia de Cataluña sí se pronuncia acerca de la capacidad de los otorgantes de capitulaciones matrimoniales[94]. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública (art. 231-20). En consecuencia, si el acuerdo prematrimonial en previsión de ruptura se otorga en capitulaciones matrimoniales, la cuestión de la capacidad de cada otorgante, se determina con arreglo a lo previsto en materia de capitulaciones matrimoniales. Así las cosas, los futuros cónyuges son los sujetos que se encuentran legitimados para otorgar un acuerdo prematrimonial en previsión de ruptura. No cabe la representación[95].

---

93 Art. 25 Ley 10/2007. *El contenido de la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales*: "En la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales se puede establecer el régimen económico del matrimonio y cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio".

94 Art. 231-21: "Pueden otorgar capítulos matrimoniales quienes pueden contraer válidamente matrimonio, pero necesitan, si procede, los correspondientes complementos de capacidad".

95 LÓPEZ BURNIOL, "Comentario al art. 16 CF" en EGEA-FERRER (DIR.) *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencias d'ajuda mútua*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000, p. 162 señala, en relación con el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, que no cabe la representación pero sí, excepcionalmente, la actuación mediante *nuntius*.

El Código de Familia de Cataluña establece que los pactos en previsión de una ruptura matrimonial "sólo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio" (art. 231-20-1 *in fine*). *A sensu contrario*, es nulo el pacto en previsión de ruptura matrimonial que se otorgara por los futuros cónyuges en un plazo inferior a los treinta días anteriores a la fecha de la boda.

Los cónyuges deben otorgar el acuerdo prematrimonial, ante Notario, en un plazo de más de treinta días antes de la fecha de celebración del matrimonio. No obstante, el matrimonio entre los futuros cónyuges que han otorgado dicho acuerdo prematrimonial en previsión de ruptura deberá celebrarse en el plazo de un año a contar desde el día del otorgamiento del acuerdo prematrimonial. En el supuesto de que dicho plazo anual no se cumpla, el acuerdo prematrimonial que se otorgó carece de validez (art. 231-19.2). En consecuencia, el acuerdo prematrimonial en previsión de ruptura tiene que otorgarse ante Notario en un plazo de tiempo que comprende desde los treinta días hasta el año anterior a la fecha de la celebración del matrimonio.

Algún autor[96] señala que no resulta conveniente que el asesoramiento notarial y la firma del acuerdo prematrimonial en previsión de ruptura se realice en un único acto. Por ello, sería recomendable que se permitiera un intervalo temporal entre el asesoramiento individual que el Notario proporciona a cada uno de los futuros otorgantes y la firma del acuerdo prematrimonial en previsión de ruptura. Esta afirmación encuentra su razón de ser en el hecho de que los futuros cónyuges pueden necesitar un período de reflexión después de conocer la información jurídica que les ha proporcionado el Notario.

En particular, el Código de Familia de Cataluña se inspira, a la hora de determinar la validez temporal del pacto en previsión de una ruptura matrimonial, en *The Principles of the law of family dissolution: analysis and recommendations*, propios del Derecho estadounidense. En su parágrafo 7.04(3), indican que el consentimiento es informado siempre que el pacto se celebrara, al menos, treinta días antes de contraer matrimonio.

Además, el Código de Familia de Cataluña afirma que "los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública" (art. 231-20.1). El legislador ofrece a los futuros cónyuges una alternativa formal para poder otorgar un válido acuerdo prematrimonial: capitulaciones matrimoniales o escritura pública. En este sentido, el pacto en previsión de ruptura matrimonial no tiene que contenerse, para ser formalmente válido, en una escritura pública que se refiera, a su vez, a las capitulaciones matrimoniales[97]. El legislador distingue entre escritura pública que se pronuncia sobre las capitulaciones matrimoniales de los cónyuges y la escritura pública que contiene el pacto en

---

96 SERRANO DE NICOLÁS, A., "Repercusiones notariales y registrales del Derecho de familia" en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (COORD.) *Derecho de Familia*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 517

97 REBOLLEDO VARELA, A. L., "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña)", en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. I, Ed. Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 735-755, esp. p. 742; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, pp. 208-209.

previsión de una ruptura matrimonial. Por tanto, la escritura pública de acuerdo matrimonial es distinta de la escritura pública de capitulaciones matrimoniales[98].

Los pactos en previsión de ruptura matrimonial, para ser considerados válidos en cuanto a la forma, necesitan de su otorgamiento en documento público, a través de capitulaciones matrimoniales o de escritura pública. La exigencia de que tales pactos se otorguen en documento público garantiza el consentimiento real de los futuros cónyuges, lo que obedece a una confirmación de la libre voluntad de ambos.

El hecho de que el pacto en previsión de ruptura matrimonial deba otorgarse en documento público comporta que el Notario pueda dar fe de su contenido por sí mismo. Además, el documento público en el que se contenga el acuerdo prematrimonial hace prueba contra tercero del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También hará prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubieren hecho los primeros. En consecuencia, los pactos en previsión de ruptura matrimonial que no se otorguen en la forma prevista para las capitulaciones matrimoniales o para la escritura pública, no son válidos en cuanto a la forma.

No obstante, el Código de Familia de Cataluña complementa el requisito formal de otorgar el pacto en previsión de ruptura matrimonial en documento público ante Notario, con la obligación de que éste, como fedatario público, asesore profesionalmente a los futuros contrayentes (art. 231-20.2). Así las cosas, el Notario, antes de autorizar la escritura pública, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes respecto del alcance de lo que supone otorgar un acuerdo prematrimonial.

En particular, el Notario tiene la obligación de informar a cada uno de los futuros consortes, por separado, del alcance de los cambios que van a introducir en referencia al régimen legal supletorio. Además, les advertirá que ambos tienen el deber de comunicar al otro información suficiente en relación con su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas (art. 231-20.4).

En definitiva, el Código de Familia de Cataluña exige que los pactos en previsión de ruptura matrimonial, para poder ser considerados válidos en cuanto a su forma, deben otorgarse ante Notario en escritura pública de capitulaciones matrimoniales o en una escritura pública de este tipo de acuerdos. Además, su plena eficacia también queda condicionada al cumplimiento, por parte del Notario, de una labor de asesoramiento profesional en los términos expresados con anterioridad. De esta manera, el cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tendrá la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto.

En relación con el contenido de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, el Código de Familia de Cataluña no contiene un listado de materias en el que, de manera expre-

---

98 GINÉS CASTELLET, N., "Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 727, 2011, pp. 2577-2620, esp. pp. 2593-2594.

sa, se disponga sobre qué pueden pactar los futuros otorgantes de un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial. No obstante, dicho Código sí se refiere, con frecuencia a lo largo de su Título tercero "La Familia", a algunos aspectos derivados del Derecho de Familia que tienen cabida en un pacto en previsión de ruptura matrimonial.

Pues bien, el Código de Familia de Cataluña hace referencia, de manera expresa, a los pactos en previsión de ruptura matrimonial respecto de las materias siguientes:

1º) *Régimen económico matrimonial*. El Código de Familia de Cataluña señala que, el régimen económico matrimonial es el convenido en capítulos y, en defecto de pacto o si las capitulaciones matrimoniales no son eficaces, el régimen económico es el de separación de bienes (art. 231-10). Así las cosas, en las capitulaciones matrimoniales, se puede determinar el régimen económico matrimonial, convenir pactos sucesorios, hacer donaciones y establecer las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial (art. 231-19.1). En efecto, el Código de Familia de Cataluña se refiere, expresamente, a los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el articulado en el que alude a las capitulaciones matrimoniales. El Código de Familia de Cataluña considera que los pactos en previsión de una ruptura matrimonial son un acuerdo separado de las capitulaciones matrimoniales. En este sentido, el pacto por el que se regulan las capitulaciones matrimoniales puede ser nulo y el pacto efectuado en previsión de ruptura matrimonial válido y viceversa (art. 231-26).

2º) *La compensación económica por razón de trabajo*. El Código de Familia de Cataluña establece que en previsión de una ruptura matrimonial o de disolución del matrimonio por muerte, puede pactarse el incremento, reducción o exclusión de la compensación económica por razón de trabajo (art. 232-7).

El Código de Familia de Cataluña prevé, en el régimen de separación de bienes, que el cónyuge que haya trabajado para la casa sustancialmente más que el otro, tiene derecho a percibir una compensación económica por razón de trabajo. El cónyuge dedicado a las labores del hogar podrá ser beneficiario de esta compensación económica si en el momento de la extinción del régimen económico matrimonial, el otro consorte ha incrementado, de manera notable, su patrimonio. De la misma manera, el cónyuge que haya trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente, aun cuando su función laboral no estuviera relacionada las tareas domésticas, también tiene derecho a pedirle una compensación económica por razón de trabajo (art. 232-5.1).

En efecto, uno de los cónyuges sólo podrá beneficiarse de una compensación económica por razón de trabajo si su consorte tuviera un incremento patrimonial *superior* en el momento de la extinción del régimen económico matrimonial. La concreción de si existe, o no, ese incremento patrimonial se realiza de conformidad con las reglas siguientes (art. 232-6): el patrimonio de cada uno de los cónyuges lo integran los bienes que posea en el momento de la extinción del régimen, una vez deducidas las cargas que los afecten y las obligaciones. A ese patrimonio individual se le añade el valor de los bienes de que haya dispuesto a título gratuito, calculado en el momento de su transmisión, excluidas las donaciones hechas a los hijos comunes y las liberalidades de uso, así como el valor del detrimento producido por actos efectuados con la intención de perjudicar al otro cónyuge. En último lugar, se descuenta

del patrimonio de cada uno de los cónyuges el valor de los bienes que tenía al comenzar el régimen y que conserva en el momento en que se extingue, una vez deducidas las cargas que los afecten, así como el valor de los adquiridos a título gratuito durante la vigencia del régimen y las indemnizaciones por daños personales, excluida la parte correspondiente al lucro cesante durante el tiempo de convivencia.

La cuantía por compensación económica por razón de trabajo tiene como límite la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges. Sin embargo, si el cónyuge acreedor prueba que su contribución ha sido notablemente superior, la autoridad judicial puede incrementar esta cuantía (art. 232-5.4).

En el supuesto de que se cumplan las reglas establecidas en el párrafo anterior y uno de los cónyuges tenga derecho a la pensión compensatoria por razón de trabajo, la determinación de la cuantía de dicha compensación se establecerá en función de los criterios siguientes (art. 232-5.3): la duración e intensidad de la dedicación a las labores del hogar o a su función laboral específica, con especial atención a la educación y cuidado de los hijos y/o a la de otros miembros de la familia que vivieran con ellos y se encontraran a su cargo, así como, el número de años de convivencia.

3º) *La prestación compensatoria*. El cónyuge cuya situación económica resulte más perjudicada después de la ruptura de la convivencia, tiene derecho a solicitar una prestación compensatoria que no exceda del nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago. En el caso de que el matrimonio hubiera sido declarado nulo, el cónyuge de buena fe también tiene derecho a pedir dicha pensión compensatoria (art. 233-14.1). En incluso más, cabe la posibilidad de que si fallece uno de los cónyuges antes de que transcurra un año desde que tuvo lugar la separación de hecho, el cónyuge supérstite puede reclamar a los herederos su derecho a la prestación compensatoria en el plazo de tres meses a contar desde el fallecimiento (art. 233-14.2).

El Código de Familia de Cataluña afirma que la modalidad, cuantía, duración y extinción de la prestación compensatoria puede regularse en un pacto en previsión de ruptura matrimonial. En particular, los pactos que tengan por objeto la renuncia a la prestación compensatoria y no hayan sido incorporados a una propuesta de convenio regulador no son eficaces en lo que comprometan la posibilidad de atender a las necesidades básicas del cónyuge acreedor (art. 233-16).

La autoridad judicial es el órgano competente para valorar si el cónyuge que solicita la prestación compensatoria puede ser beneficiario de ella y, en caso afirmativo, se pronunciará sobre la cuantía y la duración de la misma (art. 233-15). No obstante, es el mismo Código de Familia de Cataluña el que permite a los futuros contrayentes pactar en un acuerdo de previsión de ruptura matrimonial la modalidad, cuantía, duración y extinción de la prestación compensatoria, siempre que los futuros cónyuges respeten los límites establecidos en esta materia por el propio Código de Familia de Cataluña.

Así las cosas, en relación con la modalidad en que puede ser satisfecha la prestación compensatoria, los futuros otorgantes pueden acordar en el pacto en previsión de ruptura matrimonial que la prestación compensatoria se atribuya en forma de capital – en bienes o en dinero – o en forma de pensión (art. 233-17). De un lado, en caso de atribución en forma de

capital, la autoridad judicial, a petición del cónyuge deudor, puede aplazar el pago u ordenar que se haga a plazos, con un vencimiento máximo de tres años y con devengo del interés legal a contar del reconocimiento. De otro lado, en caso de atribución en forma de pensión, esta debe pagarse en dinero y por mensualidades avanzadas. La prestación compensatoria en forma de pensión se otorga por un período limitado, salvo que concurran circunstancias excepcionales que justifiquen fijarla con carácter indefinido.

En el mismo sentido, los futuros otorgantes de un pacto en previsión de una ruptura matrimonial que se refiera expresamente a la duración y a la cuantía de la prestación compensatoria a favor del cónyuge económicamente más débil del matrimonio, tienen que valorar y respetar los criterios siguientes, que son los que menciona expresamente el Código de Familia de Cataluña (art. 233-15): a) La posición económica de los cónyuges, teniendo en cuenta, si procede, la compensación económica por razón de trabajo o las previsibles atribuciones derivadas de la liquidación del régimen económico matrimonial. b) La realización de tareas familiares u otras decisiones tomadas en interés de la familia durante la convivencia, si eso ha reducido la capacidad de uno de los cónyuges para obtener ingresos. c) Las perspectivas económicas previsibles de los cónyuges, teniendo en cuenta su edad y estado de salud y la forma en que se atribuye la guarda de los hijos comunes. d) La duración de la convivencia. e) Los nuevos gastos familiares del deudor, si procede.

Finalmente, los futuros cónyuges también pueden acordar en un pacto en previsión de una ruptura matrimonial los motivos por los que puede extinguirse el derecho a la prestación compensatoria, siempre que dichos motivos sean respetuosos con las causas de extinción de esta prestación previstos en el Código de Familia de Cataluña (art. 233-19). No obstante, el legislador no permite que los futuros otorgantes de un pacto en previsión de ruptura matrimonial puedan acordar una modificación de la pensión compensatoria. De haberlo querido así, lo habría mencionado expresamente como ha hecho con el resto de criterios.

4º) *La atribución de la vivienda familiar*. El Código de Familia de Cataluña pone de manifiesto que, en previsión de ruptura matrimonial, los otorgantes pueden pactar sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de este uso, siempre con respeto a los límites establecidos en la Ley (art. 233-21.3). Ahora bien, no son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso (art. 233-21.3 *in fine*).

La Ley permite a los cónyuges acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. No obstante, también se les faculta para acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados (art. 233-20.1). A falta de acuerdo entre los cónyuges, la autoridad judicial es el órgano competente para atribuir el uso de la vivienda familiar.

La autoridad judicial atribuirá el uso de la vivienda familiar, con preferencia, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta. No obstante, la autoridad judicial tiene la obligación de atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos (art. 233-20.3): a) Si la guarda de los hijos queda

compartida o distribuida entre los progenitores. b) Si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad. c) Si pese a corresponderle el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de alcanzar los hijos la mayoría de edad.

5º) *Pactos en materia de responsabilidad parental y, en particular, sobre el ejercicio de la guarda de los hijos*. El Código de Familia de Cataluña establece que la guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad. Dicho plan puede contemplar la posibilidad de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de su aplicación o incluso puede referirse a la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos.

El Código de Familia de Cataluña indica que, para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda, resulta preciso tomar en consideración el plan de parentalidad y, en particular, entre otros criterios, los acuerdos en previsión de la ruptura o los pactos adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento. Los acuerdos en previsión de una ruptura matrimonial y los pactos adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador vinculan a los cónyuges. La acción para exigir el cumplimiento de estos pactos puede acumularse a la acción de nulidad, separación o divorcio y puede solicitarse que se incorporen a la sentencia. No obstante y, en particular, los pactos en materia de guarda y de relaciones personales con los hijos menores, así como, los de alimentos en favor de éstos, únicamente son eficaces si su contenido es conforme con el principio del interés superior del menor (art. 233-5).

En sintonía con lo anterior, los pactos en previsión de ruptura matrimonial que se ajusten a los requisitos materiales y formales establecidos en el Código de Familia de Cataluña, son de obligado cumplimiento para los otorgantes. Ahora bien, si tales pactos, en el momento en el que se pretende su cumplimiento, resultan gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, devienen ineficaces. No obstante, la ineficacia del pacto en previsión de ruptura matrimonial depende de que el cónyuge perjudicado acredite que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en el que tales acuerdos se otorgaron (art. 231-20.5).

De la literalidad del precepto puede extraerse que el cónyuge perjudicado por la sucesión de circunstancias que no pudieron preverse de manera razonable en el momento de la firma del acuerdo, es quien tiene legitimación activa para solicitar a la autoridad judicial que revise el pacto que se adoptó en previsión de ruptura matrimonial. Sin embargo, el cónyuge legitimado para pedir dicha revisión del acuerdo únicamente podrá hacerlo si concurren cumulativamente dos circunstancias: el consorte solicitante tiene que sufrir un grave perjuicio y las circunstancias sobrevenidas a las que se refiere el precepto deber ser relevante y de imposible previsión en el momento en el que se firmó dicho acuerdo.

En consecuencia, una mera alteración de las circunstancias, aun cuando pudiera calificarse como relevante, puede no ser suficiente para declarar la ineficacia del acuerdo prematrimonial. El precepto cualifica a tales circunstancias con el adjetivo de imprevisibilidad, lo que no podía ser razonablemente esperado. El Código de Familia de Cataluña, vuelve a tomar como referencia, en este aspecto, el texto legal *The Principles of the law of family dissolution*, que

proporciona a los tribunales estadounidenses, en su parágrafo 7.05(2), las pautas que deben seguir para fijar cuándo se produce un cambio de circunstancias en la aplicación del acuerdo prematrimonial que comporta una injusticia substancial para una de las partes firmantes.

Tampoco son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos ni los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso de la vivienda (art. 233.21.3 *in fine*).

4. EL CONTENIDO DE LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES Y SU RELACIÓN CON LA LEY APLICABLE: ¿RESULTA CONVENIENTE UNA FRAGMENTACIÓN DEL *PRENUP AGREEMENT*?

Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura regulan, en líneas generales y sin entrar en particularidades, las condiciones económicas del matrimonio y, sólo si lo hubiere, algunos asuntos relativos a los hijos. Así las cosas, en el acuerdo prematrimonial puede convenirse, por ejemplo, la procedencia y, en su caso, el importe de la pensión compensatoria; la titularidad, conjunta o no, de los bienes muebles e inmuebles que se adquieran durante el matrimonio; la atribución y/o distribución del uso de la vivienda familiar; etc.

Respecto de los asuntos relativos a los hijos, el acuerdo prematrimonial puede referirse, por ejemplo, a la crianza de los hijos, su religión o la relación que pueden tener con sus hermanos u otros parientes. Sin embargo, los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura no pueden contener, por ejemplo, cláusulas relativas a la custodia de los menores, su manutención, los derechos de régimen de visitas y, en ocasiones, en materia de alimentos.

El hecho de que los otorgantes pacten en un acuerdo prematrimonial cuestiones relativas a sus hijos constituye una situación de difícil trato. Las cláusulas de los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura que regulen cuestiones propias de los hijos, aun cuando tales acuerdos hayan sido válidamente otorgados, pueden no ser tenidas en cuenta por los Juzgados de Familia. El Juez y el Ministerio Fiscal deben velar por el interés superior del menor, con independencia de lo que sus padres acordaran en el pacto prematrimonial en previsión de ruptura.

En consecuencia, en los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura, los futuros otorgantes no pueden pactar los aspectos relativos al estado civil matrimonial y a la configuración legal del matrimonio como institución y, además, deben tener especial cuidado para el supuesto de que decidan regular asuntos relativos a sus hijos.

En sintonía con lo anterior, en Derecho internacional privado español no existe una norma de conflicto de leyes que señale cuál es la Ley reguladora de estos acuerdos prematrimoniales. Además, no es posible calificar con arreglo a las categorías de Derecho material español una situación privada internacional relativa a la institución jurídica de los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. La calificación según las categorías de Derecho material español únicamente pueden resolver los problemas de calificación que presenten las situaciones privadas internacionales de naturaleza jurídica controvertida, pero que se refieran siempre a instituciones legales conocidas en Derecho español.

En este sentido, para determinar la norma de conflicto de ley aplicable a la institución jurídica de los acuerdos prematrimoniales, desconocida en Derecho español, resulta necesario recurrir a la tesis de la calificación por la función. Esta tesis exige, para poder determinar la norma de conflicto de leyes aplicable a los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura, la localización de una institución legal, en el ordenamiento jurídico español, que desarrolle una función similar a la que los acuerdos prematrimoniales despliegan en el Derecho extranjero. En consecuencia, la norma de conflicto de leyes que determine la Ley aplicable a esta institución *conocida* en el ordenamiento jurídico español, será también la Ley reguladora de la institución jurídica de los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura.

Ahora bien, los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura pueden desarrollar distintas funciones jurídicas, si bien, con frecuencia, todas ellas son conocidas en Derecho Civil común español. En este sentido, la precisión de la Ley reguladora del acuerdo prematrimonial se establece según la función jurídica que desarrolle el concreto *prenup*. En el caso de que dicho acuerdo prematrimonial despliegue, al mismo tiempo, funciones jurídicas muy distintas, será necesario *fraccionar* el acuerdo prematrimonial con el objetivo de poder señalar la Ley aplicable a los diferentes aspectos del mismo[99].

De un lado, el acuerdo prematrimonial puede contener cláusulas que se refieran al régimen económico matrimonial de los cónyuges. En este caso, las cláusulas del acuerdo prematrimonial que hagan referencia al establecimiento o a la disolución del régimen económico matrimonial serán válidas si se ajustan a la Ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento.

Así las cosas, deben quedar sujetas a la Ley aplicable a los pactos y capitulaciones matrimoniales (art. 9.3 CC): las cláusulas del acuerdo prematrimonial que establecen un régimen económico matrimonial y/o el modo de disolución o liquidación de la sociedad conyugal; las cláusulas por las que se asigna la posesión y/o disfrute de los bienes que formaban parte de la sociedad conyugal a uno u otro cónyuge; las cláusulas que fijan la titularidad de la propiedad a favor de uno u otro cónyuge, o de ambos, respecto a los bienes que han formado parte de la sociedad conyugal o que los cónyuges aportaron al matrimonio; las cláusulas relativas a la pensión compensatoria para el cónyuge y las cláusulas que se refieran al uso de la vivienda familiar.

De otro lado, respecto de los acuerdos prematrimoniales cuyo contenido haga referencia a los hijos menores cabe diferenciar dos supuestos:

Primero, si el acuerdo prematrimonial contiene una cláusula relativa a los alimentos a favor de los hijos, ésta se regula por lo dispuesto en el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (art. 15 Reg. 4/2009). La obligación de alimentos se regirá por la Ley elegida por el acreedor y el deudor de alimentos, de conformidad con lo exigido en dicho Protocolo o, en defecto de elección, por la Ley del Estado en el que el acreedor de alimentos tenga su residencia habitual, con la salvedad de que el Protocolo de La Haya disponga otra cosa.

---

99 CALVO CARAVACA A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2012-2013, p. 172.

La cláusula del acuerdo prematrimonial que se refiera a la custodia del menor y a su derecho de visita, se rigen por lo establecido en el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños[100] (*vid*. en este sentido el art. 9.6 CC).

Segundo, si el acuerdo prematrimonial contiene una cláusula en la que se establece el derecho a decidir acerca de la educación de los hijos comunes, ésta se rige por la Ley aplicable a la filiación y a las relaciones paterno filiales (art. 9.4 CC).

En el Derecho Civil común español, la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la Ley del país de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo o, si esta Ley no permite el establecimiento de la filiación, se aplicará La Ley nacional del hijo en ese momento. Además, en el supuesto de que dicha Ley no permita el establecimiento de la filiación o si el hijo carece de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la Ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, ésta se regulará de conformidad con lo dispuesto en la Ley 54/2007, de Adopción Internacional.

Finalmente, la ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

5. CONCLUSIONES

Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura se dirigen a proteger el patrimonio de cada uno de los cónyuges y a salvaguardar el interés superior de los menores, si los hubiera. Por tanto, dichos acuerdos evitan que, en el caso de que los cónyuges atraviesen una crisis matrimonial, surja una confrontación entre ambos y que uno de ellos pueda aprovecharse injustamente de su consorte. La clave se encuentra en el hecho objetivo de que los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura se otorgan siempre con una antelación suficiente a la celebración del enlace matrimonial, en un momento en el que existe una buena relación entre los futuros contrayentes.

Ahora bien, la figura de los *prenups* no se recoge expresamente en el Derecho Civil común español. Sin embargo, sí se regulan por parte de algunos Derechos Civiles autonómicos. Valgan como ejemplo, las Comunidades Autónomas de Cataluña, Valencia o Aragón. Por esta razón, los acuerdos prematrimoniales dejan de ser una institución legal totalmente desconocida en el ordenamiento jurídico español.

---

100 El Convenio de La Haya hecho el 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, entró en vigor para España el día 1 de enero de 2011. Cuarenta Estados son parte contratante en este Convenio.

Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura regulan, en líneas generales y sin entrar en particularidades, las condiciones económicas del matrimonio y, sólo si los hubiere, algunos asuntos relativos a los hijos. En concreto, en el acuerdo prematrimonial puede convenirse, por ejemplo, la procedencia y, en su caso, el importe de la pensión compensatoria; la titularidad, conjunta o no, de los bienes muebles e inmuebles que se adquieran durante el matrimonio o la atribución y/o distribución del uso de la vivienda familiar. Respecto de los asuntos relativos a los hijos, el acuerdo prematrimonial puede referirse, por ejemplo, a la crianza de los hijos, su religión o la relación que pueden tener con sus hermanos u otros parientes.

En consecuencia, los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura desarrollan una función similar a la que en Derecho Civil común español pueden desplegar las capitulaciones matrimoniales o el convenio regulador. Sin embargo, estas tres instituciones jurídicas no son idénticas. La diferencia entre ellas radica, principalmente, en que ostentan un ámbito temporal distinto: los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura se otorgarán, necesariamente, con una antelación suficiente al momento de celebración del matrimonio, mientras que, las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes o después del enlace y el convenio regulador ha de formalizarse siempre en el momento en el que surge la crisis matrimonial.

Por tanto, a día de hoy, no existe en Derecho internacional privado español una norma de conflicto que señale la Ley aplicable a los acuerdos prematrimoniales. No obstante, los *prenups* pueden desarrollar distintas funciones jurídicas, tal y como se indicó con anterioridad. Además, con frecuencia, todas ellas son conocidas en Derecho Civil común español. Así las cosas, la precisión de la Ley reguladora del acuerdo prematrimonial se establece según la función jurídica que desarrolle el concreto pacto. En el caso de que dicho acuerdo despliegue, al mismo tiempo, funciones jurídicas muy distintas, será necesario *fraccionar* el *prenup* con el objetivo de poder señalar la Ley aplicable a los diferentes aspectos del mismo.

Ahora bien, este fraccionamiento no siempre es deseable, debido a los elevados costes que esta situación puede generar a los particulares. Por todo ello, el Derecho Civil común español, tomando como referencia lo dispuesto en los Derechos Civiles autonómicos, debería dar un paso hacia adelante y pronunciarse sobre la institución de los acuerdos prematrimoniales que, en la actualidad, no constituyen, en absoluto, un fenómeno aislado. Sólo de esta manera, los cónyuges y los hijos que forman parte de una familia, cuyas necesidades son idénticas, serán tratados de igual manera, ante una misma situación.

6. BIBLIOGRAFÍA

CALVO CARAVACA A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2012-2013.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de Ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Ed. Comares, Granada, 2000.

CUTILLA TORNS, J. M., *Las capitulaciones matrimoniales. Estudio de sus ineficacias y sus acciones impugnatorias*, Ed. de la Revista General del Derecho, Valencia, 2000.

DE PABLO CONTRERAS, P. / PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., "La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales" en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (COORD.) *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*, 4ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2013, pp. 203-227.

DEL BURGO, M. "Acuerdos prematrimoniales ¿fin del romanticismo o practicidad?", *La Tribuna del Derecho*, febrero 2010.

DEL CAMPO, S., *Familias: sociología y política*, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1995.

GARCÍA RUBIO, M. P., "Acuerdos prematrimoniales. De nuevo sobre la libertad y sus límites en el Derecho de Familia" en *Nuevos retos de Derecho de familia, Ponencias de las XIII Jornadas de Derecho catalán en Tossa de Mar*, Documenta universitaria. Universidad de Girona, 2004.

GASPAR LERA, S., "Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, fasc. III, 2011, pp. 1041-1074.

GIL MIQUEO, J. "El Convenio regulador" en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (COORD.) *Derecho de Familia*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 333-367.

GINÉS CASTELLET, N., "Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 727, 2011, pp. 2577-2620.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., "Acuerdos y pactos prematrimoniales (I)", *Boletín de Derecho de Familia,* nº 81, julio 2008, pp. 9-13.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1990.

LÓPEZ BURNIOL, "Comentario al art. 16 CF" en EGEA-FERRER (DIR.) *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencias d'ajuda mútua*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000.

MARTÍNEZ CALVO, J. J., "Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en el ordenamiento jurídico español", *IUS. Revista de Investigación Jurídica*, núm. 6, septiembre 2013.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales" en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coord.), *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de Familia*, 3ª ed., Ed. COLEX, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011.

MEULDERS-KLEIN, M. T., «L'evolution du mariage et le sens de l'histoire. De l'institution au contrat et au-delà » en GANCHOFER, R., *Le Droit de la famille en Europe. Actes des Journées internationales d'histoire du droit*, Estrasburgo, 1992, pp. 200-225.

NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

PINTO ANDRADE, C., "La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de la ruptura", *Noticias Jurídicas*, septiembre 2010.

REBOLLEDO VARELA, A. L., "Pactos en previsión de la ruptura matrimonial (Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña)" en *Libro Homenaje al Profesor Cuadrado Iglesias*, Vol. I, Ed. Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 735-755.

SERRANO DE NICOLÁS, A., "Repercusiones notariales y registrales del Derecho de familia" en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (COORD.) *Derecho de Familia*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011.

LA REGULACIÓN DE LAS ASOCIACIONES JUVENILES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

A Antonio Reverte Navarro y Felipe Ortega Sánchez, en el recuerdo agradecido de sus enseñanzas que me transmitieron la visión del derecho como herramienta para cambiar y mejorar la sociedad.

Y a Encarna Serna Meroño que con sabiduría y paciencia me aporta rigor, método y técnica jurídica para investigar en el derecho.

Francisco Manuel Reverte Martínez.

[Doctor en Derecho. Educador social. Jefe de Programas de Participación Juvenil del Ayuntamiento de Murcia. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia].

RESUMEN

Las asociaciones juveniles son personas jurídicas del tipo asociación sin fines de lucro, de régimen jurídico especial definido por la edad de sus miembros como elemento subjetivo determinante, desde los 14 hasta los 29 años. Su nota esencial diferenciadora es ser el tipo asociativo donde los menores ejercen con plenitud el derecho de asociación, incluyendo su participación en los órganos directivos con plena capacidad, que sólo deberá ser completada, a través de una representación legal nombrada en los términos previstos en sus Estatutos, en aquellos actos jurídicos aislados en que sea necesaria la total capacidad de obrar para obligarse civilmente la asociación.

Como tipo jurídico específico de jóvenes y donde los menores ejercen de forma independiente y plena su derecho de asociación, en el ámbito internacional constituye una figura exclusiva del ordenamiento jurídico español, aportando el derecho autonómico peculiaridades de interés dentro del tipo, como la capacidad natural del menor o un órgano adjunto de representación, incluidos en el derecho civil catalán.

Estas entidades forman parte del Movimiento Juvenil, o asociacionismo juvenil en sentido amplio, definido como el conjunto de personas jurídicas no lucrativas que actúan en el ámbito de la juventud, que incluiría además otras figuras de derecho privado, como las asociaciones de alumnos y estudiantes, las secciones juveniles de entidades de adultos y las entidades prestadoras de servicios a la juventud, así como entidades de derecho público con personalidad jurídica propia e independiente, como los consejos de juventud, de naturaleza jurídica mixta privada – pública.

PALABRAS CLAVE*: Juventud, Asociación, Minoría de edad, Participación, capacidad.*

ABSTRACT

Youth associations in the current Spanish law is that of legal entities of the non-profit association kind, with a especial legal regime defined by the age of its members, as key subjective element, from 14 until 29 years old. Its distinguishing feature resides in being the associative type where minors have total right of association, including their participation in the executive body, with full ability, which will only be completed in the isolated legal acts needed for the civil obligation of the association, through legal representation with the ability to act, named in the terms provided in its Statutes.

As legal type of private right specific for young and where minors have independent and total right of association, on an international level this constitutes an exclusive concept of Spanish law, giving regional law interesting peculiarities within the type, like the minor´s natural capacity, or an associative assistant body with the ability of representation, included in Civil Catalan Law.

These youth associations are part of the Youth Movement defined as the broad group of non-profit legal entities that work at the youth level, that also includes other legal entities of private right such as students associations, youth sections of adult entities or other social collectives or non-governmental organisations, and entities providing service to the young, as well as entities governed by public law with own legal status and full capacity, such as the Youth Councils, with a public-private legal nature.

KEY WORDS: *Youth. Association. Minority of age. Participation. Capacity.*

SUMARIO.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICO – NORMATIVOS DEL ASOCIACIONISMO JUVENIL.

Sin poder remontarnos en nuestro análisis a las "Colleguia Iuvenile" del Emperador Augusto[101], ni a las diferentes propuestas que desde mediados del siglo XIX surgieron en toda Europa[102] para la socialización, encuadramiento o intervención con la población juvenil, siempre desarrolladas desde una perspectiva dirigida por el mundo adulto, que fue descrita por Gramsci, como "la subordinación real de los jóvenes a los mayores como generación"[103],

---

101 BANCALARI MOLINA, A., "El emperador Augusto y las asociaciones juveniles: significación y difusión". Revista de Estudios Clásicos, Nº. 29, 2000.

102 En este sentido, para ampliar la información puede ser interesante la aportación de REVERTE MARTINEZ, F.M, El derecho fundamental de asociación como instrumento de cambio social. Las asociaciones juveniles, Murcia, 2016, tesis doctoral dirigida por la profesora Encarna Serna Meroño, en concreto el capítulo denominado" Juventud, movimientos y organizaciones juveniles. Una aproximación histórico y sociológica", págs. 192 y ss. http://hdl.handle.net/10201/48250 consultado 9 – 04- 2018.

103 GRAMSCI, A, "La cuestione dei giovani", *Cuaderni del carcere.* Torino: Einaudi, 1975. http://www.filosofico.net/Antologia_file/AntologiaG/gramsci632.htm consultado 9- 04- 2018

podemos situar a la Ley Fundacional del Frente de Juventudes de 6 de diciembre de 1940[104], como el verdadero punto original de la existencia de una normativa sobre asociacionismo juvenil en España.

Como corresponde al régimen político de una dictadura, semejante a las imperantes entonces en la Italia fascista y la Alemania nazi, que dominaban Europa, su objetivo era poner en marcha unos fuertes mecanismos que socializaran políticamente a la niñez y a la juventud española en las ideas fundamentales del nuevo régimen. Sus principales características eran su talante antidemocrático, totalitario en el sentido más estricto de la palabra, y la radical separación de sexos y subordinación de las mujeres. El Frente de Juventudes [FJ], a través de sus distintas secciones, encuadraba a toda la juventud española, fuera estudiante, obrera o trabajadora del campo, y se responsabilizaba por completo tanto de su educación política como de otras actividades formativas en el tiempo libre.

Las restantes organizaciones juveniles quedaron prohibidas[105] y hasta finales de los años 50 del siglo pasado, el [FJ] fue el organismo principal en la definición y prácticas de las políticas de juventud. Su ámbito de influencia se centraría sobre todo en los nacidos entre 1925 y 1935, y según han calculado algunos autores, hacia la mitad de los años 40, podría establecerse en 150.000 afiliados y en un millón de "encuadrados" los participantes en las actividades organizadas por el conjunto de organizaciones juveniles del régimen[106]. Sólo pudieron permanecer en activo, a salvo de esa irrefrenable corriente unificadora del [FJ], los diversos grupos confesionales en virtud de la especial vinculación de la Iglesia católica con el régimen franquista[107].

En el año 1961, las novedades normativas en las políticas de juventud serán importantes, introducidas por el Decreto 2223/1961, de 16 de Noviembre, ordenador de la Delegación Nacional de Juventudes[108], y reflejan cambios en el régimen franquista respecto a sus directrices hacia la juventud, como muestran los siguientes ejemplos:

---

104 Ley de 6 de diciembre de 1940, instituyendo el Frente de Juventudes, BOE de 7 de Diciembre, pp. 8392-8394. http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1940/342/A08392-08394.pdf 9-04-2018

105 Sirva como ejemplo la Orden Circular nº 9, del 22 de Abril, de 1940 del Ministerio de la Gobernación, dirigida a los Gobernadores Civiles, prohibiendo la existencia de la asociación LOS EXPLORADORES DE ESPAÑA (Boy scouts españoles) existente desde el año 1912 y constituida al amparo de la ley de asociaciones de 1887. Véase al respecto la obra LOPEZ LACARCEL, J. M., *Historia de Scouts de España, Así Fuimos, Así Somos,* Federación de Scouts de España, Madrid, 2003.

106 COMAS ARNAU, D, *Las políticas de juventud en la España democrática,* Madrid, Injuve, 2007, pág. 28 y MAZA ZORRILLA, E, Asociacionismo en la España franquista, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2011 págs. 79-81.

107 Otras perspectivas sobre el Frente de Juventudes, cfr. SAEZ MARÍN, J., *El Frente de Juventudes. Política de juventud en la España de la postguerra* (1937-1960), Siglo XXI, Madrid, 1988; CRUZ OROZCO, J.I, *El yunque azul. Frente de Juventudes y sistema educativo: razones de un fracaso,* Alianza, Madrid, 2001.

108 http://www.boe.es/boe/dias/1961/11/20/pdfs/A16453-16454.pdf. consultado 9-04-2018

- La estructuración de la Delegación en dos Secciones, la de Enseñanzas y la Sección Juvenil. A esta última se le encomienda el cuidado y dirección de la Organización Juvenil Española [OJE], la nueva organización del régimen, que pervivirá hasta nuestros días[109].

- La creación del Instituto de la Juventud, con funciones de formación, estudio y planificación, actualización técnica, información y documentación.

- La puesta en marcha, como alto Organismo de Política Juvenil del Consejo Nacional de la Juventud.

En esta década de los años 60 se conformaría la primera regulación jurídica de de los organismos públicos de juventud, y de las asociaciones juveniles en concreto, con la Orden general número 3/ 67, de 10 de abril de 1967, de la Delegación Nacional de Juventud. Y podemos situar también en esta época a las primeras creaciones de la doctrina en el campo del asociacionismo juvenil, con la aportación de MENDIZÁBAL OSES, "El asociacionismo juvenil ante el Derecho"[110].

1.1 LA "TRANSICIÓN" Y EL MOVIMIENTO JUVENIL DEMOCRÁTICO. NACIMIENTO DE LAS ASOCIACIONES JUVENILES EN ESPAÑA.

Si el movimiento ciudadano por la democracia y las libertades públicas fue factor determinante y catalizador del cambio democrático en España, es imposible entender la "transición democrática" sin la participación de los jóvenes[111]. En este proceso que se iniciaría a mediados de la década de los 50, con las primeras revueltas universitarias, y se intensificaría a finales de los años 60, el papel de los y las jóvenes no se limitaría a actuar activamente por el conjunto de los derechos y las libertades ciudadanas. Progresivamente, irían conformando un amplio movimiento juvenil, con un programa reivindicativo propio en torno a la realidad y a los derechos de los jóvenes. En su composición podemos encontrar muestras de un amplio pluralismo político, ideológico y social, integrando en sus acciones y reivindicaciones a jóvenes y organizaciones juveniles – muy pocas legales y la gran mayoría ilegales – tanto de partidos políticos prohibidos, como grupos juveniles de entidades religiosas, centros juveniles, vocalías y clubs juveniles de asociaciones de vecinos de barrios y pueblos, grupos del escultismo y excursionistas, etc.…

---

109 REVERTE MARTÍNEZ, F.M., El derecho fundamental …, ob. cit., pág. 219.

110 MENDIZÁBAL OSES, J, "El asociacionismo juvenil ante el Derecho", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1970, Nº 228. págs. 96 a 126.

111 BARRADO GARCÍA, J.M, "La juventud y sus formulaciones organizadas en los cambios sociales", *Documentación Social, Revista de estudios sociales y de sociología aplicada, nº 46, La juventud española en la década de los 80*, Marzo 82, pág. 114. Este interesante autor nos recuerda el coste que supuso para muchos jóvenes su contribución a la lucha antifranquista: "Pero al analizar este período tenemos que analizar muy fuertemente LOS COSTOS que toda esta fiebre movilizativa supuso para los jóvenes. Y lo podemos situar a dos niveles:

- Las vidas humanas. El precio de los "sucesos" de Vitoria, Basauri, Elda, Tarragona, Santurce, Montejurra, Almería, Sestao, Madrid, etc., pueden aparecer fríos si no se ven detrás a Francisco Arnar, Pedro Martínez, Romualdo Barroso, Pedro María Ocio, Puig Antich, José Manuel Iglesias, Arturo Ruiz, María Luz Nájera, Javier Verdejo, Yolanda González, José Luis Montañés, Emilio Martínez, Valentín García…, y así hasta un largo manojo de vidas jóvenes segadas.

- Los costos sicológicos, que marcan a una generación de "activistas", produciendo secuelas más tarde".

Un aspecto importante en este conjunto de reivindicaciones era el de los derechos de participación y libre asociacionismo para los jóvenes, que debemos de entender en un doble sentido:

- Como libertad de organización autónoma dentro de las organizaciones de adultos[112].

- Como derecho a la libertad de creación de asociaciones propias de los jóvenes sin limitaciones ni injerencias.

Los miles de jóvenes que reclamaban su libertad para organizarse y asociarse, eran un reflejo del cambio social que se estaba produciendo en nuestro país, y que daría lugar al nacimiento de las primeras asociaciones juveniles en la democracia española.

A) El Real Decreto 3481/1977 de 18 de diciembre por el que se regula provisionalmente el reconocimiento de Asociaciones Juveniles.

Con la entrada en vigor del Real Decreto 3481/1977, podemos hablar del auténtico nacimiento de las asociaciones juveniles [aa.jj.] en nuestro ordenamiento jurídico, definiendo como tales a las agrupaciones voluntarias de personas naturales mayores de catorce años y menores de treinta, cuya finalidad sea la promoción, formación, integración social o entretenimiento de la juventud, sin interés lucrativo.

La principal singularidad de este tipo de asociaciones era poder estar formadas por socios que no habían alcanzado la plena capacidad de obrar, lo que obligaba a un tratamiento legal distinto pero no contrario a la legislación general de asociaciones. En este sentido el régimen jurídico de este nuevo tipo asociativo tenía una regulación semejante al de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de asociaciones, y en algunas circunstancias concretas más restrictiva y limitadora[113].

La principal novedad, es la introducción en el art. 6, de un nuevo órgano, que sería totalmente específico para la figura de las aa.jj., el Consejo Responsable, formado obligatoriamente por tres personas mayores de edad, que pretende dar solución al problema ya planteado en la década anterior, por la primera doctrina, sobre la superación de la limitación en la capacidad de obrar de los menores de edad, en cuanto miembros y representantes de la asociación y su posible necesidad de actuación ante terceros en la vida social.

Era la primera auténtica regulación jurídica de las asociaciones juveniles en España. Sin embargo, la participación de los jóvenes continuaba sufriendo una serie de limitaciones y controles restrictivos más propios de un régimen autoritario que de uno democrático. Era lógico que el movimiento juvenil democrático rechazara esta regulación provisional y contin-

---

112 REGUANT, F, Y CASTILLEJO, G, *JUVENTUD Y DEMOCRACIA. (Crónicas del Movimiento Juvenil),* Barcelona, Avance, 1976, pág. 177: "Esta necesaria libertad de organización autónoma se extiende a todos los ámbitos de la juventud. No tiene sentido cualquier limitación a ninguna de las entidades juveniles, sean estas escultismo, centros excursionistas, entidades cristianas, etc., etc., ni a las posibles formas de coordinación a nivel de barrio, local, provincial o nacional".

113 REVERTE MARTÍNEZ, F.M, El derecho fundamental de …, ob. cit. pág. 216.

uara reivindicando por todas las ciudades de España entre todos los derechos de los jóvenes, los de una "ley de asociaciones juveniles democrática y sin discriminaciones[114]".

B) El art. 48 de la Constitución Española de 1978. Fundamentos de las políticas de participación juvenil en la España Democrática.

Para poder comenzar a hablar realmente de asociaciones juveniles en libertad y sin restricciones, tendríamos que asistir a la aprobación de la Constitución Española de 1978, y a su posterior proceso de aplicación y desarrollo. Con su entrada en vigor se da rango normativo a dos cuestiones relacionadas directamente con los jóvenes, en primer lugar la mayoría de edad a los 18 años (art.12), una de las reivindicaciones más importantes del movimiento juvenil democrático. Además, se incluye una consideración específica de la participación de los jóvenes, como indica el texto del artículo 48:

"Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural".

El contenido del art. 22, sobre el derecho de asociación y la inscripción registral a los meros efectos de publicidad, y el del art. 48, de fomento de la participación, libre y eficaz, de los jóvenes, implicaba una completa contradicción con las importantes limitaciones y restricciones que imponía a las asociaciones juveniles el R.D. 3481/ 1977, de 18 de diciembre, del mismo modo que ocurriría con la pervivencia de la Ley de Asociaciones franquista de 1964 tras la entrada en vigor de la CE[115]

Los nuevos organismos públicos de juventud de la Administración del Estado, comenzarán a desarrollar una labor que podríamos denominar de fomento del asociacionismo juvenil. Para ello, era necesario regular el procedimiento de elaboración y funcionamiento de los censos de aquellas entidades que podrían tener la consideración de juveniles y, por tanto, tener la capacidad de ser destinatarios directos y beneficiarios, en su caso, de los recursos públicos asignados. La primera regulación normativa del censo de asociaciones y entidades juveniles[116], nos determinaría la existencia de seis tipos de entidades u organizaciones juveniles al comienzo de la España democrática, que podríamos sintetizar del siguiente modo,

---

114 REVERTE MARTÍNEZ, F.M, SÁNCHEZ, F.L. Y RIPOLL SPITERI, A, Artículo "Los Jóvenes y la Constitución*", Periódico Nuestros barrios,* marzo de 1978, Coordinadora de Vocalías de Juventud y Clubs juveniles, de la Federación de Asociaciones de Vecinos de Murcia, pág. 3. http://hdl.handle.net/10201/44006 consultado 9-04- 2018

Las reivindicaciones se concretaban del siguiente modo: "Los jóvenes pedimos y vamos a luchar por: la mayoría de edad a los 18 años (ya mismo); Por una ley de asociaciones juveniles democráticas y sin discriminaciones; Una protección real de la juventud (enseñanzas gratuitas, igualdad de oportunidades a todos los niveles, ayuda a las actividades deportivas culturales y recreativas de la juventud; por unos locales gratuitos y autogestionados por nosotros; Acabar con la marginación y opresión de los jóvenes en reformatorios, cárceles y demás; Por los derechos de los jóvenes soldados; Sólo si los jóvenes nos unimos y luchamos lograremos solucionar nuestros problemas".

115 REVERTE MARTÍNEZ, F.M, El derecho fundamental de …, ob. cit. págs. 72 – 75.

116 Esta era la finalidad prevista en la Resolución de 29 de abril de 1980, de la Dirección General de la Juventud y Promoción Sociocultural (Mº de Cultura), por la que se regula el procedimiento para la elaboración de censos, nacionales y provinciales, de asociaciones juveniles y entidades prestadoras de servicios a la juventud (BOE 12-05-80).

atendiendo a su régimen jurídico regulador: asociaciones juveniles de legislación especial; asociaciones juveniles de legislación general; asociaciones juveniles del derecho canónico; entidades prestadoras de servicios a la juventud, sin fin lucrativo; secciones juveniles de partidos políticos; secciones juveniles de organizaciones sindicales.

Los primeros años de la década de los 80 fueron de enorme complejidad, tanto para los y las jóvenes, como para el conjunto de la población española. Paro, delincuencia y drogas eran los temas que más se relacionaban con la juventud[117]. Y el proceso de reforma y transición democrática había estado gravemente en riesgo por el intento de golpe de Estado del Teniente Coronel Tejero, el 23 de Febrero de 1981.

Por la conjunción de estos motivos nos parece de interés jurídico reseñar la "Proposición no de Ley de Participación de la Juventud", que fue presentada por la práctica totalidad de los Grupos Parlamentarios el 19 de mayo de 1981, BOCG de 1 de junio de 1981. Su contenido, podemos considerarlo como una declaración básica de los principios de "Política de juventud de la España democrática", y aunque finalmente no saliera adelante, sus medidas planteadas tendrían consecuencias que afectarían de forma importante al régimen jurídico de las asociaciones juveniles, tanto en la aprobación de la Ley 18/1983, de 16 de noviembre, de creación del organismo autónomo Consejo de la Juventud de España, como en la futura regulación del asociacionismo juvenil[118].

En torno a mediados de la década de los 80, existía un consenso generalizado, un "espíritu favorable al fomento de la participación y el asociacionismo juvenil" en nuestro país[119].

---

117 ALONSO TORRENS, F.J., "El Paro juvenil: situación, perspectivas y consecuencias", *Documentación Social. Revista de estudios sociales y sociología aplicada, 1982, págs. 125-138. En* este interesante artículo, se presenta un cuadro basado en datos de la EPA de diciembre de 1980, donde el porcentaje de jóvenes españoles entre 15-24 años, clasificados como - "Desanimados "(ni estudian ni buscan empleo), asciende a un 17, 3 %, que unido al de parados, 14, 5 %, conforma un total de un 31, 8 % de jóvenes en riesgo de exclusión social. Véase a efectos de situación juvenil más específica la obra CHILLÓN CORBALÁN, J.L., Y CASCALES TORRES, N, *Juventud en la Región de Murcia, 1985*, Murcia, Editora Regional, 1986.

118 http://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/BOCG/D/D_676-I.*PDF* 9-04-2018-

La proposición no de ley aparece firmada por importantes representantes de los grupos políticos como Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, Alfonso Guerra González, Jordi Solé Tura, Manuel Fraga Iribarne, Marcos Vizcaya Retana, José María Trías de Bes, Ernest LLuch Martín y Miguel Arredonda Crecente. Los cinco puntos de la Proposición no de Ley son los siguientes:

"1- Desarrollo de la participación estudiantil prevista en el Estatuto de Centros Escolares de forma inmediata el curso 1981-1982.

2- Revisión urgente de la normativa específica sobre asociacionismo juvenil, adecuándola a la realidad juvenil, para fomentar el hecho asociativo y obtener criterios claros de representación.

3- Culminar el proceso constituyente del Consejo de la Juventud y presentación de un proyecto de ley sobre el Consejo.

4- Programa plurianual de inversiones para reparar, acondicionar y construir locales para los jóvenes, previa información de cuál es el estado actual del patrimonio juvenil público.

5- Inclusión de la enseñanza de la Constitución en la EGB y FP".

119 SOLANA MADARIAGA, J, "España. Perspectivas ante el Año Internacional de la Juventud", *Revista de Estudios de Juventud,* nº 13, 1984, págs. 11-26. En palabras del entonces Ministro de Cultura*, ...* " pero no hay que culpar a los jóvenes por no entusiasmarse con la participación que se les ofrece; más bien habrá que preguntarse por qué estamos provocando en ellos un progresivo distanciamiento de esa participación, a la que nos obliga a propia Constitución Española cuando, en su artículo 48 afirma que "los poderes públicos promoverán las condiciones para

2. EL VIGENTE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ASOCIACIONES JUVENILES.

La adaptación a la Constitución, y el desarrollo de lo previsto sobre asociaciones juveniles en la Ley de creación del Consejo de la Juventud de 1983, constituyen las dos bases jurídicas iniciales del actual régimen jurídico de las asociaciones juveniles (aa.jj.), que se concreta en el R. D. 397/ 1988, de 22 de abril por el que se regula la inscripción registral de las asociaciones juveniles. El resultado será una norma que pretende ser ampliamente favorable a la creación y funcionamiento de este tipo de asociaciones, reconociendo además, por vez primera en nuestra historia jurídica, su posible constitución, con plenitud de derechos para sus fundadores, por personas que no hayan alcanzado todavía la mayoría de edad.

2.1. EL R.D. 397/ 1988, DE 22 DE ABRIL POR EL QUE SE REGULA LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LAS ASOCIACIONES JUVENILES.

El R.D. 397/1988 es de corta extensión, tres artículos[120], pero contiene importantes cambios en el régimen de las aa.jj, concretamente en dos materias fundamentales. El primer cambio es en relación con la edad y la capacidad de obrar de los menores que pertenezcan a los órganos directivos, y el segundo, tiene que ver con el contenido de sus estatutos.

El primero de sus artículos determina que serán aa.jj. aquellas asociaciones cuyos miembros tengan una edad entre los 14 años cumplidos y los 30 sin cumplir, es decir, cuyos asociados estén incluidos en el segmento de edad 14-29 años, exclusivamente, y que no estén sometidas a un régimen jurídico específico, como sería el caso de secciones y organizaciones juveniles de partidos políticos, organizaciones sindicales, religiosas, … Y como todas las asociaciones, según los términos previstos en el art. 22 de la C.E., deberán inscribirse en los registros correspondientes a los solos efectos de publicidad.

Reduce y simplifica el contenido mínimo de los estatutos, siendo cuatro los datos que deberán constar, al menos, en los Estatutos: denominación, domicilio social, objeto o fines y órganos directivos.

La modificación más sustancial en nuestro régimen asociativo juvenil, iba a ser la contenida en el artículo tercero, relacionada directamente con la cuestión de la edad: "Los menores de edad miembros de la Asociación que pertenezcan a sus Órganos directivos, de conformidad con lo establecido en sus Estatutos, podrán actuar ante las Administraciones Públicas para el ejercicio de los derechos que a dichas Asociaciones confiera el ordenamiento jurídico administrativo".

Esta realidad de la participación en los órganos directivos de la asociación de menores de edad, debía contemplarse desde la perspectiva del ángulo más favorable[121]. Esto significaría

---

la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural*",* p.13.

120 https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-10613 consultado 9-04-2018

121 Y la técnica jurídica empleada para tal fin es la aplicación a estos supuestos de lo previsto en el art. 22 de la entonces vigente Ley de Procedimiento Administrativo: "Tendrán capacidad de obrar ante las administraciones públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, la mujer casada y los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos cuya actuación esté permitida por el ordenamiento

en la práctica que no existiría diferencia alguna, dentro de la asociación juvenil, entre miembros mayores y menores de edad, y que cualquiera de sus asociados podría ser miembro de sus órganos directivos, sin distinción de edad, con plena capacidad de obrar, al menos ante las Administraciones Públicas, abriendo la posibilidad, por tanto, a la existencia de personas jurídicas tipo asociación, formadas exclusivamente por personas menores de edad.

Nuestro país se situaba así a la vanguardia en la regulación jurídica de esta figura[122], configurándose las asociaciones juveniles en el ordenamiento jurídico español como personas jurídicas del tipo asociativo sin fines de lucro, con plena independencia y horizontalidad, de régimen jurídico especial definido por la edad, entre 14 y 29 años cumplidos, como elemento subjetivo determinante y la participación con plena capacidad de los menores de edad como nota esencial[123].

Indudablemente, la cuestión más polémica respecto al asociacionismo juvenil es la relacionada con la edad, vinculada a la capacidad de obrar, y especialmente la capacidad de los menores de edad para ser miembros de pleno derecho en sus asociaciones.

2.2. LA CUESTIÓN DE LA EDAD COMO NOTA ESENCIAL EN LAS ASOCIACIONES JUVENILES.

La edad es el período de tiempo comprendido entre el nacimiento y un momento concreto considerado en la vida de una persona. Como señalaba DE CASTRO Y BRAVO, *"es la condición jurídica más general, porque atañe a toda persona y, a la vez, la más impersonal y abstracta, por esa misma generalidad"*[124]. Es la nota esencial caracterizadora del régimen jurídico especial de las asociaciones juveniles, determinada entre los 14 y los 29 años, ambos inclusive. Pero, en nuestra opinión, más que la edad en sí misma considerada, es la ausencia de diferencia entre los miembros de la asociación motivada por la edad, o más precisamente, por causa de la minoría de edad de los asociados, la cuestión que concentra la especificidad de este tipo asociativo.

Partiendo de la innegable trascendencia jurídica diferencial entre el estado civil del mayor y del menor de edad, coincidimos con lo que ya a mediados del siglo XX afirmaba DE

---

jurídico sin la asistencia del marido o persona que ejerza la patria potestad o tutela, respectivamente"

[Ley de 17 de Julio de 1951 sobre Procedimiento Administrativo, BOE nº 171, de 18 de Julio]. Posteriormente, con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, «BOE» núm. 285, de 27 de noviembre de 1992, este concepto de capacidad de obrar en el ámbito administrativo para los menores de edad se trasladará al art. 30 y actualmente, con Ley 39/ 2015 al artículo 3, apartado b.

122 No tenemos conocimiento de precedentes anteriores de normas semejantes en el derecho comparado, y hasta el año 2006 no encontraríamos una norma en términos de cierta similitud en el derecho portugués [cfr. apdo. 4.3 de este mismo capítulo].Véase sobre el tema el trabajo de de HERNÁNDEZ DÍEZ, E, "El Derecho de asociación entre los jóvenes de Europa occidental", *Anuario de la Facultad de Derecho", ISSN 0213-988-X, vol. XXVIII, 2010, 301-324. Europe.* Strasbourg: Conseil de l'Europe, 1995. Para ampliar información en la materia del derecho comparado puede consultarse en REVERTE MARTÍNEZ, F.M., El derecho fundamental de …, ob. cit. págs. 262 – 265.

123 MENDIZÁBAL OSES, ob. cit., pág. 105.

124 CASTRO Y BRAVO, F, Derecho Civil de España, Volumen II, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2008., pág. 149.

CASTRO al señalar que no debe convertirse "en una mecánica contraposición entre una persona capaz de obrar y otra incapaz de obrar"[125], anticipándose a las tendencias que se impondrían a final del siglo XX de enfocar de forma restrictiva las limitaciones de la capacidad de obrar de los menores[126].

En el derecho histórico español, ya en el Fuero Juzgo, nos encontramos la distinción de dos edades básicas, como clara influencia de los derechos germánicos: por un lado la de la pubertad, los 14 años, en la que se puede salir de la "guarda", hacer "mandas y promesas" y ser testigo; y, por otro lado, la de los 20 años, en la que se puede ser guardador de los hermanos y reclamar al padre la herencia de la madre. La confluencia del derecho romano, caracterizado por la figura de la patria potestad sobre el "filius familias" hasta los 25 años, con los germánicos, más flexibles en reconocer distintas capacidades según la edad, resulta un sistema complejo en el derecho castellano, en el que no es posible destacar una única o verdadera mayoría de edad[127].

En el derecho aragonés se conservarán en mayor medida las reglas germánicas, por su resistencia a admitir la romana "patria potestas", hablando la doctrina de la edad de 14 años como de "legitiman aetatem", afirmando en esta edad el paso de una situación a otra de relativa independencia, y de la edad de los 20 años "que el menor se ha hecho mayor"[128].

La Constitución de 1978 estableció la mayoría de edad a los 18 años, en su art. 12[129]. A partir de ella, y en desarrollo de sus mandatos y principios establecidos en materia de familia y de igualdad de todos los ciudadanos, se iniciaría un proceso de transformación de nuestro sistema en materia de familia y de minoría de edad[130], que comenzaría con la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio, que suprimió la distinción entre filiación legítima e ilegítima, equiparó al padre

---

125 DE CASTRO Y BRAVO, F, Derecho civil…, ob.cit., págs. 166 y 167.

126 Véase la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 2, sobre el interés superior del menor.

127 DE CASTRO Y BRAVO, Derecho civil…, ob.cit., págs.156, 157, 158.

128 Ibídem, pág.161.

129 Aunque la instauración de la mayoría de edad a los 18 años fue anterior a la Constitución, precisamente se modificó para que ese sector de la población tuviera la oportunidad de votarla, con el Real Decreto-ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad**.**

130 El art. 39 de la C.E., el primero del Capítulo III, de los principios rectores de la política social y económica, tiene el siguiente texto:

"1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

y a la madre a efectos del ejercicio de la patria potestad e introdujo la investigación de la paternidad[131].

Sin embargo, el cambio más sustancial se produciría con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, [en adelante LOPJM] que instaura en nuestro Derecho positivo un sistema jurídico radicalmente nuevo en materia de la capacidad de obrar implícita en la minoría de edad, sustituyendo al vigente en España y la mayoría de países occidentales desde finales del siglo XIX, procediendo a un innovador reconocimiento de los derechos humanos a la infancia, con un nuevo enfoque conceptual que concibe a las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social y de participar en la búsqueda y satisfacción de sus propias necesidades y también las de los demás.

A) *Participación y asociacionismo en la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y la Ley orgánica 1/ 1996, de Protección Jurídica del Menor.*

De forma expresa, el preámbulo de la ley alude al derecho de participación, refiriéndose tanto al derecho a formar parte de asociaciones, como a promover su asociacionismo específico. En su articulado, va desarrollando lo previsto en la Convención de los Derechos del Niño (CDN)[132] y sus diferentes derechos reconocidos. En concreto en relación con el derecho a la libertad de asociación, es el artículo 15 de la CDN el que señala que se reconoce por los Estados los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas, no imponiéndose restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

El art. 7 de la LOPJM desarrolla lo previsto en el art. 15 de la Convención, y lo hará en tres apartados.

El primero, en su párrafo inicial, hace un reconocimiento al derecho a participar de los menores, semejante al del art. 48 de la Constitución referida a los jóvenes, pero con la salvedad de que aquí sustituye los conceptos de desarrollo político y económico como ámbitos de la participación, por los de participación en la vida "artística y recreativa de su entorno". Además, une el derecho a participar con "una incorporación progresiva a la ciudadanía activa". En su segundo párrafo insta a los poderes públicos a promover órganos de participación de los menores y de las organizaciones sociales de la infancia y adolescencia

---

131 Sobre el alcance de la Ley 11/ 1981 ver SERNA MEROÑO, E, *La reforma de la filiación*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1985.

132 La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) es un tratado internacional que recoge los derechos de la infancia y es el primer instrumento jurídicamente vinculante que reconoce a los niños y niñas como agentes sociales y como titulares activos de sus propios derechos. El texto fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. En España, se aprobó poco tiempo después el Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño

Destacar la modificación introducida por la Ley 26/ 2015, de 28 de Julio, que añade un tercer párrafo donde se establece la necesidad de garantizar la accesibilidad de los entornos y la provisión de ajustes razonables para que los menores con discapacidad puedan desarrollar su vida social, cultural, artística y recreativa.

El apartado segundo ordena un reconocimiento del derecho de asociación de los menores, que comprende:

a) El derecho de formar parte de asociaciones y organizaciones juveniles de los partidos políticos y sindicatos, de acuerdo con la Ley y los Estatutos.

b) El derecho de promover asociaciones infantiles y juveniles e inscribirlas de conformidad con la Ley. En estos casos, "los menores podrán formar parte de los órganos directivos de estas asociaciones".

Obsérvese la diferencia de matices entre esas dos figuras asociativas, pues mientras en las organizaciones juveniles de partidos, los menores tendrán derecho a formar parte del partido, sin mucha autonomía, ya que estarán sometidos a lo dispuesto en la Ley y los Estatutos en cambio, en las asociaciones infantiles y juveniles, el derecho de promover y de inscribir las asociaciones por ellos creadas, será ejercido por los menores de forma plena. Por si hubiera alguna duda, de forma expresa y precisa se afirma que los menores podrán formar parte de sus órganos directivos.

En gran manera, este artículo 7, en su apartado 2, viene a completar lo previsto en el el R.D. 397/ 1988, de 22 de abril por el que se regula la inscripción registral de las asociaciones juveniles, desterrando cualquier duda que pudiera surgir sobre la capacidad de los menores de edad como miembros activos y de pleno derecho en las asociaciones juveniles.

Además de completar, perfecciona lo dispuesto en el R.D. 397/1988, al añadir que: "Para que las asociaciones infantiles y juveniles puedan obligarse civilmente, deberán haber nombrado, de acuerdo con sus Estatutos, un representante legal con plena capacidad". De esta forma, se procede a disipar las dudas que pudieran existir sobre la capacidad de obligación en el ámbito civil de las asociaciones juveniles cuyos representantes fueran menores de edad.

Si el R.D. 397/1988, en su apdo. 3º, otorgaba plena capacidad a los menores de edad miembros de sus órganos directivos, pero en el ámbito administrativo, el art. 7. 2. de la LOPJM vendría a completar el ámbito de actuación de las asociaciones juveniles y de sus órganos directivos formados por menores de edad, en el ámbito civil, a través de la necesaria figura de un representante legal con plena capacidad de obrar.

Pese a las críticas doctrinales recibidas, en lo referente al ejercicio del derecho de asociación por los menores de edad, porque para algunos sectores resulta contradictoria la regulación del derecho de participación y reunión de los menores de edad, con la exigencia de nombrar un representante legal para que la asociación juvenil pueda actuar en el ámbito civil[133], consideramos positivas las aportaciones de la LOPJM, por los siguientes motivos:

---

133 BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R, "Menores", Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, vol.I, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1996. En su pág. 6, concreta sus críticas del siguiente modo: "Se reconoce a los menores el «derecho a promover asociaciones infantiles y juveniles », así como a «formar parte de los

- Porque procede a regular, con el máximo rango legislativo de nuestro sistema constitucional, el derecho de los jóvenes menores de edad a asociarse en sus propias asociaciones, y con el derecho de ser promotores y representantes en sus órganos directivos.

- Además, realiza una precisa distinción en el ejercicio práctico del derecho de asociación por los menores, por un lado, en las organizaciones de adultos, como partidos políticos y sindicatos, donde participarán en las organizaciones juveniles de las entidades con personalidad jurídica ya constituida, y por otro lado, en las asociaciones juveniles específicas, promovidas, inscritas y gestionadas por los propios jóvenes.

- Y finalmente, establece criterios para que las asociaciones juveniles puedan actuar en la vida social con plenas garantías jurídicas, tanto para terceros como para los propios colectivos juveniles, al requerir, para la plena validez de las obligaciones civiles contraídas por la asociación, la existencia, en los términos previstos en sus estatutos, de un represente legal mayor de edad y con plena capacidad.

En este sentido la modificación introducida en el art. 1263 del CC por la Ley 26/2015, de 28 de Julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, parece confirmar esta opinión positiva, al darle un carácter más relativo y menos restrictivo a la limitación de la capacidad de los menores no emancipados para prestar su consentimiento[134]. Ciertamente, con las reformas introducidas en 2015 en la LOPJM, podemos afirmar que nuestro ordenamiento jurídico claramente apuesta por la autonomía e independencia del menor[135].

B) La figura específica del representante legal con plena capacidad de obrar.

Respecto a la figura concreta del representante legal con plena capacidad de obrar, sobre su procedimiento de designación y ejercicio, lo único que indica la norma es que deberán ser nombrados de acuerdo con sus Estatutos. Podemos coincidir con algún sector de la doctrina en que la norma es contradictoria, al menos en la fórmula de redacción. Igualmente coincidimos con López y López en que "la terminología representación legal es equívoca", y

---

órganos directivos de estas asociaciones ». No obstante, resulta que para que las asociaciones en cuestión «puedan obligarse civilmente, deberán haber nombrado... un representante legal con plena capacidad». Por el contrario, los menores necesitan, el consentimiento expreso de sus representantes legales para promover reuniones públicas y manifestaciones pacíficas. Resulta claramente contradictorio, y, además, difícil de compaginar en parte con las reglas generales de capacidad de obrar y representación legal".

134 http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8470#asegundo 9 – 4 – 2018.
Artículo 1263.
"No pueden prestar consentimiento:
1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.
2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial".

135 Para ampliar la visión sobre la capacidad y la minoría de edad puede ser de interés consultar las obras de GETE-ALONSO y CALERA, M.C., *La nueva capacidad de obrar de la persona*, 2ª ed. Civitas, 1992 y "Manifestaciones de la autonomía del menor en la normativa catalana" en InDret, Revista para el análisis del derecho, nº 1/2005.

máxime cuando nos encontramos en un plano en donde coinciden personas físicas ejerciendo un derecho, en concreto menores de edad, con personas jurídicas interviniendo en el tráfico jurídico social, asociaciones juveniles obligándose civilmente, siendo más apropiado hablar de "representación orgánica", ya que nos encontramos ante un caso de representación de una persona jurídica[136].

La redacción del art. 7. 2, de forma expresa exige que deberán nombrarse "de acuerdo con sus Estatutos". Esto nos permite afirmar que los estatutos de toda asociación juvenil, deberían contemplar esta posible situación en la que sea necesario el nombramiento un representante legal con plena capacidad. Como en nuestro ordena- miento jurídico rige el derecho de auto - organización en el ejercicio de la libertad de asociación, que incluye también a las aa.jj., deberá ser cada colectivo o grupo de jóvenes el que concrete y adapte a sus propias normas estatutarias esta posibilidad de nombramiento de un representante legal, con capacidad para poder actuar en el mundo de las obligaciones del ámbito civil[137].

Por otra parte, existiría otra posibilidad, en nuestra opinión impecable en estricta técnica jurídica, como la recogida por el Código Civil Catalán, que consiste en la constitución dentro de la asociación de un "órgano adjunto", que actúe en este tipo de casos.

2.3. LA PARTICIPACIÓN PLENA DE LOS MENORES DE EDAD COMO CARACTERÍSTICA DEL TIPO ASOCIATIVO ESPECÍFICO.

La entrada en vigor de la Ley orgánica 1/ 2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de asociación [LODA] no supuso alteración de la situación legal de las asociaciones juveniles, pues de acuerdo con su art. 3. b, podrán constituir asociaciones y formar parte de ellas los menores no emancipados de más de 14 años con el consentimiento de las personas que deban suplir su capacidad, y textualmente indica *"sin perjuicio del régimen previsto para las asociaciones infantiles, juveniles o de alumnos en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor"*.

Empero, en la interpretación y aplicación inicial de la Ley, surgieron algunas dudas o diferentes interpretaciones, sobre lo previsto en el art. 11. 4. de la Ley, que en su párrafo segundo señala*: "Para ser miembro de los órganos de representación de una asociación, sin perjuicio de lo que establezcan sus respectivos Estatutos, serán requisitos indispensables: ser mayor de edad,"*. En una interpretación literal y rígida del contenido de este artículo respecto a la edad, algunos autores e incluso algunas Administraciones Públicas, consideraron que la nueva Ley, impedía en las asociaciones juveniles, a sus asociados que tuvieran entre 14 y 17 años, formar parte de los órganos directivos de representación[138].

---

136 LÓPEZ y LÓPEZ, A.M, "Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales". Valencia. Tirant lo Blanch, 2012, pág. 51.

137 REVERTE MARTÍNEZ, F.M., *El derecho fundamental*.. ob. cit. págs. 244 – 251.

138 MONTORO PUERTO, M, "Derecho de asociación. Análisis de la Ley Orgánica 1/ 2002". *Economist & Iuris, nº 63,* Barcelona, Septiembre 2002, págs. 60-72. El autor aporta un primer análisis sobre las características esenciales de la Ley Orgánica. Además, añade prácticos y útiles modelos de Acta Fundacional de una Asociación y de Estatutos de Asociación.

Pues bien, en el Modelo de Estatutos de una Asociación propuesto por Montoro Puerto, podemos entender

Debe considerarse un error restringir, con base en la aplicación del art. 11.4 de la LODA, el derecho de los menores de edad a ser miembros del órgano directivo de representación de sus propias asociaciones juveniles de las que puedan ser asociados, porque tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación, se mantiene plenamente el derecho de los jóvenes entre 14 y 17 años, a ser miembros de los órganos directivos y de representación de las asociaciones juveniles de las que puedan formar parte, en los términos previstos en sus Estatutos, en el R. D. 397/ 1988, de 22 de Abril, y en el art. 7 de la Ley Orgánica 1/ 1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor.

Cualquier otra interpretación vulneraría este derecho de los menores y además de una posible aplicación errónea de las normas jurídicas, supondría una limitación al derecho fundamental de asociación, en plena contradicción con lo previsto en el art. 22 de la Constitución, en la citada Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación y, finalmente, de lo previsto en el art. 48 de la Constitución Española[139].

Esta interpretación tiene su confirmación con la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/ 2006, de 27 de Abril de 2006[140], en relación a la Ley de Asociaciones de Cataluña, que en su Fundamento Jurídico séptimo admite sin restricción el régimen de las asociaciones juveniles como el tipo asociativo donde los menores ejercen con plenitud el derecho de asociación.

La fundamental relevancia de la Sentencia 133/ 2006, radica en que por primera vez nuestro Alto Tribunal puede proceder a dictar Sentencia teniendo en consideración la LODA. En lo que corresponde a nuestra materia específica de jóvenes y asociaciones juveniles, la Sentencia, en su fundamento jurídico 7, referido al artículo 4 de la Ley 7/ 1997 de Asociaciones de Cataluña, contiene dos pronunciamos de gran importancia en relación a la titularidad y condiciones de ejercicio del derecho de asociación por los menores de edad, que por su trascendencia reproducimos textualmente, al menos parcialmente.

El primero, viene a ratificar y perfilar nítidamente el régimen de las asociaciones juveniles como el tipo asociativo donde los menores ejercen con plenitud el derecho de asociación, como se refleja en el siguiente contenido literal de Fundamento jurídico 7.a): "*A lo dicho*

---

que parece recogerse una interpretación opuesta a la participación de los menores de 18 años en los órganos de representación de sus Asociaciones Juveniles. Así, en el art. 23, incluido en el Capítulo IV. Sobre los socios, de este modelo de Estatutos se recoge textualmente: **"***Podrán pertenecer a la Asociación aquellas personas con capacidad de obrar que tengan interés en el desarrollo de los fines de la Asociación".* Prueba de lo que decimos se encuentra en el mismo artículo, al decir, en la nota explicativa al artículo que "*En las Asociaciones Juveniles la edad para poder ser miembro de las mismas es la comprendida entre los 14 años cumplidos y treinta sin cumplir (R.D. 397/1988, de 22 de Abril por el que se regula la inscripción registral de Asociaciones Juveniles.(BOE núm.102,28488). No obstante, los miembros de los órganos de representación deberán ser mayores de edad y con plena capacidad de obrar (Art. 11. 4, LO 1/ 2002)".*

139 Para mayor profundización en la materia, puede consultarse la obra de REVERTE NAVARRO, A, (Dir.) y REVERTE MARTÍNEZ, F.M, *La nueva ley reguladora del Derecho de asociación, su incidencia sobre las asociaciones juveniles",* Murcia, Ayuntamiento de Murcia, 2004.
https://digitum.um.es/xmlui/handle/10201/43873 09-04-2018.

140 http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/5737 9- 04- 2018.

debemos añadir, ahora, que bajo la denominación "asociaciones juveniles", empleada por el art. 4.1 c) de la Ley del Parlamento de Cataluña impugnada para acotar los tipos asociativos donde los menores ejercen con plenitud el derecho de asociación, deben entenderse comprendidas tanto las asociaciones infantiles, según lo dispuesto en el art. 7.2 b) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, como las asociaciones de alumnos a las que se refiere el art. 7 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 julio, reguladora del derecho a la educación, a tenor de la mención que a éstas se hace en el art. 3 b) LODA …".

Y el segundo pronunciamiento, de gran trascendencia, viene a determinar el régimen de participación de los menores de edad en aquellas asociaciones que no sean "específicamente juveniles", estableciendo, de forma adecuada en nuestra opinión, en su Fundamento Jurídico 7.b), el criterio de que los menores de edad entre los 14 y 18 años podrán participar en todos los tipos asociativos, con el consentimiento de quienes deban suplir su capacidad, y con todos los derechos de los asociados, salvo los de formar parte de los órganos directivos[141].

3. DERECHO AUTONÓMICO Y ASOCIACIONES JUVENILES.

3.1. COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN MATERIA DE ASOCIACIONES Y DE JUVENTUD.

La Constitución española no atribuye la competencia en materia de asociaciones ni al Estado ni a las CCAA, y esta circunstancia abrió el camino al desarrollo de un modelo caracterizado por la heterogeneidad en la asunción competencial de esta materia por parte de las CCAA. Acabado el proceso de aprobación de los Estatutos de Autonomía, al finalizar la década de los 80 del pasado siglo, nos encontramos con dos situaciones bien diferenciadas respecto al derecho de asociación. Por una parte, CCAA que asumieron competencia exclusiva en la materia[142]. Por otra, un segundo grupo de CCAA, asumieron tan sólo la función

141 Fundamento Jurídico 7 B: "…para el ejercicio de la vertiente positiva del Derecho de asociación los menores no emancipados deben tener, al menos, catorce años cumplidos, y exige, como único complemento de la eficacia de sus actos, la prestación previa de su consentimiento por quienes "deban suplir su capacidad". Ahora bien, una vez integrados en el ente asociativo, el art. 21 LODA no establece, en línea de principio, limitación alguna de sus derechos como asociados y únicamente el art. 11.4 LODA exige como requisito indispensable "para ser miembros de los órganos de representación" (en la terminología de la Ley 7/1997, órganos de gobierno) "ser mayor de edad". Siendo ello así, lo previsto en el art. 4.2 de la Ley del Parlamento de Cataluña no resulta conciliable con este régimen general porque, con independencia que su ámbito subjetivo de aplicación sea más amplio que el definido por el legislador orgánico, el legislador autonómico ha fijado unos límites al ejercicio de los derechos inherentes a la condición de asociado más estrictos —pues sólo reconoce el libre ejercicio del derecho de voz, pero requiere "en cualquier caso" la intervención del representante legal para el ejercicio del derecho de voto— que los definidos por el legislador orgánico en el ejercicio de la función que tiene constitucionalmente reservada."

142 Ocurrió de esta forma en los Estatutos de Autonomía de Andalucía (artículo 13.25), Canarias (artículo 30.7), Comunidad Valenciana (artículo 31.23), Cataluña (artículo 9.24), País Vasco (artículo 10.13) y Navarra (artículo 44.19). Estas CCAA, se atribuyeron competencia "exclusiva" sobre las asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico-asistencial y similares, siempre que desarrollen principalmente sus funciones en sus respectivos territorios.

ejecutiva sobre la regulación del régimen jurídico de las asociaciones que desempeñen sus funciones principalmente en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma.

Ya en el siglo XXI, y en vigor la LODA, la situación se modificó tras los procesos de reforma estatutaria llevados a efecto por algunas CCAA. Así, con la aprobación de los nuevos Estatutos de Autonomía de las CCAA de Valencia, Cataluña, Islas Baleares, Andalucía, Aragón, Castilla y León y Extremadura, el modelo de reparto competencial se vio alterado, bien porque algunas CCAA han asumido competencias plenas sobre ciertas modalidades asociativas, o bien porque otras, han extendido la exclusividad a la regulación del régimen jurídico de todas las asociaciones que desarrollen sus funciones con carácter principal en su territorio.

De este modo, dentro del conjunto de CCAA con competencias exclusivas en la materia, se pueden distinguir dos grupos diferenciados según la extensión material de la exclusividad: de un lado, tendríamos el modelo de competencia exclusiva limitada, que supone la asunción de competencias exclusivas respecto de determinados tipos asociativos. De otro lado, nos encontraríamos con el modelo de competencia exclusiva ilimitada, que implica la atribución exclusiva de competencias para la regulación del régimen jurídico de todas las asociaciones que desarrollen mayoritariamente sus funciones en la respectiva Comunidad Autónoma.

Para resumir el marco competencial en materia asociativa en la segunda década del siglo XXI, las CCAA con competencias exclusivas estatutariamente atribuidas, podrán regular la totalidad del régimen jurídico de las asociaciones incluidas en su ámbito territorial, debiendo de respetar los límites derivados de las competencias del Estado. En este grupo se incluyen, tanto las CCAA que han asumido competencia exclusiva sobre asociaciones con alcance general (Cataluña, Islas Baleares, Andalucía, Castilla y León y Extremadura), como aquellas otras que sólo se han atribuido la exclusividad competencial respecto de determinados tipos de asociaciones (Comunidad Valenciana, Aragón, País Vasco, Canarias y Navarra).

Las demás CCAA (Región de Murcia, Castilla La Mancha, Asturias, La Rioja, Madrid, Cantabria y Galicia), disponen de competencias de "ejecución", no teniendo capacidad de dictar normas reguladoras del régimen jurídico respecto de las asociaciones de ámbito autonómico. Su régimen jurídico se regirá por la regulación que en materia de asociaciones sea dictada por el Estado para aquellas de ámbito nacional, que actualmente es la LODA, conforme a lo dispuesto en el artículo 149.3 de la CE, cuya regulación podrá ser objeto de ejecución en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma.

Respecto a la competencias de Juventud, podemos considerarlas como título competencial constitucionalmente indeterminado y asumido por las Comunidades Autónomas a través de los Estatutos de Autonomía. El art. 48 de la Constitución Española, que mandata a los poderes públicos a promover las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en todas las esferas del desarrollo del país, es junto a la protección de la juventud y de la infancia del artículo 20.4), la única referencia específica a la juventud en el texto constitucional de 1978. Al igual que sucede con la materia asociación, en cuanto a distribución de competencias, nuestra norma fundamental no menciona a la juventud, ni en el art. 149.1, como reserva de competencia a favor del Estado, ni tampoco en el artículo 148, dentro de las materias que pueden ser asumidas por las CCAA. En el proceso de construc-

ción del Estado Autonómico en nuestro país, iniciado poco después de la aprobación de la Constitución Española, la materia Juventud, en relación con el art. 48, fue, progresivamente incorporándose al conjunto de competencias de las CCAA, utilizando, en técnica jurídica, la cláusula residual contemplada en el artículo 149.3.

Esta asunción de la materia competencial en Juventud y Participación Juvenil por parte de las Comunidades Autónomas, generalizada a finales de los años 80, quedaría confirmada por la "segunda generación de Estatutos Autonomía" que se iniciaría con la polémica Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Conviene dejar reseñado en este proceso, el papel clave representado por la Jurisprudencia constitucional en la clarificación de los criterios de distribución del marco competencial sobre juventud, asociaciones juveniles y derecho de asociación, con una serie de sentencias de gran trascendencia[143].

3.2. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA VIGENTE SOBRE ASOCIACIONES Y SU INCIDENCIA EN JOVENES Y ASOCIACIONES JUVENILES.

Una de las peculiaridades del ordenamiento jurídico español es la existencia de una pluralidad de ordenamientos civiles, especiales, y que la Constitución Española viene a consagrar al reconocer la pluralidad de competencias en materia de legislación civil, en los términos del artículo 149.1.8º[144], en una situación jurídico – fáctica que podríamos denominar, de coexistencia en situaciones de igualdad de los ordenamientos de las Comunidades Autónomas con su propio derecho civil[145].

Por ello, no debemos de prejuzgar cualquier heterogeneidad normativa en esta materia de jóvenes, minoría de edad y derecho de asociación, como extraña a nuestro ordenamiento jurídico, pues éste tiene entre sus bases el pluralismo en el ámbito normativo civil. Pero el desarrollo de la norma sobre esta materia, deberá de contemplar siempre, el reconocimiento de los rasgos esenciales del derecho fundamental de asociación y los principios de protección de los derechos de los menores de edad, que, como emanación directa de nuestra norma

---

143 Reseñamos aquí la doctrina constitucional establecida en relación con la legislación autonómica de asociaciones, en sentencias como las siguientes:

- La Sentencia del T.C. 157/1992, de 22 de ddiciembre, en relación con el Decreto del Gobierno de las Islas Baleares 29/1985, de constitución y funcionamiento de las asociaciones juveniles.

http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2044 9-04-2018.

- La STC 173/ 1998, de 23 de Julio, en relación a la Ley 3/ 1988, de 12 de febrero, de Asociaciones del País Vasco.

- La Sentencia 135/2006, de 27 de abril de 2006, en relación a la Ley 7/1997, de 18 de junio, de Asociaciones, del Parlament de Cataluña.

144 En los términos del art. 149.1.8, El Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación: "sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial"

145 GETE-ALONSO y CALERA, M.C., "El Codi Civil de Catalunya. Les competencies legislativas y el proces de codificació", *Activitat Parlamentaria*, Setembre 2008 págs. 30-37. Generalitat de Catalunya.

constitucional, en su rango más elevado de los derechos fundamentales, obligan a todos los poderes públicos y deberán ser respetados en todos los niveles normativos, por los organismos públicos con competencias legislativas o ejecutivas.

A) *Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas.*

Como indica la Exposición de Motivos de este amplio Libro Tercero del Código Civil de Cataluña [CCCat], sobre personas jurídicas, su Título II comprende el régimen jurídico privado de las asociaciones, de conformidad con la Jurisprudencia constitucional. En lo que respecta a las asociaciones juveniles, además de citarse en la Disp. Adicional Primera [como asociaciones con normativa especial, junto a las de alumnos, consumidores, etc.], se han reconducido algunas características de su régimen jurídico [como la capacidad para constituirlas o para ingresar en las mismas o la existencia de un órgano adjunto a la junta directiva] a la regulación común de las asociaciones, como especialidades con trascendencia civil.

Las características concretas del régimen jurídico de las asociaciones juveniles introducidas por el derecho civil catalán y que hemos de destacar son, en primer lugar, las relativas a la capacidad para la constitución de asociaciones, reguladas con carácter general en el art. 321.2, y de forma precisa en su apartado 2, que trata sobre las asociaciones infantiles, juveniles y de alumnos y las demás integradas por menores de edad, donde se recogen las principales innovaciones en la materia, comenzando por la introducción como criterio para formar parte de las mismas, el de la "capacidad natural".

Sin embargo, mantiene la limitación para efectuar aportaciones o asumir obligaciones patrimoniales, siendo necesaria la capacidad de obrar y requiriendo que forme parte de la asociación, al menos una persona mayor de edad, al efecto de formalizar los actos que lo requieran. Si en el órgano de gobierno no hay ninguna persona con capacidad de obrar plena, ha de constituirse un órgano adjunto con la finalidad de suplir esta falta de capacidad en todos los casos que sea necesario.

En concreto, el artículo 322-1., que trata sobre "Órganos necesarios y voluntarios", viene a regular la existencia en las asociaciones juveniles de un órgano adjunto al órgano directivo, procediendo en el artículo 322-11 a concretar de forma detallada las funciones de este órgano adjunto

El CCCat determina la capacidad para constituir asociaciones juveniles y frente al criterio estricto de la edad mínima [14 años] utiliza el criterio de la "capacidad natural. El requerimiento de que forme parte de la asociación al menos una persona mayor de edad, a nuestro juicio, no supone la obligación imperativa de que tengan que formar parte del órgano de gobierno personas mayores de edad[146], ya que la norma catalana viene a configurar ese nuevo órgano de la asociación, como órgano adjunto, que representará y completará la capacidad del órgano directivo integrado por menores, cuando así sea necesario, configurando los dos órganos una única voluntad de la asociación. Por ello, precisa la norma que las funciones de

146 RAVETLLAT BALLESTE, I, "El ejercicio de los derechos de la personalidad por las personas menores de edad. Análisis particular de su Derecho de asociación", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* nº3, 2013, págs. 463-511.

representación de la persona jurídica, en las asociaciones infantiles, juveniles, de alumnos, integradas por menores, deben ser ejercidas por alguno de los miembros del órgano de gobierno con capacidad de obrar. Tan sólo en el supuesto fáctico de que ninguno de sus miembros la tenga, entrará en juego la figura del órgano adjunto, precisando el artículo 322.11 los detalles de este órgano adjunto, que, en todo caso, y reforzando su carácter orgánico asociativo tanto la constitución inicial como las renovaciones, en su caso, deben ser inscritas en el Registro de Asociaciones.

Esta sería la regulación jurídica en el ámbito del derecho civil catalán de la figura de las asociaciones juveniles, que, nos parece acertada en su construcción jurídico – civil, y respetuosa tanto con el art. 22 de la C.E, como con el art. 7 de la LOPJM, y la LODA, pudiendo afirmar por tanto, que según la regulación del CCCat, las asociaciones juveniles son la figura jurídica donde los menores de edad pueden ejercer con plenitud su derecho de asociación.

B). Ley 7/2007, de 22 de junio, de Asociaciones de Euskadi. Sobre los asociados juveniles e infantiles.

La Ley 7/2007, de 22 de junio, de Asociaciones de Euskadi[147], deroga la Ley del Parlamento Vasco 3/1988, de 12 de febrero, de Asociaciones, primera en el Estado en la regulación de esta materia, e introduce novedades que vienen a completar algunas de las cuestiones poco precisas o indeterminadas en la LODA[148]. Más a los efectos que aquí nos interesan, además de recoger lo previsto en la LOPJM y la LODA sobre la figura de las aa.jj [art. 6.1.b], las principales innovaciones aportadas por la Ley Vasca de 2007, están recogidas en el art. 25, que trata sobre las modalidades de personas asociadas que podrán establecer los estatutos, añadiendo la figura de las personas asociadas como juveniles, en los siguientes términos:

"Juveniles: personas asociadas que, siendo mayores de 14 años, necesitan para su ingreso el consentimiento documentalmente acreditado de las personas que deban completar su capacidad; aunque pueden tener derecho de voz y voto en las asambleas generales, no podrán asumir cargos directivos".

Ahora bien, la principal novedad en este sentido de la Ley Vasca de 2007 es la de reconocer de forma explícita, la figura de los socios infantiles, procediendo a realizarlo del siguiente modo:

"Infantiles: personas menores de 14 años, sin perjuicio de que el ejercicio de sus derechos y obligaciones asociativas corresponderá a sus representantes legales".

Se trata esta cuestión de los asociados "infantiles "o de "asociaciones infantiles", de un planteamiento que ha venido apareciendo vinculado estrechamente a las asociaciones juveniles, tanto desde el ámbito de la protección jurídica del menor de la LOPJM, como en

---

147 https://www.euskadi.eus/bopv2/datos/2007/07/0703902a.pdf consultado 9-04-2018.

148 En este sentido, destacar el contenido del artículo 5 de la ley, sobre "tipología de las asociaciones", que distingue y delimita tres tipos de asociaciones: asociaciones de fines particulares, de fines generales y de fines generales declaradas de utilidad pública. Igualmente señalaríamos, de forma positiva, el reconocimiento, en su artículo 6.1.c), de la capacidad para constituir o formar parte de asociaciones de las personas sometidas a tutela o curatela, con el consentimiento de sus tutores o curadores, con la salvedad de no poder formar parte de sus órganos directivos ni representar a la asociación

el ámbito del derecho de asociación regulado en la LODA, sin que constara ningún tipo de desarrollo normativo al respecto. Por tanto, es el primer reconocimiento explícito de este tipo de asociados infantiles.

C) Ley 4/2003, de 28 de febrero, de Asociaciones de Canarias.

La Ley Canaria de Asociaciones es posterior a la LODA[149], por lo que, además de realizar una adaptación de su contenido a los preceptos obligatorios, puede ampliar y precisar con mayor detalle algunas de las cuestiones de menor desarrollo en la Ley Orgánica. En el artículo 5.2., que versa sobre constitución de las asociaciones, la Ley trata sobre la cuestión de los menores de edad, reconociendo que tendrán los mismos derechos que se reconocen a los socios mayores de edad, salvo en los casos que por aplicación de legislación civil se exija representación legal.

La principal aportación de la Ley Canaria de Asociaciones viene regulada en la Disposición Adicional primera que, de forma que podemos estimar como correcta técnicamente, realiza, en primer lugar, una precisión sobre el régimen de las asociaciones de carácter especial y su relación con la Ley[150], y, en segundo lugar, una concreción sobre las asociación juveniles "o de menores de edad no emancipados", en el sentido de precisar que las asociaciones juveniles o de menores de edad o emancipados se obligan en términos civiles ante terceros mediante representante legal con capacidad plena.

D) La Ley 14/2008, de 18 de noviembre, de Asociaciones de la Comunitat Valenciana. Del modelo asociativo valenciano y las asociaciones juveniles.

Respecto a la Ley 14/ 2008 de la Generalitat valenciana, en lo que a nuestro objeto interesa, hemos de detenernos brevemente, en los artículos finales de la Ley, en concreto en el Capítulo IV, sobre Asociaciones de carácter especial, incluido en el Título III, "De la organización y funcionamiento de las asociaciones", que en su artículo 55 apunta a un tipo específico de asociación juvenil, cuyas peculiaridades serían las siguientes:

- Su finalidad deberá ser la promoción, integración social, participación activa o entretenimiento de la juventud.

- Se pierde la condición de asociado a los treinta años, aunque las personas que ostenten cargos podrán mantener su condición hasta finalizar su mandato.

- En el acto de constitución deberán participar necesariamente al menos tres personas mayores de edad [o menores emancipadas].

- La presidencia la ostentará siempre una persona mayor de edad o menor emancipada.

---

149 (B.O.C. 47, de 10.3.2003).
http://www.gobiernodecanarias.org/libroazul/pdf/38068.pdf consultado 9 – 04- 2018

150 "DISPOSICIONES ADICIONALES
Primera. Asociaciones de carácter especial.
1. Las asociaciones de carácter especial, como son las juveniles, de alumnos, de padres de alumnos, de vecinos, de personas mayores, de discapacitados o de voluntarios, se rigen en sus aspectos generales por la presente Ley, sin perjuicio de la legislación específica relacionada con la actividad que realicen".

- Las asociaciones que no tengan, como mínimo, dos personas mayores de edad o menores emancipadas en el órgano de representación deben disponer del apoyo de un órgano adjunto, integrado por un mínimo de dos personas mayores de edad o menores emancipados.

- No obstante, las personas menores de edad que pertenezcan a los órganos directivos de conformidad con lo establecido en los estatutos, pueden actuar ante las Administraciones Públicas para el ejercicio de los derechos que confiere a tales asociaciones el ordenamiento administrativo.

En nuestra opinión, este modelo asociativo juvenil valenciano recopila diferentes planteamientos normativos preexistentes sobre las asociaciones juveniles, desde el derogado R.D. 3481/1977 [del que emplea el requisito de fines determinados, así como la presencia obligatoria de mayores de edad en la constitución asociativa], a determinados apartados del vigente RD 397/1988 [como la plena capacidad de obrar de los directivos menores de edad ante las Administraciones], y con las más recientes aportaciones del CCCat, en concreto la figura del "órgano adjunto" anteriormente comentado.

Ahora bien, en nuestra opinión, la suma de muchos elementos jurídicos no significa necesariamente una mayor calidad o corrección de los textos normativos, más bien al contrario, porque, por ejemplo, ¿qué sentido tiene que se exija que el presidente sea "obligatoriamente" mayor de edad – por tanto plenitud personal en su capacidad de obrar – y además se exija la presencia del órgano adjunto, para suplir la falta de capacidad de obrar de las personas que forman parte de los órganos de la asociación, "si no hay dos personas mayores de edad en los órganos de gobierno".

Nos encontraríamos pues, en el caso del modelo de asociaciones juveniles "valenciano", ante un tipo específico caracterizado por la edad inferior a 30 años, de fines limitados legalmente y con participación de los menores de edad restringida, con presencia obligatoria permanente de mayores de edad en los órganos directivos. Por tanto, los menores podrán constituir asociaciones, pero siempre tendrán que hacerlo junto, al menos, tres personas mayores de edad, y, aunque puedan ser miembros de sus órganos de representación, nunca podrán ostentar la presidencia. Esta última restricción del acceso a la figura de la presidencia, además de contra los derechos de los menores de edad, supone asimismo un ataque al derecho de la propia asociación para dotarse de sus propios órganos, que incluye la facultad para determinar la composición de todos y cada uno de estos órganos, así como las características de sus integrantes.

Consideramos que el apartado b. y el primer párrafo del apartado c. del art. 55.2 de la Ley Valenciana de Asociaciones no son ajustadas a derecho, por ser su contenido contrario al art. 22 de la CE y a sus normas de desarrollo, siendo su texto preciso con el que manifestamos nuestra disconformidad el siguiente:

b)"En el acto de constitución deberán participar necesariamente al menos tres personas mayores de edad o menores emancipadas.

c) La presidencia la ostentará siempre una persona mayor de edad o menor emancipada".

Contrasta esta limitación grave al derecho de asociación de los menores de edad en una Comunidad como la valenciana que ha aprobado recientemente la LEY 15/2017, de 10 de

noviembre, de la Generalitat, de políticas integrales de juventud [2017/10179] (DOGV núm. 8168 de 13.11.), que aporta una visión abierta y progresiva de la participación juvenil, y que amplia la edad de aplicación de su contenido entre los 12 y los 30 años[151].

E) La Ley 4/2006, de 23 de junio, de Asociaciones de Andalucía y la figura específica de las asociaciones juveniles en el ámbito andaluz.

La Ley 4/2006, de 23 de junio, de Asociaciones de Andalucía[152], no realiza aportación alguna ni en relación a jóvenes, ni a los menores de edad. A nuestro juicio presenta algunas deficiencias técnicas de difícil justificación. Como muestra de esta afirmación, el artículo 15.1 de la Ley, viene a reproducir el contenido del artículo 11.4, párrafo 2º de la LODA respecto a los requisitos para ser miembro de los órganos de representación: "ser mayor de edad, estar en pleno uso de los derechos civiles y no estar incurso en los motivos de incompatibilidad establecidos en la legislación vigente".

Ahora bien, pese a lo dictado por la propia Ley andaluza en su Disposición adicional única, al afirmar que: "El contenido de los artículos 2, 3, 4, 7.1, 15.1, 16.2, 20.2, 27 y 28 d) de la presente Ley está redactado de conformidad con los preceptos con rango de ley orgánica y de directa aplicación de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, del Derecho de asociación", el legislador andaluz, al olvidar el contenido del art. 3 de la LODA,[de rango orgánico] sobre capacidad, y no hacer mención alguna a lo dispuesto en el art. 3.2, [que afecta a los menores de edad y asociaciones juveniles y de alumnos], está abriendo las puertas a que, la legislación autonómica andaluza pueda vulnerar los derechos de asociación de los menores de edad, tanto en sus propias asociaciones juveniles [al impedirles su ejercicio con plenitud], como en las asociaciones de adultos.

Las asociaciones juveniles en el ámbito de Andalucía se regulan por vez primera mediante el Decreto 68/1986 de 9 de abril, sobre constitución y funcionamiento de Asociaciones Juveniles en Andalucía[153], en cuyo artículo 1º son definidas como agrupaciones voluntarias de personas, mayores de 14 y menores de treinta, con fines de la promoción, formación, integración social o entretenimiento de la juventud, sin interés lucrativo alguno, radicadas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, pudiendo también ser sus asociados, los menores de catorce años y los mayores de treinta, con los derechos parciales que en cada caso determinen los Estatutos. En ningún caso, sin embargo, podrán formar parte de los órganos directivos y de representación.

Con respecto al procedimiento, el acta fundacional debía estar suscrita por al menos cinco personas mayores de edad, estando el resto de su articulado en la línea del

Real Decreto 3481/1977, de 17 de diciembre, aunque sin requerir la restrictiva figura del Consejo Responsable.

El Decreto 247/2005, de 8 de noviembre, por el que se regula el censo de entidades de participación juvenil de Andalucía, viene a complementar la anterior normativa, determi-

---

151 http://www.dogv.gva.es/portal/ficha_disposicion.jsp?L=1&sig=009766%2F2017 consultado 9-4- 2018.

152 https://www.boe.es/boe/dias/2006/08/04/pdfs/A29306-29312.pdf consultado 9-04-2018.

153 http://www.juntadeandalucia.es/boja/1986/37/2 consultado 09-04- 2018

nando en su art. 4 las entidades que pueden inscribirse en este Censo y precisando que, en las asociaciones juveniles, los menores de 18 años no pueden formar parte de sus órganos directivos.

El modelo de asociación juvenil andaluz, [o al menos fomentado desde el gobierno autonómico andaluz], es un tipo asociativo específico caracterizado exclusivamente por la edad, de 14 a 29 años, y de tipo asociativo general en cuanto a la participación plena de los menores de edad, ya que no podrán formar parte de sus órganos de gobierno y representación [en los términos del art 11.4 de la LODA].

A mi juicio, en el específico ámbito administrativo del derecho de asociación, podríamos considerar que la Administración andaluza está interfiriendo en la vida interna de las asociaciones [art. 4. 2 de la LODA, con carácter de materia orgánica], además de encontrarnos ante un posible motivo de discriminación por la condición de miembro de una determinada asociación [art. 2.9 LODA] y de ir directamente en contra de lo dispuesto en el art. 48 CE.

Asimismo, cualquier interpretación restrictiva de los derechos de los jóvenes asociados menores de edad, sería contraria a toda la legislación de protección de menores que se recoge en la LOPJM, de manera específica en su art. 7., así como a los criterios Jurisprudenciales que afirman el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que pudiera afectarles en relación con el desarrollo libre e integral de su personalidad, como puede apreciarse en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 76/ 2015, de 17 de Febrero de 2015, que nos señala en su Fundamento Tercero que el criterio de interpretación válido no puede ser la interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor, sino que ha de considerarse siempre su mejor interés cuando hay que negar o posibilitar la interpretación correctora de una norma que les afecte[154].

Igualmente, supone atentar directamente contra lo previsto en la propia LODA, más concretamente en su art. 21, apdo. a), que al regular los derechos de los asociados, precisa, entre otros derechos, que todo socio tiene derecho a participar en los órganos de gobierno y representación.

Por estos motivos, difícilmente puede justificarse que no puedan acceder a los órganos directivos de sus asociaciones juveniles los jóvenes andaluces mayores de 14 años y menores de edad.

4. CONCLUSIONES FINALES.

En España, entre 1967 y 1996, en un proceso de cerca de 30 años marcado por los cambios sociales y políticos y los hitos normativos importantes como la Constitución de 1978 y la LOPJM de 1996, se produce el nacimiento, evolución y plenitud de la figura de las asociacio-

---

154 Sentencia nº 76/2015 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 17 de Febrero de 2015, Id. vLex: VLEX-560896654 http://vlex.com/vid/560896654.

En esta materia reseñar también la obra de VICENTE GIMÉNEZ, M.T., Y NAVALÓN VILA, C, [coord.], *La protección de la infancia y los derechos de los niños y las niñas,* Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 2014.

nes juveniles, como fiel reflejo de los profundos cambios sociales producidos en torno a los derechos de los jóvenes y de los menores de edad. Como símbolo, en términos jurídicos, de este proceso de cambio en torno a la juventud se firma en la ciudad española de Badajoz, en el año 2005, el primer tratado internacional que tiene como contenido normativo la protección de los derechos humanos en el ámbito de la juventud: *la Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes*[155], que reconoce plenamente el derecho de asociación de los jóvenes así como el compromiso de los Estados firmantes para promover y fomentar las asociaciones y organizaciones de los jóvenes.

A efectos prácticos de conocer la presencia social de las asociaciones juveniles, valga como dato que, según fuentes oficiales de la Consejería de Presidencia de la Región de Murcia, en el año 2013, más del 10 por ciento de las asociaciones inscritas en el territorio del municipio de Murcia eran específicamente juveniles, 460 sobre un total de 4.530, siendo el tipo asociativo de mayor presencia, por delante de las asociaciones culturales (447) o musicales (294), AMPAS (266), Vecinos (232) o mujeres (134)[156].

Las asociaciones juveniles son personas jurídicas del tipo asociación sin fines de lucro, caracterizadas por la voluntariedad, independencia y horizontalidad, de régimen jurídico especial definido por la edad de sus miembros, como elemento subjetivo determinante, desde los 14 hasta los 29 años. Su nota esencial diferenciadora radica en ser el tipo asociativo donde los menores de edad ejercen con plenitud el derecho de asociación, incluyendo su participación en los órganos directivos, con plena capacidad, que sólo deberá ser completada en los actos jurídicos aislados en que sea necesario para obligarse civilmente la asociación, a través de una representación legal con capacidad de obrar, nombrada en los términos previstos en sus Estatutos.

Las asociaciones juveniles configuradas en el ordenamiento jurídico español son hoy un importante referente en el ámbito del derecho comparado y, como tipo específico, forman parte del movimiento asociativo juvenil como tipo general, o asociacionismo juvenil en sentido amplio, definido como el conjunto de personas jurídicas no lucrativas que actúan en el ámbito de la juventud con diferentes perfiles jurídicos y de organización, que incluiría además de las asociaciones juveniles, otras figuras de derecho privado como las asociaciones del alumnado, las secciones juveniles de entidades de adultos con reconocimiento estatutario y autonomía organizativa y funcional propia y las entidades prestadoras de servicios a la juventud que incluyan entre sus fines la programación de actividades para los jóvenes, entre las que podría destacarse el movimiento asociativo del escultismo. En este sentido el artículo

---

155 Esta Convención, firmada por los países que conforman la Organización Iberoamericana de la Juventud en Badajoz el año 2005, fue el primer tratado internacional destinado específicamente a la protección de los derechos humanos de los jóvenes. Su contenido está conformado por un Preámbulo, un Capítulo Preliminar, otro capítulo de Disposiciones Generales, dos capítulos sustantivos, dos capítulos instrumentales y las denominadas Cláusulas Finales. En total, la Convención consta de 44 artículos donde se reconoce y garantiza a las personas jóvenes derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Fue publicado en el BOE núm. 67,de 18 de marzo de 2010, páginas 26518 a 26529. http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-4504#analisis consultado 9-04- 2018

156 https://murciaencifras.es/consulta-avanzada#306;Asociaciones consultado 9- 04- 2018.

23.7 del Real Decreto 949/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones, deja clara esta idea de la especificidad de las asociaciones juveniles al afirmar que *"La expresión «asociación juvenil» queda reservada a aquellas sometidas al Real Decreto 397/1988, de 22 de abril, por el que se regula la inscripción registral de Asociaciones juveniles"*.

La existencia de una diversidad de ordenamientos civiles especiales es una peculiaridad del ordenamiento jurídico español, que la Constitución viene a consagrar al reconocer la pluralidad de competencias en materia de legislación civil, en una situación que podríamos denominar de coexistencia en situaciones de igualdad de los ordenamientos de las Comunidades Autónomas con su propio derecho civil.

En esta materia de jóvenes, minoría de edad y derecho de asociación encontramos una gran diversidad en el ámbito normativo civil. Ahora bien, el desarrollo en el ámbito de su competencia por parte de una Comunidad Autónoma deberá realizarse siempre observando el más escrupuloso respeto y conformidad con los preceptos con rango de ley orgánica y de directa aplicación de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, del Derecho de Asociación, con análogo cumplimiento de las disposiciones de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor que le fueran de aplicación, y respetando la doctrina del Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En mi opinión éste ha sido el caso de los desarrollos del tipo asociativo juvenil realizados por el Código Civil Catalán, y de la regulación asociativa en las legislaciones autonómicas vasca y canaria, todos con posterioridad a la LODA.

Debemos ser especialmente críticos respecto a la legislación valenciana, Ley 14/ 2008, de 18 de Noviembre, de Asociaciones de la Comunitat Valenciana, y a la normativa andaluza en materia juvenil, en concreto el Decreto 68/ 1986, de 9 de abril, sobre constitución y funcionamiento de asociaciones juveniles en Andalucía, y el Decreto 247/ 2005 de 8 de noviembre, por el que se regula el censo de entidades de participación juvenil de Andalucía, pues entendemos que no respetan el pleno derecho de asociación de los menores de edad.

En ambos casos se vulnera el derecho de asociación de los menores de edad en una doble fórmula restrictiva: no pueden constituir asociaciones sin que estén presentes personas mayores de edad, y además, se les impide formar parte de los órganos de dirección de sus propias asociaciones, en el caso valenciano de forma parcial, al prohibirles ser presidentes de sus asociaciones, y en el caso andaluz de forma plena, ya que ningún menor podrá formar parte de sus órganos directivos.

Asociaciones juveniles y plenitud de derecho de asociación del menor de edad, van indiscutiblemente unidos en el ordenamiento jurídico español en su conjunto. Cualquier otra interpretación que vulnere este derecho, además de una posible aplicación errónea de las normas jurídicas, supondría una limitación al derecho fundamental de asociación, en plena contradicción con lo previsto en el art. 22 de la Constitución, en la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación, en el art. 48 de la Constitución Española, así como la doctrina del Tribunal Constitucional.

5. BIBLIOGRAFÍA

ANDER EGG, E. *La rebelión juvenil.* Madrid, Marsiega. 1980.

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL. *Asociaciones y fundaciones*: XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Alicante, 27 a 29 de mayo de 2004. [Murcia]: Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, 2005.

ATAZ LÓPEZ, J, "Tutela judicial efectiva y efectos de la solidaridad", *Derecho privado y Constitución,* nº 15, 2001, págs. 41-68.

BANCALARI MOLINA, A., "El emperador Augusto y las asociaciones juveniles: significación y difusión". *Revista de Estudios Clásicos*, Nº. 29, 2000.

BARRADO GARCÍA, J.M, "La juventud y sus formulaciones organizadas en los cambios sociales", *Documentación Social, Revista de estudios sociales y de sociología aplicada, nº 46, La juventud española en la década de los 80*, Marzo 82.

BERENGUER MARTÍNEZ, J., REVERTE MARTÍNEZ, F.M. *Guía práctica para asociaciones juveniles.* Murcia. Concejalía de Juventud y Deportes. 1997.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R, - "Menores", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* vol. I, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 1996.

BORJA, J, *¿Qué son las asociaciones de vecinos?,* Barcelona, Ed. La Gaya Ciencia, 1977.

CAPILLA RONCERO, F, *La persona jurídica: funciones y disfunciones,* Madrid, Tecnos, 1984.

- "Asociaciones y Fundaciones", en A. López y López y V. L. Montés (cords.), *Derecho civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

CATURLA CARRATALÁ, C., "Menores y Juventud", en LÓPEZ PELLICER, J.A. y GÁLVEZ MUÑOZ, [Coords.] *Derecho Autonómico de la Región de Murcia,* Murcia, Colección Estudios de Derecho, Universidad de Murcia, 2008, págs. 331-336

COMAS ARNAU, D. *Las políticas de juventud en la España democrática.* Madrid, Instituto de la Juventud de España (INJUVE). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2007.

CONFERENCIA SOBRE PARTICIPACIÓN Y ASOCIACIONISMO JUVENIL (Madrid, 27- 30 de Octubre de 1987) Propuestas y medidas", *Revista de Estudios de Juventud, nº 28, Asociacionismo Juvenil*. Diciembre 1987.

CONSEJO DE LA JUVENTUD DE ESPAÑA, "*Las organizaciones del Consejo de la Juventud de España. Un análisis humano y organizativo"*. Madrid. CJE. 2002.

CONSEJO DE LA JUVENTUD DE LA REGIÓN DE MURCIA. *Documentos y Propuestas desde los jóvenes para una política de juventud en la región de Murcia*. Murcia. CJRM, 2007.

CRUZ OROZCO, J.I, “Políticas de juventud. Origen, agentes, situación actual”, Diploma de Especialización profesional universitario, Coordinación y Gestión de Programas y Servicios para la Juventud”, Valencia, Universidad de Valencia, 2009.

DE CASTRO Y BRAVO, F, “La persona jurídica tipo asociación”, *Temas de Derecho Civil,* págs. 78- 91*,* Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1972; incluido en Derecho Civil de España, tomo II, Cizur Menor(Navarra), Aranzadi S.A. 2008.

DE SALAS MURILLO, S., *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el derecho español,* Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999.

ERREJÓN GALVÁN, I, “Algo habrán hecho bien. Una juventud «sin futuro» pero con estilo”, en URBAN, M, y FERNÁNDEZ, J [Coords.], *Juventud sin futuro, Madrid,* Editorial Icaria, Colección Asaco. 2011, págs. 67-78.

FEIXA PAMPOLS, C, “La juventud como metáfora: del franquismo a la democracia”, *Revista de Estudios de Juventud,* Nº. Extra1, 2003

FERNÁNDEZ MARTOS Y BERMÚDEZ CAÑETE, E., FERNÁNDEZ MARTOS ABASCAL, R. *Manual práctico sobre la capacidad y representación de todas las personas jurídicas (con formularios y legislación autonómica).* Madrid. Dykinson. 2000.

GALGANO, F, *Le associacioni le fondazioni i comitati,* CEDAM, Seconda edizione, Padova, 1996.

GÁLVEZ MUÑOZ, L, y RUIZ GONZÁLEZ, J.G., “El reparto de competencias sobre asociaciones: situación actual y perspectivas futuras tras las reformas estatutarias”, *Revista General de Derecho Constitucional, nº 3,* 2007.

GETE-ALONSO y CALERA, M.C., “El Codi Civil de Catalunya. Les competencies legislativas y el proces de codificació”, Activitat Parlamentaria, Setembre 2008, págs. 30- 37.

TORRES, O, (Coord.) *30 años de la Ley de amnistía (1977 – 2007)* Madrid. Ed. Dykinson, 2009, págs. 193-210.

GRAMSCI, A, “La cuestione dei giovani”, *Cuaderni del carcere.* Torino. Einaudi, 1975.

HERNÁNDEZ DÍEZ, E. “El Derecho de Asociación entre los jóvenes de Europa Occidental”. *Anuario de la Facultad de Dº de la Universidad de Extremadura*. Cáceres: Facultad de Derecho. XXVIII. 2010, págs. 301-324.

HERNÁNDEZ PÉREZ, P. y REVERTE MARTÍNEZ, F. M. “La juventud en Murcia Jóvenes en 4D: diversos, desiguales, desprotegidos, desconocidos” en *El otro estado de la Región. Informe 03*. [VVAA]. Murcia. DM Librero-editor., 2003, págs. 149-167.

LÓPEZ LACÁRCEL, J. M., *Así fuimos, así somos: exploradores de España.* Madrid.

Federación Exploradores de España. 2003.

LÓPEZ PELLICER, J. A., GÁLVEZ MUÑOZ, L.A., (COORDS). *Derecho Autonómico de la Región de Murcia.* Murcia, 2008.

LÓPEZ y LÓPEZ, A. M. *“Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales”*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2012.

MARÍN GÓMEZ, I, *Asociacionismo, sociabilidad y movimientos sociales en el franquismo y la transición a la democracia. Murcia 1964-1986.* Murcia, Universidad de Murcia, tesis doctoral, 2007,

MARÍN LÓPEZ, J. J., "Sobre la Ley vasca de Asociaciones: reparto competencial y principios generales" *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha,* nº 16, Diciembre 1992.

MAZA ZORRILLA, E, *Asociacionismo en la España franquista,* Universidad de Valladolid, 2011.

MENDIZÁBAL OSES, J, "El asociacionismo juvenil ante el Derecho", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 1970, Nº 228. págs. 96 a 126.

MONTORO PUERTO, M, "Derecho de Asociación. Análisis de la Ley Orgánica 1/2002". *Economist & Iuris, nº 63,* Barcelona, septiembre 2002, págs. 60-72.

PECES BARBA MARTÍNEZ, G. " Juventud obrera". *Cuadernos para el diálogo*. nº 7: 1964.

PÉREZ ESCALONA, S, "La asociación y el derecho de sociedades: notas para un debate", *REDUR nº* 2, 2004.

PINDADO SÁNCHEZ, F. *La participación ciudadana es la vida de las ciudades,* Barcelona, Ediciones del Serbal. 2008.

PLEGUEZUELO ALONSO, M. et al. *Juventud y participación: implicación social de la población joven y asociacionismo juvenil: Región de Murcia 2010*. Murcia: Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, Dirección General de Juventud, 2011.

PRIETO LACACI, R, *La participación social y política de los jóvenes.* Madrid. Instituto de la Juventud. 1985.

RAVETLLAT BALLESTE, I, "El ejercicio de los derechos de la personalidad por las personas menores de edad. Análisis particular de su Derecho de Asociación", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* nº3, 2013, págs. 463-511.

REGUANT I FOSAS, F., CASTILLEJO, G.; PÀMIES, T. *Juventud y democracia: crónicas del movimiento juvenil.* Barcelona. Avance, 1976.

REVERTE MARTÍNEZ, F.M, *Casas y equipamientos de Juventud de las corporaciones locales* [Coord]. Jornadas Nacionales Murcia. Madrid. FEMP. 1990.

- "Treinta años de participación juvenil. El marco normativo. Del art. 48 de la Constitución Española a las Leyes Autonómicas de Juventud", en INGLADA,V. y CIVERA, C. [coords.], *La participación juvenil desde los entes locales,* FEMP, Madrid, 2009.

- *Integrayparticipa.es. Guía evaluación de un proceso participativo para la integración social*. [Dir]. Murcia. Concejalía de Educación y Juventud. 2011.

- "Políticas públicas de juventud. ¿Liquidación por cierre?, en *Informe 2014, El otro estado de la Región*, [VVAA]. Foro ciudadano de la Región de Murcia, Diego Marín Librero - Editor. 2014.

REVERTE MARTÍNEZ, F.M. Y DUARTE LÓPEZ, A, *Integración social y Participación juvenil. Propuestas y experiencias de la ciudad de Murcia,* Murcia, Concejalías de Sanidad y Juventud, 2010.

REVERTE MARTÍNEZ, F. M.; LÓPEZ ALCANTUD, A. J.; PAN SÁNCHEZ BLANCO, P. *El marco jurídico del voluntariado.* Murcia. Plataforma de Organizaciones del Voluntariado., 2005.

REVERTE MARTÍNEZ, F.M, y LOPEZ ROJO, I, "Participación Juvenil y Municipio", en INGLADA,V. y CIVERA, C. (coords.), *La participación juvenil desde los entes locales,* FEMP, Madrid, 2009.

REVERTE MARTÍNEZ, F.M., SÁNCHEZ, F.L., RIPOLL SPITERI, A, "Los jóvenes y la Constitución", en *Nuestros barrios. Revista de los jóvenes de Murcia,* Coordinadora de Vocalías y Clubs juveniles, 1978.

REVERTE NAVARRO [Dir] y REVERTE MARTÍNEZ, F. M. *La nueva ley reguladora del derecho de asociación y su incidencia sobre las asociaciones juveniles*. Murcia. Concejalía de Juventud. Ayuntamiento de Murcia., 2004.

REVERTE NAVARRO, A, "Intervención judicial en las situaciones familiares (Notas al Código Civil)", *Anales de la Universidad de Murcia-Derecho,* Vol.34. Nº 3-4, 1976.

- *Intervención judicial en las situaciones familiares: (notas al código civil)*

Universidad de Murcia, 1980.

SÁEZ MARÍN, J., *El Frente de Juventudes. Política de juventud en la España de la postguerra* (1937-1960), Siglo XXI, Madrid, 1988.

SERNA MEROÑO, E, *La reforma de la filiación*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1985.

SIERRA RODRÍGUEZ J, e IBAÑEZ CARPENA, D., *Retos y tendencias del asociacionismo juvenil en la Región de Murcia, Murcia, Consejo de la Juventud de la Región de Murcia. 2010.*

[http://www.consultorescsa.com/documentos/2010_cjrm_retos.pdf] 09-04-2018.

SOLANA MADARIAGA, J, "España. Perspectivas ante el Año Internacional de la Juventud", *Revista de Estudios de Juventud,* nº 13, 1984.

VICENTE GIMÉNEZ, M.T., Y NAVALÓN VILA, C, [coord.], La protección de la infancia y los derechos de los niños y las niñas, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 2014.

TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA

SOLEDAD FENOLL GÓMEZ

REALIZADO BAJO LA TUTELA DE LA PROFESORA

DÑA. ESPERANZA ORIHUELA CALATAYUD

RESUMEN

El principio de justicia universal ostenta como bien jurídico protegido los intereses de la comunidad internacional y, se emplea como instrumento de lucha contra los crímenes internacionales, su previsión en las normas de derecho internacional se contempla como una facultad por parte de los Estados, no obstante, determinados convenios combinados con la regla aut dedere aut iudicare, en la vertiente en la que prima el enjuiciamiento, imponen a los Estados firmantes la obligación de enjuiciar a los presuntos responsables cuando éstos se encuentren en su territorio.

En el presente trabajo se realiza una comparativa de la normativa internacional con la española en lo que respecta a la justicia universal, así como con los convenios en los que España ha prestado su consentimiento, y se ponen de manifiesto determinados aspectos en que la normativa española, en su artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, no se adecúa a estas normas internacionales. Para comprender tal situación, resulta imprescindible analizar las distintas fases que ha sufrido el principio con motivos de las distintas reformas del mismo, así como de las circunstancias que han propiciado tales reformas.

ABSTRACT

The principle of universal justice has the interests of the international community as a protected legal asset and is used as an instrument to fight against international crimes, its foresight in the norms of international law is seen as a faculty on the part of the States, nonetheless , certain agreements combined with the rule aut dedere aut iudicare, in the aspect in which prosecution prevails, impose on the signatory States the obligation to prosecute the alleged perpetrators when they are in its territory.

In the present work a comparison of the international norms with the Spanish one is made with respect to the universal justice, as well as with the agreements in which Spain has given its consent, and certain aspects are revealed in which the Spanish regulations , in its article 23 of the Organic Law 6/1985, of July 1, of the Judicial Power, does not adapt to these international norms. To understand this situation, it is essential to analyze the different phases that the principle has suffered with reasons for the different reforms of the same, as well as the circumstances that have led to such reforms.

INDICE

I. INTRODUCCIÓN

Con la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985[157] se vinieron a establecer la extensión y límites de la jurisdicción española, en lo que se refiere al orden penal en el artículo 23 LOPJ se recogieron cuatro vínculos que permitían a los tribunales españoles entrar a conocer de los delitos y faltas cometidos en territorio español o fuera de éste[158].

En virtud de tal regulación en el apartado primero se estableció el principio de territorialidad como la norma general de atribución de jurisdicción, no obstante, ya anunciaba el precepto que tal criterio se aplicaría sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte. En los siguientes apartados se amplió la jurisdicción de los tribunales españoles en virtud de otros tres vínculos, así en el apartado segundo se incluyó el principio de personalidad activa, en virtud del cual serían competentes si los presuntos responsables fueren españoles o, en el momento de comisión e inicio del proceso hubiere adquirido la nacionalidad española, dándose una serie de requisitos; en el apartado tercero se incluyó el principio de protección, en tanto que a comisión de determinados delitos interesa a los tribunales españoles por la cercanía de los bienes jurídicos protegidos, es el caso de materias como la traición, sedición, contra la corona, entre otros; finalmente en el apartado cuarto se incorporó el principio de justicia universal en virtud del cual la jurisdicción española sería competente para conocer de los delitos de genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjera. Relativos a la prostitución, tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, así como cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales debiera ser perseguido por España, cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional[159].

II. JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y OBLIGACIÓN AUT DEDERE AUT IUDICARE EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Determinados delitos son perjudiciales y dañan a toda la Comunidad Internacional en su conjunto, tales crímenes internacionales constituyen lo que se conoce como el núcleo duro del Derecho Penal Internacional[160], por lo cual resulta imprescindible garantizar la persecución de los presuntos responsables de la comisión de estos crímenes internacionales o delitos con trascendencia internacional[161].

---

157 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985, páginas 20632 a 20678

158 BUJOSA VADELL, L.: "Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal [BOE nº 63, de 14-III-2014]", en Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología, nº 2, 2014, pp. 223 y 224

159 *Ibidem.*

160 JUANES PECES, A.: "El principio de jurisdicción universal", en *Escritura Pública,* nº 59, 2009, pp. 44-45.

161 ORIHUELA CALATAYUD, E.: "La obligación aut dedere aut iudicare y su cumplimiento en España", en Mangas Martín, A. (Dir.), *Revista española de Derecho Internacional,* Madrid, 2016, p. 207.

1. Jurisdicción universal.

La necesidad internacional de evitar la impunidad de los crímenes internacionales, así como de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, es por lo que se prevé la Jurisdicción Universal como instrumento de lucha contra la impunidad[162], ya que, tal como estableció en su día Beccaria, la mejor forma de prevenir el delito es la "persuasión de no encontrar lugar sobre la tierra en el que el crimen haya de quedar impune"[163].

Así, se debe entender por el principio de jurisdicción universal, aquel en virtud del cual los tribunales nacionales tienen legitimación para conocer de los crímenes anteriormente aludidos sin necesidad de que exista un vínculo de conexión significativo, esto es, sin necesidad de que los crímenes hayan sido cometidos en su propio territorio, contra un nacional suyo, ni en contra de sus intereses esenciales[164], ya que la actuación de los tribunales nacionales queda respaldada en defensa de los intereses de la comunidad internacional[165], en este sentido Javier Quel López considera a la comunidad internacional en su conjunto el bien jurídico protegido de las normas en las que se tipifican los crímenes internacionales[166], en tanto que éstos se consideran contrarios a los valores y/o intereses de la comunidad internacional y, precisamente es este principio de justicia universal el instrumento concebido para actuar en defensa de tales intereses internacionales[167]. Por lo que, cabe afirmar que el mentado principio se fundamenta en una concepción universalista y no meramente soberanista aferrada en el principio de territorialidad ya que, en virtud de la gravedad de los mentados crímenes, éstos deben ser enjuiciados por cualquier tribunal nacional con independencia del lugar de comisión. La aplicación de este principio supone la intromisión en los asuntos de determinados Estados, creando dificultades en las relaciones internacionales, pero, tal como afirma Juanes

---

162 SORIANO RODRÍGUEZ, M.: El principio de jurisdicción universal y la reforma del art. 23.4 LOPJ, ¿un paso atrás en la lucha contra la impunidad?, en *Revista Digital Facultad de Derecho,* nº 6, 2013, p. 321, en http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/PRINCIPIODELAJURISDICCION.PDF

163 BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires, 1958, pág. 182, visto en SORIANO RODRÍGUEZ, M.: El principio de jurisdicción universal y la reforma del art. 23.4 LOPJ, ¿un paso atrás en la lucha contra la impunidad?, en *Revista Digital Facultad de Derecho,* nº 6, 2013, p. 321.

164 ORIHUELA CALATAYUD, E.: "La regulación de la jurisdicción universal en España. Reflexiones a la luz de las últimas reformas (2014 y 2015), en Orihuela Calatayud, E. (Coord.), *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos,* Navarra, 2016, p. 285

165 CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: "Del intento por acabar con la jurisdicción universal para el bien de las víctimas y del Derecho Internacional: examen crítico de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal" en *Derecho Penal y Criminología*, nº 5, 2014, p.161; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: De la <<abrogación de facto>> a la <<derogación de iure>>, nº 7, nº 7211, 2009, p.35.

166 QUEL LÓPEZ, J.: "Los tribunales penales internacionales ad hoc", en Fernández Casadevante Romaní, C. (Coord), *Derecho Internacional de los derechos humanos*, 2ª ed., Madrid, 2003, p. 360, visto en ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal en España*, Murcia, 2016, p. 19.

167 ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción* universal…, *op., cit.,* p. 20.

Peces la obligación de perseguir y evitar la impunidad de estos crímenes internacionales, inhabilita este principio de no intervención, pues en el paradigma internacional actual la protección de los Derechos Humanos interesa a todos los Estados[168].

Cabe aludir brevemente a los orígenes del principio de jurisdicción universal, pues si bien, puede considerarse consagrado plenamente dentro de la doctrina científica internacionalista y penalista desde el siglo XIX como un principio de jurisdicción más dentro de los extraterritoriales, pueden encontrarse manifestaciones del mismo desde una fecha muy anterior[169]. Así, la evolución del principio de jurisdicción universal llevó a considerar que sería de aplicación a determinados delitos especialmente relevantes por su naturaleza y gravedad a los que ya se ha hecho alusión, esto es, los crímenes internacionales y determinados delitos internacionales, finalmente, resta mencionar que tras los hechos ocurridos en la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional ha considerado que entre los crímenes internacionales más graves se encuentra el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra[170].

Por lo que respecta a la regulación del principio de jurisdicción universal en el Derecho Internacional resulta necesario distinguir la regulación convencional de la prevista por las normas de Derecho Internacional General o normas consuetudinarias. Por lo que respecta al Derecho Internacional General, únicamente cabe aludir que éste no obliga a los Estados a ejercer la jurisdicción universal respecto de los crímenes internacionales más graves, esto es, genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Por otro lado, en lo que se refiere a la regulación convencional, esto es, aquella prevista en tratados internacionales, se trata de un régimen facultativo por parte de los Estados, si bien es cierto que esta facultad para los Estados puede convertirse en obligación en determinados supuestos, ya sea por la falta de actuación de algunos Estados, o como consecuencia de la incorporación a estos tratados de la regla *aut dedere aut iudicare* en los supuestos en que prima el enjuiciamiento[171] y en que el estado obligado no tiene competencia en virtud de otro título habilitador. En los tratados, el principio de justicia universal se prevé como un derecho de los Estados, tanto por lo que se refiere a su establecimiento en los ordenamientos internos como en relación a su ejercicio, no obstante en algunos casos se prevé la obligación de su incorporación al ordenamiento interno así, cabe distinguir entre un régimen facultativo necesariamente previsto, en el que los Estados se comprometen a adoptar medidas dentro del ordenamiento interno para perseguir los crímenes a los que se refiera sobre la base del principio de justicia universal[172], por otro lado se encuentra el *régimen facultativo puro o absoluto* en el que sin mencionar ex-

---

168 JUANES PECES, A.: "El principio de jurisdicción…", *op., cit.,* pp. 44-45.

169 En este sentido, MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A.: El principio de justicia universal y los crímenes de guerra. *Tesis* doctoral, 2014, pp. 127 a 137, en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=tesisuned:DerechoAmartinez&dsID=Documento.pdf, relata extensamente los orígenes del principio de justicia universal.

170 *Ibidem,* pp. 129 a 137.

171 Cuestión analizada en el apartado II 2.1 de este trabajo.

172 Es el caso del Convenio de la Haya, de 14 de agosto de 1954, sobre protección de bienes culturales en caso de conflicto armado y la Convención sobre el *apartheid*

presamente el principio de jurisdicción universal posibilita su establecimiento habida cuenta que tras establecer otros principios de jurisdicción más estrictos como el de territorialidad, personalidad activa y pasiva o protección y hacer mención a la regla *aut dedere aut iudicare* faculta a los Estados a establecer cualquier otra a base de jurisdicción, este tipo de régimen se encuentra previsto en la mayoría de convenios internacionales y, los Estados firmantes de estos convenios aceptaron la legitimidad de actuación más allá de lo previsto en sus ordenamientos internos[173].

Una vez expuesta esta distinción debe tenerse en cuenta las peculiaridades del Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, así como del Protocolo I, de 8 de junio de 1977, en los que se imponen tres obligaciones a los estados firmantes, la primera se trata de la obligación de los Estados de establecer la legislación necesaria para fijar sanciones penales adecuadas, esta obligación no está contenido en una cláusula *self executing* por lo que los estados habrán de establecer las penas aplicables a los crímenes internacionales, pues este asunto no ha sido previsto por estos Tratados, la segunda obligación prevista ordena buscar a las personas acusadas de haber cometido alguno de los crímenes internacionales previstos y, la tercera obligación consiste en hacer comparecer a estas personas ante sus propios tribunales, permitiéndole que lo haga otro Estado contratante siempre que haya formulado contra los mismos cargos suficientes. Estas dos últimas obligaciones si se tratan de cláusulas *self executing* por lo que resultan de obligatorio cumplimiento por todos los Estados firmantes sin que sea necesario su desarrollo por sus ordenamientos internos, debiéndose destacar que estos convenios han recibidos una aceptación casi universal, pues 196 Estados son parte del Convenio de Ginebra arriba indicado y 174 del Protocolo adicional a éste[174].

Así, se aprecia como el interés de la comunidad internacional por hacer efectiva la lucha contra la impunidad ha llevado al ordenamiento jurídico internacional a hacer efectiva dicha responsabilidad. En los Principios para la protección y promoción de los derechos humanos de 1991, se disponen las obligaciones generales en relación con la lucha contra la impunidad, en ellos se advierte a los Estados, en el Principio 21, de la obligatoriedad de establecer en sus propios ordenamientos jurídicos aquellas medidas eficaces para permitir a sus tribunales competencia universal respecto de aquellos delitos considerados más graves por la comunidad internacional, permitiendo de este modo cumplir con las obligaciones internacionalmente asumidas para emprender un proceso penal contra los presuntos responsables de tales delitos. Así, en el principio 20 se establece la competencia del tribunal en que se ha cometido el delito como la regla de competencia preferente, no obstante, prevé la posibilidad de que un tribunal penal internacional sea competente, únicamente en tres supuestos en que el tribunal nacional no sea posible desarrollar un proceso justo, ya sea porque, no ofrezca garantías satisfactorias de independencia e imparcialidad, porque resulte materialmente imposible llevar a cabo las investigaciones o el seguimiento de la causa criminal, o finalmente, porque el tribunal nacional no esté dispuesto a ello. Por ello, tal como afirma Orihuela Calatayud la creación de una institución judicial permanente y dotada de competencia para enjuiciar a cualquier individuo acusado de la comisión de cualquier crimen internacional se muestra utópica, motivo por el

173 ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal…, op., cit.,* pp. 50-54 y 73.

174 *Ibidem,* pp. 55-56.

cual ambas posibilidades de enjuiciar a los responsables de estos crímenes han de considerarse complementarias[175].

El Estatuto de Roma[176] fue redactado en este mismo sentido, conformando la fundamentación legal del principio de jurisdicción universal, así en los párrafos tercero a sexto del Preámbulo[177] se proclama la obligatoriedad de castigar los crímenes más graves cometidos, obligando, a los estados nacionales a que adopten las medidas necesarias para que dichos crímenes sean castigados, remarcando el deber de todo Estado de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables.

Finalmente, se debe precisar que el reconocimiento del principio de jurisdicción universal por el Derecho Internacional es el resultado de tres lamentables circunstancias, en primer lugar, la obligación contraída por los miembros de la comunidad internacional de luchar contra la impunidad de los crímenes internacionales, en segundo lugar, la inexistencia de un Tribunal Penal Internacional en el que se puedan llevar a cabo el enjuiciamiento de los delitos referidos y, finalmente, la falta de actuación de los tribunales nacionales cuando estos delitos han sido cometidos en su territorio. Tal como señala Orihuela Calatayud, si la Comunidad Internacional contara con una Tribunal Penal Internacional o si los Estados ejercieran el *ius puniendi* con respecto a aquellos crímenes internacionales con los que tiene un vínculo significativo, la aplicación del principio de jurisdicción universal resultaría innecesario, ya que la lucha contra la impunidad estaría garantizada, pero en algunos casos la realidad difiere de lo anteriormente expuesto, dotando al principio de jurisdicción universal como a única posibilidad de hacer efectiva la lucha contra la impunidad[178].

2. Obligación aut dedere aut iudicare

La obligación de enjuiciar a los presuntos responsables de la comisión de crímenes internacionales en virtud del principio de jurisdicción universal, puede provenir de la aplicación de la máxima *aut dedere aut iudicare*, entendida como la obligación de extraditar o juzgar, consistente en que, en aquellos supuestos en que el presunto responsable se encuentre en territorio del Estado, unido a la máxima *aut dedere aut iudicare*, convierte la facultad de conocer al amparo del principio de jurisdicción universal en una obligación en los casos en que el mismo Estado no puede entrar a enjuiciar en virtud de otro principio jurisdiccio-

---

175 ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal…, op., cit.,* pp. 18-19; JUANES PECES, A.: "El principio de jurisdicción…", *op., cit.,* pp. 44-45.

176 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998. BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002, pp. 18824 a 18860.

177 *Reconociendo* que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, *Afirmando* que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia, *Decididos* a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes, *Recordando* que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales,

178 ORIHUELA CALATAYUD, E.: "La regulación de la jurisdicción…", *op., cit.,* pp. 285 y 286.

nal[179]. Su finalidad radica en garantizar esta persecución universal aludida, motivo por el cual, ha sido incorporada de manera sistemática en los tratados multilaterales respaldados por la Organización de las Naciones Unidas. Ahora bien, resulta de una inmensa trascendencia no confundir el cumplimiento de la obligación *aut dedere aut iudicare* con el principio de jurisdicción universal, así como de considerar que la máxima se reduce a la obligación de enjuiciamiento cuando el presunto responsable se encuentre en España[180].

En el Convenio de Ginebra de 1929, sobre la represión de la falsificación de la moneda, en sus artículos 8 y 9 se incluyeron por primera vez dos preceptos que albergaban la extradición y el enjuiciamiento, tras él la inmensa mayoría de tratados internacionales universales contienen cláusulas en las que se regula la obligación de extraditar o juzgar.

La obligación de extraditar o juzgar se recoge en los tratados internacionales en distintas cláusulas que no siempre tienen el mismo fin, todas ellas tienen como carácter común hacer efectivo el enjuiciamiento de los presuntos culpables, es decir, la lucha contra la impunidad, no obstante en algunas la obligación prevalece la extradición, mientras que en otras prevalece el sometimiento a las autoridades nacionales, por lo que resulta necesario llevar a cabo un análisis de las mismas para llegar a comprender la implicación de cada una de ellas.

2.1 Convenios internacionales en los que prima el enjuiciamiento.

Tal como se ha adelantado anteriormente, existen convenios internacionales en los que los Estados se han obligado a juzgar a los responsables de la comisión de los crímenes internacionales tipificados en sus regulaciones desde el momento en que se encuentren en su territorio, una obligación que surge ipso facto y que únicamente puede eludirse en aquellos supuestos en que reciba por parte de otro Estado una solicitud de extradición y el Estado requerido acceda a la entrega, por lo que en este tipo de cláusulas únicamente puede eludirse la obligación de enjuiciamiento en aquellos casos en que se proceda a la extradición del presunto responsables. El común denominador de estas cláusulas es la obligación de enjuiciar, no obstante, sus regímenes jurídicos difieren entre si, tanto en lo que se refiere a su carácter como a su alcance[181].

La primera vez que se incluye esta cláusula es en el Convenio de Ginebra de 12 de agosto de1949 en el que se impone a los Estados parte la obligación de enjuiciar a los presuntos responsables de crímenes internacionales y, en el que se ofrece la posibilidad de entregarlos a otro Estado interesado en la persecución, esta obligación resulta de las infracciones previstas en el Protocolo I de 8 de junio de 1977, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Con posterioridad, la Convención de 16 de diciembre de 1970, sobre represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, conocida como *fórmula de La Haya*, incorporó la cláusula en el sentido de que el Estado en el que se encuentre el presunto responsable, si no procede a la extradición, someterá el caso a sus autoridades para llevar a cabo el enjuiciamiento, e impone a las partes el deber de establecer su jurisdicción en los supuestos

179 ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal… ", op., cit.,* p.59.

180 ORIHUELA CALATAYUD, E.: "La obligación aut dedere…", *op., cit.,* pp. 207 y 208.

181 ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal… ", op., cit.,* p. 61.

en que el presunto responsable se encuentre en su territorio y no proceda a la extradición[182]. De la lectura de su redacción no se vislumbra que prime el enjuiciamiento, no obstante, las dudas emanadas de la obligación contenida en el artículo 7 han sido clarificadas con motivo de la controversia surgida entre Bélgica y Senegal, dada la negativa de este último de extraditar al presunto culpable a Bélgica como Estado requirente. El Comité contra la Tortura, en su decisión de 17 de mayo de 2006, puso de relieve que la obligación de enjuiciamiento recogida en el artículo 7 de la Convención no se encuentra condicionada a la existencia de solicitud de extradición por otro Estado, posteriormente, dado que Bélgica interpuso demanda ante la Corte Internacional de Justicia en 2009 solicitando se declarara que Senegal estaba obligado a enjuiciar a Hissène Habré o en su defecto, extraditarlo a Bélgica, se dio la oportunidad a la Corte para pronunciarse sobre la naturaleza y alcance de la obligación contenida en el artículo 7 de la Convención, así en su sentencia de 20 de julio de 2012, la Corte se pronunció en el mismo sentido, esto es el carácter incondicional de tal obligación de enjuiciamiento, actuando la extradición únicamente como mecanismo que permite eludir el cumplimiento de la mentada obligación[183]

Realizando una primera subclasificación, por un lado existen cláusulas en las que la obligación de enjuiciamiento se encuentra recogida en una disposición *self executing* y en las que la extradición como mecanismo de elusión no presenta restricciones. Éste es el régimen previsto en el Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y en el Protocolo adicional I de 8 de junio de 1977 en el que se prevé esta obligación de enjuiciar anteriormente aludida, obligación que no se encuentra condiciona al reconocimiento de la competencia de jueces y tribunales nacionales en su legislación interna, sino que la competencia se ha reconocido desde el momento en que el Estado manifestó el consentimiento en quedar obligado por el tratado y éste entró en vigor, es decir, los órganos judiciales de los Estados que sean parte en este tipo de convenios están capacitados para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes por ellos regulados independientemente de los que establezca su regulación interna. Por otro lado, se encuentran cláusulas *non self executing* en los que la obligación de enjuiciamiento se encuentra condicionada a que por el Estado parte se establezca la regulación que otorgue a sus tribunales de competencia para poder enjuiciar al presunto responsables, este tipo de cláusula se encuentra en el Convenido de 16 de diciembre de 1970, sobre la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, lo que se conoce como *fórmula de La Haya* por ser el primer tratado que la incorporó, es decir disposiciones cuya aplicación se encuentra condicionada a la promulgación de las leyes y actos reglamentarios requeridos[184].

Realizando una segunda subclasificación de las cláusulas en las que prima la obligación de enjuiciar, respecto de la extradición, se encuentran en primer lugar, aquellas en las que la posibilidad de eludir la obligación de enjuiciamiento cuando se reciba una solicitud de extradición restringiendo la aceptación de la solicitud a la efectuada por determinados Estados, este tipo de cláusula se encuentra prevista en el Convenio de la Haya sobre la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves y por la mayoría de convenios que siguen su estela, en

182 ORIHUELA CALATAYUD, E.: "La obligación aut dedere…", *op., cit.,* p. 210.

183 ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal…", op., cit.,* pp. 66 y 67.

184 ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal…", op., cit.,* pp.61 y 63.

estos convenios se exige que la solicitud de extradición proceda de algún Estado que haya establecido su jurisdicción de conformidad con los establecido en las cláusulas de competencia judicial insertas en esos convenios. La segunda posibilidad es la que se contempla en aquellos convenios en los que se permite eludir la obligación de enjuiciamiento cuando se reciba y acepte una solicitud de extradición independientemente el Estado solicitante, esta posibilidad se encuentra recogida en algunos convenios relacionados con el Derecho Internacional Humanitario y la protección de los derechos humanos[185].

A modo de conclusión, cabría precisar que de todas estas variantes posibles con respecto a la máxima *aut dedere aut iudicare* en su vertiente en la que prima la obligación de enjuiciamiento sería deseable que se optara por las disposiciones contenidas en los Convenios de Ginebra de 1949 ya que por su carácter *self executing* y su claridad a a la hora de establecer la prioridad de enjuiciamiento, resultan especialmente eficaces en la lucha contra la impunidad[186].

2.2 Convenios en los que prima la solicitud de extradición.

Por otro lado, en contraposición a la cláusula prevista en el epígrafe anterior se encuentran convenios internacionales en los que la máxima *aut dedere aut iudicare* incide en la extradición, esto es, únicamente surge la obligación del estado de juzgar al presunto responsable en el caso de que se haya presentado por otro Estado interesado solicitud de extradición y por el estado requerido haya sido denegada, por lo que en aquellos supuestos en que el presunto responsable de crímenes internacionales se encuentre en el territorio de un Estado adherido a estos convenios no estará obligado a llevar a cabo su enjuiciamiento si ningún otro Estado ha solicitado la extradición del presunto responsable y ésta ha sido denegada. El primer convenio en el que se incluyó esta cláusula fue en el Convenido de Ginebra de 20 de abril de 1929 sobre la represión de la falsificación de la moneda[187] en cuyo artículo 9 expresa que la obligación de persecución queda subordinada a la previa solicitud de extradición y su denegación. Esta previsión se denomina fórmula de Ginebra y actualmente se contiene en convenios relacionados con el narcotráfico, la delincuencia organizada de carácter transnacional, la corrupción o la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía[188], resultando un aspecto que a destacar que algunos de estos convenios prevén la obligación de enjuiciar respecto de cualquier supuesto en que se deniegue la extradición, mientras que otros la condicionan a supuestos en los que la denegación se basa en unos motivos concretos[189].

Tal como establece Orihuela Calatayud los negociadores de estos convenios han antepuesto el interés de perseguir y juzgar de los Estados conectados con el crimen por otros

---

185 ORIHUELA CALATAYUD, E.: "La regulación de la jurisdicción…", *op., cit.,* pp. 293 a 296.

186 ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal…", op., cit.,* p. 69.

187 Convenio Internacional para la represión de la falsificación de la moneda, hecho en Ginebra el 20 de abril de 1929 (publicado en la Gaceta de Madrid de 8 de marzo de 1931).

188 ORIHUELA CALATAYUD, E.: "La obligación aut dedere…", *op., cit.,* p. 213.

189 ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal…", op., cit.,* p.70.

vínculos más directos sobre la certeza del enjuiciamiento y la efectividad de la lucha contra la impunidad, cabe tener presente, si bien no justificar, que el motivo de esta forma de proceder puede derivar de la consideración de que los crímenes regulados en estos tratados presentan un gravedad o repulsa menor a los considerados crímenes internacionales[190].

III. JUSTICIA UNIVERSAL Y OBLIGACIÓN AUT DEDERE AUT IUDICARE EN ESPAÑA

Una vez expuesta la previsión y fundamento del principio de justicia universal así como de la regla *aut dedere aut iudicare* en el ámbito internacional, como instrumentos para el enjuiciamiento de los responsables de crímenes internacionales, resultando de obligado cumplimiento para todos los Estados firmantes de los mencionados Convenios, resulta conveniente analizar la regulación de tales disposiciones en la normativa española a fin de comprobar si el estado español cumple con las obligaciones internacionales por él asumidas.

1. Previsión de la jurisdicción universal en el ordenamiento interno español.

Se determina en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial los supuestos en que los tribunales españoles ostentan jurisdicción para conocer de los delitos cometidos en territorio español, buques o aeronaves españolas, así como en territorio extranjero. En su apartado primero se contempla la jurisdicción de los tribunales españoles en virtud del principio de territorialidad, en el apartado segundo el principio de personalidad activa, en el apartado tercero el principio de protección, y finalmente, en los apartado cuarto, quinto y sexto se prevé la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de los delitos cometidos fuera del territorio nacional cuando se cumplan las condiciones exigidas en cada uno de los subapartados del artículo 23.4 LOPJ, estableciendo 23.5 y 23.6 LOPJ una serie de supuestos generales restrictivos de la jurisdicción. Por lo que a este trabajo respecta, resulta adecuado contemplar cada uno de los subapartados del artículo 23.4 LOPJ.

En el apartado a) se encuentran recogidos los crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad, recogiéndose como condición para que los tribunales españoles ostenten competencia sobre los mismos que, el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un ciudadano extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. La tortura e integridad moral se encuentra recogida en el apartado b), y las desapariciones forzadas en el apartado c), ambas comparten condicionante para que los tribunales españoles puedan ostentar competencia, ya sea, que el procedimiento se dirija contra un español o, en su defecto, porque la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se le impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

Por lo que respecta a los delitos de terrorismo, éstos se encuentran recogidos en los apartado d) y e), en función del lugar en el que se han cometido, pues los cometidos en espacios

190 *Ibidem.,* p. 71.

marinos regulados en el apartado d) no se encuentran sometidos a condición alguna para su enjuiciamiento, sin embargo cuando no se cometan en espacios marinos, para que los tribunales españoles ostenten competencia se tiene que dar alguno de los siguientes supuestos: que el procedimiento se dirija contra un español; contra un extranjero que resida habitualmente o se encuentre en España o, sin reunir esos requisitos, colabore con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo; el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España; la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española; haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España; cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o, contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados. Como se puede apreciar, estos delitos de terrorismo a pesar de encontrarse condicionados se amparan en un amplio abanico de posibilidades para que los tribunales españoles puedan entrar a conocer de los mismos.

Los delitos de narcotráfico se encuentran recogidos en los apartados d) e i), al igual que sucede en los de terrorismo, el establecimiento de condición para que los tribunales españoles puedan conocer de estos delitos depende del lugar de comisión, no estando sometidos a condición alguna los cometidos en espacios marinos, mientras que para que pueda resultar competente la jurisdicción española de estos delitos cometidos en otros lugares es preciso que el procedimiento se dirija contra un español o, que se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.

La competencia de los tribunales españoles para conocer de los delitos contenido en el Convenido de la Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970 recogidos en el apartado f), se encuentra condicionada a que el delito haya sido cometido por un ciudadano español o, se haya cometido contra una aeronave que navegue bajo el pabellón español. Por lo que se refiere a los delitos contenidos en el convenio sobre la protección física de materiales nucleares de Viena y Nueva York de 1980 únicamente serán competentes los tribunales españoles en aquellos supuestos en que el delito haya sido cometido por un ciudadano español. Los delitos relacionados con la delincuencia organizada transnacional se encuentran recogidos en el apartado j), en el que la competencia de los tribunales españoles se encuentra condicionada a que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión.

Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual sobre víctimas menores de edad se encuentran recogidos en el apartado k), en él se prevé la competencia de los tribunales españoles cuando concurra alguno de los siguientes supuestos: que el procedimiento se dirija contra un español, contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España o, finalmente, el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España. Por lo que respecta a los deli-

tos previstos en el Convenio del Consejo de Europa de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia las mujeres y la violencia doméstica recogidos en el apartado l), se encuentran condicionados a que: el procedimiento se dirija contra un español, contra un extranjero que resida habitualmente en España o, el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España, estas mismas condiciones resultan de aplicación para que los tribunales españoles resulten competentes delos delitos de trata de seres humanos recogidos en el apartado m) a los que, únicamente cabe añadir que, el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

La competencia de los tribunales españoles en los delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones particulares o transacciones económicas internacionales recogidos en el apartado n) se encuentra condicionada a que: el procedimiento se dirija contra un español, contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, que el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España o, que hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España. En los delitos sobre falsificación de productos médicos y que supongan una amenaza para la salud pública contenidos en el Convenio del Consejo de Europa de 2011 contenidos en el apartado o), se establece como condición para ostentar competencia los tribunales españoles que: el procedimiento se dirija contra un español, contra un extranjero que resida habitualmente en España, contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España, que la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos o, el delito se haya cometido contra una persona que tuviera residencia habitual en España en el momento de comisión de los hechos.

Del análisis expuesto se aprecia como los supuestos en los que se encuentran regulados los delitos internacionales en el artículo 23.4 LOPJ se encuentran totalmente condicionados a que se de alguna de las circunstancias expresadas para cada supuesto, resultando que, los únicos apartados que no contemplan condición alguna para que los tribunales españoles puedan conocer de estos delitos son los contenidos en los apartados d) y g), esto es el listado de delitos cometidos en espacios marinos contenido en el apartado d) así como los contenidos en el apartado g) en el que se recogen los previstos en el Convenio de Montreal de 1971, para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, y su Protocolo de 1988.

El precepto contiene, en el apartado p), una cláusula residual que atribuye la jurisdicción a los tribunales españoles para conocer de cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por una Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro. Por último, se establece una cláusula de cierre en la que se prevé la competencia de la jurisdicción española de los delitos anteriormente mencionados cuando se hubieran cometidos fuera del territorio nacional, por ciudadano extranjeros, en aquellos casos en que se encontraran en España y su extradición

hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente en España[191].

En el apartado 5º del artículo 23 LOPJ, se garantiza el carácter subsidiario del principio de justicia universal[192], en tanto que, establece la imposibilidad de perseguir los delitos anteriormente mencionados en dos supuestos, cuando se haya iniciado un procedimiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte, y cuando se haya iniciado en el Estado del lugar en que se hubieran cometidos los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que, tal persona no se encontrara en España o se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar de comisión de los hechos o de nacionalidad de las víctimas o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional, no obstante esto último no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o realmente no pueda hacerlo y, así sea valorado por la Sala 2ª del Tribunal Supremo[193]. Por último, en el apartado 6º del artículo 23 LOPJ se establece como condición para la persecución de los anteriores crímenes internacionales, que se interponga querella por el agraviado o el Ministerio Fiscal.

2. Del principio de jurisdicción universal absoluta a una jurisdicción universal condicionada.

Tal como se ha expuesto en el apartado anterior, actualmente la jurisdicción española podrá conocer de estos crímenes internacionales únicamente en aquellos supuestos en que concurran las condiciones expresamente previstas, no obstante, este modelo no ha sido siempre así, pues en los últimos treinta años el principio de justicia universal ha pasado de una concepción abierta o absoluta a otra totalmente restrictiva[194], consecuencia de las distintas reformas[195] llevadas a cabo en el artículo 24.3 LOPJ, habiendo sido modificado hasta en siete ocasiones, debiendo destacarse las reformas llevadas a cabo en 2003, 2009 y 2014, en tanto

---

191 ORIHUELA CALATAYUD, E.: "La obligación aut dedere…", *op., cit.,* p. 220.

192 En este sentido, MUÑOZ CUESTA, F.J.: "Jurisdicción española: justicia universal en aplicación de la LO 1 2014, de 13 de marzo", en *Revista Aranzadi Doctrinal,* nº 4, 2014, pp. 59-66.

193 BUJOSA VADELL, L.: "Ley Orgánica 1/2014, …", *op., cit.,* pp. 231 y 232.

194 BUJOSA VADELL, L.: "En torno a la reforma del principio de justicia universal", *Derecho y Proceso Penal, nº 35,* 2014, p. 13.

195 Las reformas que han modificado el contenido del artículo 23.4 LOPJ son las siguientes: Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VII del Libro II del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre; Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional; Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio de 1985, del Poder Judicial; Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas; Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial; Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal; Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo.

que, han supuesto, progresivamente, restricciones sustanciales a la competencia de la jurisdicción española para actuar al amparo del principio de justicia universal[196].

La primera versión del principio de justicia universal del apartado 4º del artículo 23 de la LOPJ se configuró con la Ley Orgánica 6/1985, en el que se reconoció la competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional de los delitos de genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales deba ser perseguido por España[197], estableciendo el apartado 5º como única excepción que el delincuente no hubiera sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no hubiera cumplido condena. Por lo que, se configuró un principio de jurisdicción universal amplio, que otorgaba legitimidad y competencia de enjuiciamiento siempre que el asunto versase sobre los delitos mencionados, en el que no se exigía condición alguna, esto es, no resultaba necesario que el presunto autor del delito fuera español, ni que se encontrase en territorio español, que la víctima fuera española, ni que existiera un vínculo de conexión. Tampoco se hacía referencia a la posible investigación previa iniciada por algún tribunal del país donde los hechos habían ocurrido, ni sobre las competencias de tribunales internacionales o del principio de subsidiariedad[198]. Las investigaciones que fueron abriéndose en virtud de tal regulación suponían un prestigio internacional para España y un ejemplo a seguir por otros Estados[199], en tanto que, la regulación del principio de justicia universal de 1985 hacía de España uno de los Estados que poseían leyes progresistas con las que contribuir a la lucha contra la impunidad[200].

Desde 1998 la Audiencia Nacional de Madrid abrió más de treinta investigaciones relativas a los crímenes internacionales, dando lugar a diferentes interpretaciones la evolución jurisprudencial, así, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en los años 1998 a 2000 decidió que el ejercicio de la jurisdicción universal estaba sometido a un criterio competencial subsidiario, acordando que la Audiencia Nacional únicamente ejercería su jurisdicción sobre hechos cometidos en otros Estados cuando los tribunales extranjeros hu-

---

196 ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal…", op., cit.,* p. 25

197 *4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:*

a) Genocidio; b) Terrorismo; c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) Falsificación de moneda extranjera; e) Los relativos a la prostitución; f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

198 BONET ESTEVA, M.: "Principio de justicia universal: de modelo absoluto a modelo restrictivo, a propósito de sucesivas modificaciones del art. 23.4 L.O. Poder Judicial, Documento de opinión 123/2015,en http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2015/DIEEEO1232015_Principio_Justicia_Universal_Margarita-Bonet.pdf

199 OLLÉ SESÉ, M.: "La nefasta ley de justicia universal", en Éxodo, nº 124, 2016, p. 39.

200 ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal…", op., cit.,* p. 24.

bieran decidido no actuar o hubieran permanecido inactivos[201]. Al resolver estas apelaciones, el Tribunal Supremo dictó en el *caso Guatemala* la sentencia con mayor trascendencia por lo que al principio de justicia universal respecta, se trata de la Sentencia núm. 327/2003[202], en la que se entendió que, los tribunales españoles únicamente tendrían jurisdicción sobre crímenes cometidos en el extranjero si tal jurisdicción estaba expresamente contemplada en un tratado internacional ratificado por España o existía un vínculo de conexión con los intereses españoles, esto es, que el presunto auto se encontrara en territorio español, la víctima fuera de nacionalidad española o existiera otro punto de conexión directo con los intereses españoles, sometiendo de este modo la aplicación del principio de justicia universal a los principios de subsidiariedad y de conexión[203]

Además, este mismo año surgió la primera reforma encaminada a limitar la competencia de los tribunales españoles para actuar al amparo del principio de justicia universal con la Ley Orgánica 18/2003, en la que en principio se pretendía regular los aspectos orgánicos y procesales que permitieran aplicar el Estatuto de Roma ratificado por España el 24 de octubre del 2000, no obstante, se incluyeron disposiciones que nada tenían que ver[204] pues, en su artículo 7 se obliga a los órganos judiciales y al Ministerio Fiscal a abstenerse de iniciar un procedimiento tras la presentación de denuncia o querella, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, pudiendo entrar a enjuiciar el asunto los tribunales españoles únicamente en el supuesto de que el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, obligando a que se presente de nuevo denuncia o querella ante los tribunales españoles para que éstos pudieran conocer.

Recurrida en amparo la sentencia del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional dictó sentencia núm. 237/2005[205], esclareciendo el alcance del principio de justicia universal establecido en el artículo 23.4 LOPJ. El Alto tribunal fue rotundo al establecer que el artículo 23.4 LOPJ otorga un alcance muy amplio al principio de justicia universal, habida cuenta que la única limitación expresa que introduce es la de cosa juzgada, afirmando que, instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, sin sometimiento a criterio restrictivo alguno puesto que, este principio se configura a partir de la especial naturaleza de los delitos objeto de persecución. En esta sentencia el Tribunal Constitucional acusa al Tribunal Supremo de efectuar una interpretación radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal, a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse en la regulación del artículo 23.4 LOPJ y que además, resulta totalmente contraria a la finalidad

---

201 Auto de la AN (Sala de lo Penal, Sección 3ª), de 4 de noviembre de 1998, (ARP 1998\5943), FJ 2º; Auto de la AN (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 5 de noviembre de 1998, (ARP 1998\5944), FJ 2º.

202 Sentencia del Tribunal Supremo núm. 327/2003, de 25 febrero, (RJ 2003\2147).

203 CARNERO ROJO, E.: "Crónica de una muerte anunciada: la jurisdicción de los tribunales españoles sobre crímenes internacionales antes y después de la Ley Orgánica 1/2014 relativa a la justicia universal", en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, vol. 3, 2015, pp. 47 a 49.

204 ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal…", op., cit.,* pp. 34 y 35.

205 Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 237/2005, de 26 de septiembre, (RTC 2005\237).

de la institución, que ha sido alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación de facto del art. 23.4 LOPJ[206]. Tras esta sentencia, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo tuvieron que revisar su doctrina[207].

La segunda reforma en la que se incorpora una restricción sustancial del principio de justicia universal es la llevada a cabo por la LO 1/2009[208], en la que, se vino a ajustar el artículo 23.4 LOPJ a la postura restrictiva seguida por el Tribunal Supremo, tesis frontalmente encontrada con la del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución[209], incorporando de este modo, el principio de subsidiariedad y la exigencia de establecer vínculos de conexión. Así, tras esta reforma, el artículo 23.4 LOPJ[210] establecía la necesidad de que concurrieran determinados vínculos para que los tribunales españoles pudieran conocer en virtud de esta justicia universal como que, se acreditara que los presuntos responsables se encontraban en España, la existencia de víctimas de nacionalidad española o algún otro vínculo

---

206 Cf. Fundamento Jurídico 8 de la STC núm. 237/2005.

207 En este sentido, ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal…", op., cit.,*pp. 44-46, la Audiencia Nacional no sólo tuvo que admitir el Caso *Guatemala*, sino también las denuncias formuladas contra el ex Presidente de la República Popular China, antiguo Primer Ministro y otros mandatarios chinos acusados de genocidio en el Tibet, el Tribunal Supremo tuvo que revocar la decisión de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, admitiendo así a trámite la querella formulada por los dirigentes de la secta *Falun Gong* contra dirigentes de la República Popular China, el caso *Couso,* el genocidio en Ruanda, crímenes cometidos en el Sahara, crímenes cometidos en El Salvador, campus refugiados de Asraf, caso *Vietnan*, *Flotilla,* entre otros.

208 Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 266, de 04 de noviembre de 2009.

209 VALLEJO PEÑA, C.: "La fragilidad de una jurisdicción universal complementaria de la justicia internacional penal: el reciente paradigma español", en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal,* vol. 3, 2015, p. 105.

210 *4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio y lesa humanidad; b) Terrorismo; c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces; e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores; g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España; h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.*

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.

de conexión relevante. Además, debía acreditarse que no se había iniciado un procedimiento en otro Estado o por un tribunal internacional. Desde esta reforma la jurisdicción universal en España dejó de ser absoluta y pasó a ser limitada[211], se trataba de un paso atrás en el compromiso de España en la lucha contra la impunidad, no obstante, tal como expresa Orihuela Calatayud se trataba de una opción política regresiva, pero legítima y ajustada a derecho, pues no conculcaba los compromisos internacionales asumidos por España[212].

A pesar de las limitaciones impuestas por la reforma, la jurisdicción española continuó siendo universal, en tanto que, si se cumplían las condiciones previstas en la ley, los tribunales españoles podrían enjuiciar crímenes internacionales cometidos por nacionales de cualquier Estado contra víctimas de cualquier nacionalidad, por lo que, el Gobierno español a fin de culminar su objetivo, llevó a cabo la última de las reformas restrictivas del principio de justicia universal con la LO 1/2014 y que, conforma el artículo 23.4 LOPJ tal como lo conocemos en la actualidad[213]. La reforma, tal como se ha analizado anteriormente, introduce particulares condicionamientos para que pueda resultar competente la jurisdicción española, a veces acumulativos, a veces alternativos, lo que conlleva a que para ninguno de los delitos contemplados en el artículo 23.4 LOPJ resulta aceptada una jurisdicción universal pura, inherente al propio concepto por el cual es admitido por el Derecho Internacional. Además de los condicionamientos previstos para cada delito, se prevén dos límites generales aplicables a todos los supuestos, esto es, el principio de subsidiariedad, que ya se introdujo con la reforma de 2009 y, el segundo, que limita la legitimación para instar el inicio del procedimiento únicamente a la persona agraviada y al Ministerio Fiscal, eliminando la posibilidad de interponer denuncia y de la acción popular. A mayor abundamiento, la reforma introduce en su Disposición Transitoria Única el sobreseimiento automático de todas las causas que se encontrasen abiertas a su entrada en vigor, hasta que se acreditara que concurren en ellas los nuevos condicionamientos impuestos[214].

3. Circunstancias que llevan al legislador español a tal reforma.

Entretanto el ejercicio de la jurisdicción universal sirvió para el enjuiciamiento de responsables de genocidio nazi, nadie cuestionó su eficacia y alcance, pero cuando a finales de los noventa las actuaciones comenzaron a dirigirse contra dirigentes políticos de otros Estados afloraron las críticas hacia la jurisdicción universal, basadas todas éstas en su ineficacia, repercusión en relaciones diplomáticas, el perjuicio que provoca a los procesos de transición a la democracia e incluso colisión con el principio de soberanía e igualdad soberana, como se puede contemplar, intereses que nada tienen que ver con lo jurídico, que han provocado

211 CARNERO ROJO, E.: "Crónica de una muerte…", *op., cit.,* pp. 54-57.

212 ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal…", op., cit.,* p. 36.

213 A excepción de la modificación introducida por la LO 2/2015 en materia de delitos de terrorismo, que supone una ampliación de las posibilidades de enjuiciamiento de los delitos de terrorismo no cometidos en espacios marinos.

214 VALLEJO PEÑA, C.: "La fragilidad de una jurisdicción…", *op., cit.,* pp. 106-107.

que las legislaciones de algunos Estados[215] hayan tenido que verse modificadas[216], lo que coloquialmente se conoce como *real politik.*

Tras la Sentencia del Tribunal Constitucional en el *caso Guatemala*, en la que se reconoció el carácter absoluto de principio de justicia universal en España continuaron instruyéndose en la Audiencia Nacional los casos *Ruanda, Couso,* y se admitieron otras causas como *Sahara, Falung Gong, El Salvador, Palestina, Guantánamo,* entre otros. A pesar de las declaraciones políticas en favor del principio de justicia universal como instrumentos de lucha contra la impunidad de las graves violaciones de Derechos Humanos, lo cierto es que su aplicación práctica no ha sido nada pacífica. Así, el gobierno de Chile, en el caso *Pinochet* amenazó a España con boicots comerciales y demandas ante instancias jurisdiccionales internacionales. El mismo rechazo se obtuvo por el gobierno de *Guatemala* cuando el juez Santiago Pedraz solicitó colaboración en la investigación del genocidio maya, igual suceso se dio cuando el juez Fernando Andreu emitió órdenes de arresto contra cuarenta altos cargos ruandeses y, la Unión Africana manifestó su disconformidad alegando el abuso del principio de justicia universal, de la misma forma el Reino de Marruecos manifestó su malestar tras la incoación de diligencias previas por la presunta comisión de delitos de genocidio y torturas contras las víctimas del Sahara Occidental[217].

A pesar del aparente conflicto estas reticencias no resultaron preocupantes hasta que las actuaciones judiciales fueron dirigidas contra gobiernos más poderosos, sentados de manera permanente en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, cuyo apoyo resultaba necesario para la entrada de España en el mismo, en tanto que se consideraba pieza clave de su recuperación económica[218]. Así, la primera muestra de enfrentamiento entre el Gobierno Chino y las actuaciones judiciales seguidas en España se dio en 2006, tras la primera declaración ante la Audiencia Nacional por una víctima tibetana, dando lugar a que el portavoz del Ministerio Chino de Exteriores declarara ante los medios de prensa internacionales que tal investigación constituía una difamación total y una absoluta mentira, manifestando el Gobierno de Pekín al embajador español que la cuestión constituía una excusa para interferir en los asuntos internos de China[219]. Las actuaciones judiciales continuaron y fue en el año 2008, a una semana de la celebración de los juegos Olímpicos de Beijing, cuando el Juzgado

---

215 En este sentido, VALLEJO PEÑA, C.: "La fragilidad de una jurisdicción…", *op., cit.,* p. 106, relata como ya en el año 2003 Bélgica tuvo que ceder antes presiones políticas y limitar su jurisdicción universal con motivo de las denuncias formuladas por crímenes internacionales en Irak contra mandatarios estadounidenses, en el Caso *Sharon* y otros, por delitos de genocidio.

216 ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal… ", op., cit.,* pp. 39-41.

217 ESTEVE MOLTO, J.E.: "Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal: entre el progresivo avance de la globalización comercial y de la deuda y la no injerencia en los asuntos internos de China", en *Anuario español de Derecho Internacional,* vol. 30, 2014, pp. 150-152.

218 ORIHUELA CALATAYUD, E.: "La regulación de la jurisdicción…", *op., cit.,* p. 303

219 "China acusa a la Audiencia de interferir en sus asuntos internos", *El País,* 8 de junio de 2006, en https://elpais.com/diario/2006/06/08/espana/1149717615_850215.html; "Pekín convoca al embajador español para quejarse de las imputaciones de genocidio", *El País,* 9 de junio de 2006, en https://elpais.com/diario/2006/06/09/espana/1149804016_850215.html

Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional incoó nuevas diligencias contra determinadas autoridades chinas, en este caso por la comisión de crímenes contra la humanidad, por la matanza sistemática y generalizada de tibetanos, graves lesiones, torturas, entre otros desde marzo de 2008, llevándose a cabo la instrucción por el juez Santiago Pedraz, dando un avance importante en la investigación del asunto[220].

Tal como afirma Esteve Molto parecía que tras medio siglo de impunidad se comenzaba a andar hacia el camino de la justicia, pero las presiones políticas de los gobiernos acorralados por estas investigaciones comenzaron a resultar insostenibles. Así, en el año 2009 España se encontraba presionada por distintos Estados como Israel por el caso *Bombardeo de Gaza*[221], el gobierno norteamericano de Obama por distintos casos de tortura en *Guantánamo, vuelos de la CIA,* y *Couso*[222]*,* así como por los asuntos chinos. El detonante final de la reforma, en mayo de 2009, fue resultado de la solicitud por el juez de la Audiencia Nacional, Ismael Moreno, del interrogatorio del ex presidente Jiang Zemin y otros seis altos cargos, acusados de delitos de lesa humanidad, genocidio, torturas y terrorismo contra el pueblo tibetano, así como de la comisión rogatoria emitidas por el juez Santiago Pedraz, solicitando interrogar a tres de sus actuales ministros. A lo que el gobierno chino respondió exigiendo formalmente al gobierno español medidas inmediatas y efectivas para que la querella fuera retirada, con el fin de evitar perjuicios en las relaciones bilaterales entre España y China[223]. Poco tiempo después de este incidente, en junio de 2009 se aprobaba la reforma de 2009 del artículo 23.4 LOPJ, objeto de análisis en el apartado anterior[224], en la que se establecía el principio de subsidiariedad y la exigencia de establecer vínculos de conexión, no obstante, como ya se ha mencionado en este trabajo, la reforma no tuvo todos los efectos deseados, por lo que el asunto contra los dirigentes del gobierno chino seguido antes el Juzgado Central de Instrucción nº 2 prosiguió dado que se ajustada a los nuevos requisitos exigidos tras la reforma[225].

A finales de 2013 se amplió la causa contra el anterior Presidente de la República Popular China ya que había finalizado su inmunidad diplomática, así, unas semanas después se ordenaron órdenes de arresto internacional contra el mismo, así como contra el anterior Primer Ministro, lo que desencadenó la definitiva crisis diplomática de España con el gobierno de

---

220 ESTEVE MOLTO, J.E.: "Ley Orgánica 1/2014 …", *op., cit.,* pp. 152-155.

221 La ex ministra de Exteriores de Israel protestó antes su homónimo sobre la investigación abierta en la Audiencia Nacional contra un ministro israelí por el caso *Bombardeo de Gaza* ocurrido en 2002, a lo que éste prometió a la misma un cambio legislativo para detener la investigación.

222 En este sentido, YÁRNOZ, C.: "EE UU maniobró en la Audiencia Nacional para frenar casos", *El Pais,* 30 de noviembre de 2010, en https://elpais.com/elpais/2010/11/30/actualidad/1291108617_850215.html, explica que nuevas revelaciones de Wikileaks constatan la colaboración de ministros españoles y del Fiscal General del Estado con el Embajador de EEUU.

223 "China exige al Gobierno "medidas efectivas" para frenar la causa de Pedraz", *Libertad Digital,* 7 de mayo de 2009, en http://www.libertaddigital.com/nacional/china-exige-al-gobierno-medidas-efectivas-para-frenar-la-causa-de-pedraz-1276358609/; "China pide "medidas efectivas" para que la Audiencia abandone el caso sobre Tíbet", *El País,* 7 de mayo de 2009, en https://elpais.com/elpais/2009/05/07/actualidad/1241684227_850215.html,

224 Cf. III. 2. Del principio de jurisdicción universal absoluta a una jurisdicción universal condicionada.

225 ESTEVE MOLTO, J.E.: "Ley Orgánica 1/2014 …", *op., cit.,* pp. 155-168.

China, esta vez el gobierno chino no se dedicó únicamente a expresar su malestar, sino que se manifestaron expresas amenazas contra España[226]. Tras los mentados acontecimientos el Gobierno español procedió de inmediato al cambio legal del artículo 23.4 LOPJ para zanjar tal crisis, constituyendo la reforma llevada a cabo por la LO 1/2014, y lo hizo recurriendo a un procedimiento por vía de urgencia y de única lectura, esquivando de esta manera los informes preceptivos del Consejo general del Poder Judicial, Consejo Fiscal y Consejo de Estado, lo que propició el reproche de parlamentarios y diputados de la oposición[227]. Tras la ultrarrápida tramitación parlamentaria coincidente casualmente con la visita oficial del vicepresidente del Senado español en China se publicó el 10 de marzo de 2014 la nueva Ley Orgánica 1/2014[228].

Por lo que, cabe concluir que la trascendental reforma en lo que respecta al principio de justicia universal no responde a otros motivos, sino estrictamente extrajurídicos, en el que la causa motivadora es estrictamente económica[229] e impuesta por China, quien detenta el veinte por ciento de la deuda española. Así lo corrobora la tramitación parlamentaria exprés, sustrayéndola de todo debate parlamentario interno o externo, así como la Disposición transitoria única que ordena el sobreseimiento de todas las causas abiertas en tanto no se acrediten la concurrencia de los nuevos requisitos. Tal como afirma Ollé Sesé una reforma a la carta, a medida de los procedimientos que se encontraban en curso en la Audiencia Nacional, con la finalidad de que todos ellos fueran sobreseídos, especialmente aquellos que afectaban a países como China, EEUU o Israel[230]. Así, no cabe duda que, la exclusión de la posibilidad de enjuiciar crímenes de guerra en los supuestos en que existan víctimas españolas tiene un

---

226 El presidente del Comité de asunto religiosos y étnicos de China, máximo órgano asesor del Parlamento sentenció <<Que vayan adelante si se atreven>>

227 En este sentido, ESTEVE MOLTO, J.E.: "Ley Orgánica 1/2014 …", *op., cit.,* pp. 173-174, recoge las quejas del portavoz parlamentario del Grupo Vasco, Esteban Bravo, donde manifestó: *"Este Pleno no debería haberse convocado nunca (...) Es imposible que una proposición de ley del contenido de la que nos ocupa pueda encajar la posibilidad de lectura única, porque ni la naturaleza del proyecto es adecuada (...) ni la simplicidad (...) tampoco es aplicable porque l propuesta es abigarrada, complicada, llena de matices, detalles u casuísticas. Por tanto, debería haber sido imposible que este Pleno se hubiera convocado".* También recoge la acusación de la Diputada Lozano Domingo *" El grado de sintonía y de armonización que ha logrado con la élite corrupta china es asombroso, es absolutamente extraordinario, al precio de sacrificar los principios elementales de la democracia en nuestro país, porque no hemos conseguido todavía que nos expliquen de manera transparente y clara cuáles son las prisas que tienen (...) en dos meses han encontrado la manera de satisfacer a la oligarquía china, pasando por encima de principios elementales de la democracia".*

228 *Ibidem,* pp. 169-187.

229 En este sentido, ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal…", op., cit.,* p. 34, manifiesta que: *"Cuando la dignidad de los seres humanos entra en colisión con intereses más tangibles como, por ejemplo, el deseo de ocupar un asiento en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aquella se convierte algo secundario. Cuando la rentabilidad económica parece impregnarlo todo, condicionando políticas y normas, el mantenimiento de un modelo amplio de jurisdicción universal se considera insostenible e ineficaz, y un batallón de críticas (...) y de informaciones interesadas crean un estado de opinión que adormece conciencias y justifica que, ante los atropellos de los derechos humanos y las violaciones del Derecho Internacional Humanitario (...) miremos hacia otro lado sin experimentar desasosiego"*

230 OLLÉ SESÉ, M.: "La nefasta ley …", *op., cit.,* pp. 42 y 43.

nombre, José Manuel Couso Premuy, que la exigencia de que la víctima fuera española en el momento de comisión de los hechos para el enjuiciamiento de los crímenes de torturas y desapariciones forzadas, pretendía erradicar cualquier posibilidad a los tribunales españoles de enjuiciamiento, en uno de los asuntos relacionados con el Tíbet, con motivo de la presencia de uno de los encausados en España, así como la exigencia de solicitud de extradición y su posterior denegación por las autoridades españolas para conocer de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra en caso de conflicto armado, con la única finalidad de provocar la imposibilidad de su enjuiciamiento[231]. Cabe resaltar como el Estado español ha cedido ante las presiones diplomáticas y, ha pasado de ser un ejemplo para otros Estados en cuanto a la lucha contra la impunidad a ser cómplice de tales situaciones de impunidad, además de que, con tal regulación, se abre la puerta al incumplimiento de España con los compromisos internacionales por ella asumidos[232].

IV. SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA TRAS LA REFORMA PREVISTA EN LA LO 1/2014

1. Supuestos de incumplimiento del artículo 23.4 LOPJ con las obligaciones internacionales ratificadas por España.

Tal como se ha tratado con anterioridad en este trabajo, la reforma llevada a cabo por la LO 1/2014 da un vuelco en lo que respecta al principio de justicia universal, estableciendo en el artículo 23.4 LOPJ diecisiete apartados, contemplando en cada uno de ellos un delito o conjunto de delitos, estableciendo en casi todos los supuestos una serie de requisitos para que la jurisdicción española sea competente para conocer de los mismos, primando en todo caso la conexión con el Estado español. Si bien, cabe precisar como el legislador ha justificado, en la exposición de motivos de la mentada LO 1/ 2014, tal reforma alegando que, "la extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho Internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice". Por lo que, en virtud de tal pronunciamiento, resulta adecuado poner de manifiesto aquellos apartados contemplados en el artículo 23.4 LOPJ cuyo articulado no se adecúa a los compromisos internacionales adquiridos.

En primer lugar, resulta necesario determinar si la regulación establecida en tal artículo permite cumplir las obligaciones derivadas de la máxima *aut dedere aut iudicare*, para ello Orihuela Calatayud realiza una clasificación distinguiendo tres supuestos distintos. Por un lado, se encontrarían aquellos delitos no mencionados en el artículo 23.4 LOPJ, como serían los recogidos en la Convención de Nueva York de 14 de diciembre de 1973, sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive agentes

231 ORIHUELA CALATAYUD, E.: "La regulación de la jurisdicción…", *op., cit.,* pp. 303-304.

232 *Ibidem.*

diplomáticos, la Convención de Nueva York de 17 de diciembre de 1979, contra la toma de rehenes, así como la Convención de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1994, sobre seguridad del personal de las Naciones Unidas y del personal asociado. Por lo que respecta a estos delitos no existe incumplimiento alguno, en tanto que, tales supuestos encuentran amparo en la cláusula genérica del apartado p) del artículo 23. 4 LOPJ.

El segundo supuesto lo conforman aquellos delitos en los que la obligación de enjuiciamiento está condicionada a un *dedere* frustrado, en el que la obligación de enjuiciamiento también se encuentra garantizada ya que, en aquellos supuestos en que no se contemple en los apartados específicos contemplados en el artículo 23.4 LOPJ, encuentran amparo en la cláusula de cierre del mentado precepto en tanto que reconoce la competencia de los tribunales españoles para conocer de los delitos cometidos fuera del territorio español, por extranjeros que se encuentren en España y cuya extradición haya sido denegada por las autoridades españolas cuando así lo imponga un tratado vigente en España.

Finalmente, el tercer supuesto lo contemplan los delitos recogidos en convenios en los que en la regla *aut dedere aut iudicare* prima la obligación de enjuiciamiento. Tal como se ha expresado con anterioridad en este trabajo, los mentados supuestos no encuentran amparo en la cláusula de cierre del artículo 23.4 LOPJ, pues su redacción se limita a contemplar dicha obligación únicamente en aquellos casos en que prima la obligación de entrega. Por lo que, en estos supuestos, la competencia de los tribunales españoles debería quedar amparada en los supuestos expresamente previstos en el precepto. Así, en aquellos delitos en que no se ha impuesto condición alguna, el cumplimiento de la obligación de enjuiciamiento se encuentra garantizada, este supuesto es el de los delitos contemplados en el apartado d) cometidos en espacios marinos, y los del apartado g) para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil. Sin embargo, en los restantes delitos, el cumplimiento de la obligación no está asegurada, en tanto que deberá estarse a los requisitos específicos contemplados en cada uno los apartados previstos en el artículo 23.4 LOPJ.

Así, por lo que respecta a la jurisdicción universal relacionada con los delitos de genocidio y lesa humanidad, contemplados en el apartado a) del artículo 23.4 LOPJ, su regulación constituye una facultad otorgada por el Derecho Internacional General, por lo que las limitaciones a ella impuesta en estos delitos, aunque criticable por insuficiente desde la perspectiva de lucha contra la impunidad no supone una violación de las obligaciones internacionales. No ocurre lo mismo con los crímenes de guerra, contemplados en el apartado a) bajo la expresión *delitos contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado*, pues, las condiciones previstas para que la jurisdicción española sea competente para enjuiciar crímenes de guerra implicará, en el supuesto de que se presente querella contra presuntos responsables que se encuentren en España y cuya extradición no hubiera sido solicitada, la violación de las obligaciones impuestas por las Convenciones de Ginebra de 1949, del Protocolo adicional I de 1977 y del Protocolo II al Convenio de La Haya de 1954 sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1999, ya que en estos Convenios resulta obligatorio el enjuiciamiento por parte del Estado en cuyo territorio se encuentren el presunto responsa-

ble, resultando la extradición únicamente una forma de eludir tal obligación, y no como prevé el artículo 23.4 LOPJ un requisito previo para llevar a cabo el enjuiciamiento[233].

La regulación de los delitos de tortura y desapariciones forzadas contemplada en los apartados b) y c) del artículo 23.4 LOPJ, impide a los tribunales españoles cumplir las obligaciones de enjuiciamiento impuestas por las Convenciones de 1984 y 2006, en tanto que no permite a los tribunales españoles conocer de tales delitos cometidos fuera del territorio nacional por extranjeros y contra extranjeros, o contra españoles que hubieran adquirido la nacionalidad posteriormente a la fecha de comisión de los hechos, cuando el presunto autor se encuentre en territorio español. Esta situación provoca que la regulación del artículo 23.4 LOPJ sea considerada lamentable, en tanto que, deja abierta la puerta a la impunidad respecto de lo que se consideran los crímenes internacionales más graves, cuya prohibición se encuentra recogida en normas de Derecho Internacional General[234].

Por lo que se refiere a los delitos contemplados en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970, contemplados en el apartado f) del artículo 23.4 LOPJ, en virtud de tal regulación, los tribunales españoles únicamente serían competentes en dos supuestos, ya sea que el delito hubiera sido cometido por un ciudadano español, o se haya cometido contra una aeronave que navegue bajo pabellón español. El artículo 4 del mentado convenio[235] obliga en dos supuestos más no contemplados con la legislación española, esto es, para los casos en que la aeronave, a bordo de la cual se comete el delito, aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo, así como si el delito se comete a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener tal oficina, su residencia permanente. Por lo que, se entiende que la fórmula empleada por el legislador español no cubre todos los supuestos contemplados en este Convenio, respecto de los que todo Estado parte está obligado a establecer su jurisdicción, con toda la amplitud del texto, no acomodándose la normativa española a lo por él establecido. Tal como ejemplifica Tomás Ortiz de la Torre, la normativa española no contempla aquel supuesto en que aterrice en territorio español una aeronave extranjera, cuyo autor del delito sea extranjero y únicamente se encuentren en ella pasajeros extranjeros, ya que la competencia solo queda establecida en el

---

233 ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal…", op., cit.,* pp. 89, 90, 114 y 115; ORIHUELA CALATAYUD, E.: "La obligación aut dedere…", *op., cit.,* p. 224

234 *Ibidem.*

235 Artículo 4. 1. Cada Estado contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito y sobre cualquier acto de violencia cometido por el presunto delincuente contra los pasajeros o la tripulación, en relación directa con el delito, en los casos siguientes: a) Si el delito se comete a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado; b) Si la aeronave, a bordo de la cual se comete el delito, aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo; c) Si el delito se comete a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener tal oficina, su residencia permanente.

2. Asimismo, cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para establecer jurisdicción sobre el delito en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición conforme al artículo 8, a los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.

3. El presente Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales.

supuesto en que su extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas y, podría ocurrir que dicha extradición no fuera solicitada[236].

La misma situación se da respecto de los delitos recogidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980, en tanto que el apartado h) en el cual se contempla por la normativa española, exige que el delito haya sido cometido por un ciudadano español, situación que lleva a que los tribunales españoles no tenga competencia respecto de los supuestos previstos en el artículo 7.1 del citado Convenio cuando sean cometidos por un extranjero que se encuentre en España, lo que conlleva el incumplimiento de la obligación de enjuiciamiento prevista en el artículo 10 del mismo[237].

En cuanto a la regulación de los delitos de terrorismo, contemplados en el apartado e), peca por exceso y por defecto, en tanto que, contempla supuestos que según los convenios internacionales constituyen meramente una facultad y, sin embargo, el único supuesto en que los tratados internacionales obligan a establecer su jurisdicción, esto es, la toma de rehenes, no se trata de un delito que según el Código Penal español pueda subsumirse dentro de los delitos de terrorismo, sino entre las detenciones ilegales y secuestros, por lo que, se entiende vulnerada la obligación impuesta en la Convención de Nueva York de 17 de diciembre de 1979, contra la toma de rehenes. No obstante, tal omisión podría quedar salvada al poder sustentar la jurisdicción para conocer de tales delitos en virtud del apartado p) del artículo 23.4 LOPJ[238].

Igualmente ocurre con la trata de seres humanos contemplada en los apartados d) y m) del artículo 23.4 LOPJ, en tanto que, la única previsión que se ajusta a lo establecido en el artículo 31.1 e) del Convenio, de 16 de mayo de 2005, sobre la lucha contra la trata de seres humanos, es lo previsto en el apartado d) para los supuestos en que el delito se cometa en espacios marinos, pero la condición impuesta para cuando el delito sea cometido fuera de estos espacios, esto es, que la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos, no resulta conforme con la obligación establecida en el Convenio e implica la imposibilidad de actuar contra los responsables de tráfico de seres humanos cuando sus víctimas sean españolas habiendo adquirido la nacionalidad con posterioridad a la comisión de los hechos o extranjeras y, el hecho sea cometido fuera de espacios marinos[239].

Tal situación se repite con la regulación de los delitos relacionados con la falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza a la salud pública, previsto en el apartado o) del artículo 23.4 LOPJ, en tanto que, los requisitos establecidos en los apartados 4º y 5º de tal apartado de la LOPJ, esto es, que la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos o que el delito se haya cometido contra una persona

---

236 TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A.: "Algunas consideraciones acerca de la nueva reforma española de la jurisdicción universal", en *Revista jurídica de Asturias,* nº 38, 2015, pp. 36 y 37.

237 ORIHUELA CALATAYUD, E.: "La obligación aut dedere…", *op., cit.,* p. 223.

238 ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal…", op., cit.,* pp. 118 y 119; ORIHUELA CALATAYUD, E.: "La obligación aut dedere…", *op., cit.,* p. 223.

239 ORIHUELA CALATAYUD, E.: "La regulación de la jurisdicción…", *op., cit.,* p. 305.

que tuviera residencia habitual es España en el momento de la comisión de los hechos, se trata de limitaciones no previstas en el Convenio[240], restringiendo de este modo la legislación española las obligaciones establecidas en el Convenio en el que España es parte.

Ante tal situación, en que determinados de los apartados previstos en el artículo 23.4 LOPJ, modifican o derogan disposiciones previstas por tratados o convenios internacionales vigentes para España, el juez Santiago Pedraz [241] ha afirmado que tal regulación suponía una violación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tanto en lo que respecta al artículo 26 en el que se establece el *pacta sunt servanda*, como del artículo 27, relativo a la prohibición de invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Además, el juez Pedráz entendió que dicha situación también comporta una violación de los artículos 10 y 96.1 de la Constitución Española, en tanto que, la propia CE prevé un trámite específico para derogar, modificar o suspender dichas disposiciones, resultando necesario que se realice en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. Concluye, el juez Pedraz, afianzando la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno se apoya en la CE, así como en la supremacía jerárquica, empleando como justificación las propias palabras empleadas por el legislador en la exposición de motivos de la reforma de 2014, *en cumplimiento de los compromisos internacionales* [242]

2. Desconocimiento de las obligaciones previstas en el Estatuto de Roma.

La exposición de motivos de la ya tan mentada LO 1/2014 advierte que la regulación debe ajustarse a los compromisos derivados de la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional. La creación de una Corte Penal Internacional[243] de carácter permanente, universal y prioritaria respecto de las jurisdicciones nacionales, haría innecesaria la actuación de los tribunales nacionales para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales, pero la realidad dicta mucho de ser la expuesta por lo que la actuación de las jurisdicciones nacionales resulta imprescindible para la lucha contra la impunidad[244].

Según el artículo 1 del Estatuto de Roma, la competencia de la Corte Penal Internacional es complementaria de las jurisdicciones nacionales, es decir, tal institución sólo entraría a conocer a falta de una actuación efectiva de las jurisdicciones nacionales. Las obligaciones asumidas por los Estados parte en el Estatuto de Roma están dirigidas a la cooperación con la Corte en relación con la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de su competencia, esto es los *core cimes*, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra agresión, motivo por el cual no se comprende que el legislador español pretenda justificar tal limitación del principio de justicia universal amparándose en el estatuto de Roma. Así cuando se introdujo el artículo

---

240 *Ibidem,* pp. 305 y 306.

241 Auto del Juzgado Central de Instrucción nº1, de fecha 17 de marzo de 2014, (JUR 2014\116314), FJ 2º.

242 ESTEVE MOLTO, J.E.: "Ley Orgánica 1/2014 …", *op., cit.,* pp. 187-188.

243 En este sentido, NIEVA FENOLL, J.: "El principio de justicia universal: una solución deficiente para la evitación de hechos repugnantes", en *Revista Española de derecho Internacional*, vol. 65, nº1, 2015, pp. 143-145.

244 ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal… ", op., cit.,* pp. 91-100.

7 en la LO 18/2003, se asignó a la Corte una prioridad que el Estatuto no contempla, lo que conlleva una dejación de *ius puniendi* y una inversión de la relación de complementariedad de la jurisdicción española con la de la Corte respecto de los crímenes de su competencia[245].

3. Erradicación de la acusación popular y la vulneración del artículo 125 CE.

En el artículo 125 CE se contempla el ejercicio por los ciudadanos de la acción popular, ésta se trata de un derecho subjetivo público al libre acceso a los tribunales en tanto que las pretensiones que se mantengan sean de interés público, es decir cualquier ciudadano ostenta legitimación para defender un interés público y, su ejercicio se enmarca dentro del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, donde derecho público y subjetivo se funden para asegurar el derecho de acceso a la justicia. Por lo que tal como afirma Almudena Bernabéu, eliminarla o recortarla atenta directamente contra un derecho fundamental recogido en la Constitución Española[246].

La reforma del artículo 23 LOPJ lleva a cabo un intento más de acabar con las posibilidades de que las víctimas de crímenes internacionales vean enjuiciados a los presuntos responsables, y lo hace, introduciendo en el apartado sexto como requisito que la querella sea interpuesta por el Ministerio Fiscal o por el agraviado, por lo que, con este requisito se extermina del ejercicio de la justicia universal la acción popular[247], lo que supone dejar la acción penal en manos del Ministerio Fiscal para tales crímenes, en tanto que éste represente los intereses del Estado que, lamentablemente demasiadas veces coincide con los intereses del gobierno[248].

Ha sido el recurso a esta institución el que ha dado lugar a la apertura de muchas de las causas de justicia universal como los procedimientos contra Scilingo, Pinochet, Cavallo, entre otros, por lo que cabe concluir que, con la reforma de 2014 se ha acabado con una institución que ha contribuido a la lucha contra la impunidad, consagrándose así, un obstáculo adicional para que las víctimas de tales crímenes encuentren apoyo en la justicia española[249].

V. DESVIRTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 23.4 LOPJ

Una vez expuestos todos aquellos desaciertos de la normativa española con motivo de la reforma de la LO 1/2014, para terminar de visualizar el despropósito del legislador en tal modificación se hace necesario sacar a colación la justificación dada a tal restricción en su exposición de motivos, en la que el legislador advierte que el ejercicio de la jurisdicción

---

245 *Ibidem.*

246 BERNABEU, A.: "La legitimación popular de la Justicia. Salvar la acusación popular", Serie de Debates Jurídicos de Right International Spain, nº1, 2014, p. 2, visto en http://www.rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/3520cae0876ee1465b25c659a5ca9197ec7dd1a5.pdf

247 OLLÉ SESÉ, M.: "La nefasta ley …",*op., cit.,* pp. 41-42.

248 BERNABEU, A.: "La legitimación popular…", *op., cit.* p. 4.

249 CARNERO ROJO, E.: "Crónica de una muerte…", *op., cit.,* pp. 68- 69.

universal en España debe quedar circunscrito a los ámbitos que, previstos por el Derecho Internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos. Una opción política que como se ha podido comprobar, no muestra más que un absoluto desconocimiento del Derecho Internacional, empleando una visión tergiversada del mismo, en tanto que no encuentra justificación alguna en los límites y exigencias del Derecho Internacional dado que, como ya se ha expuesto anteriormente, éste faculta a los Estados a ir más allá de los estrictamente obligatorio[250]. Pero es que, a mayor abundamiento, del análisis de los supuestos contemplados del artículo 23. 4 LOPJ se puede comprobar como el legislador ha establecido la competencia de la jurisdicción española respecto de otros supuestos en los que su previsión y ejercicio según los tratados internacionales es facultativo, lo que hace poner en duda que la intención perseguida con la reforma fuera reconducir la actuación de los tribunales españoles a los ámbitos en que resultara estrictamente obligatorio en virtud de los tratados internacionales. Así, los delitos de terrorismo, narcotráfico y trata de seres humanos son previstos por duplicado, no soportando condicionamiento alguno aquellos que hayan sido cometidos en espacios marinos, generándose una absoluta discriminación respecto de la tutela judicial efectiva con respecto a las víctimas de delitos no cometidos en espacios marinos[251].

En este sentido, Ollé Sesé a su vez considera que la reforma establece víctimas de primera y segunda categoría, en tanto que privilegia a las víctimas de terrorismo respecto de las de otros crímenes internacionales como genocidio, lesa humanidad, tortura o crímenes de guerra, dado que en los delitos de terrorismo los tribunales españoles podrán ejercer su jurisdicción cuando la víctima sea española, situación que no se contemplan para los demás delitos mencionados, así, este autor pone de manifiesto como a partir de ahora cualquier ciudadano español que se encuentren en el extranjero y sea víctima de los citados crímenes, quedará abandonado en nuestro país, en tanto que, los tribunales españoles no ostentarán competencia para enjuiciar a los presuntos responsables[252]. En este mismo sentido se pronuncia el voto particular del Magistrado D. Antonio Díaz delgado en el Auto que archiva la causa de genocidio en el Tíbet[253],

Por lo que resulta patente que, el legislador ha establecido una regulación heterogénea, estableciendo posibilidades de actuación respecto de algunos delitos amplísimas, mientras

---

250 ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal…", op., cit.,* p. 49.

251 ORIHUELA CALATAYUD, E.: "La regulación de la jurisdicción…", *op., cit.,* pp. 306- 307

252 OLLÉ SESÉ, M.: "La nefasta ley …", *op., cit.,* pp. 40-41.

253 En este sentido, Auto AN (Sala de lo Penal, Sección Pleno) núm. 38/2014, de 2 de julio de 2014. Voto particular que emite el Magistrado Antonio Díaz Delgado adhesivo y concurrente al formulado por los Magistrados Ramón Sáez Valcárcel, y José Ricardo De Prada Solaesa, considera que en los delitos de genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad, el Estado Español se desentiende si las víctimas son españolas, lo cual es de una dejación inadmisible cuando el ciudadano Español víctima de tan graves delitos no vea protegidos sus derechos e intereses por el estado español, cuando ningún Tribunal internacional, o la jurisdicción territorial correspondiente del lugar en que hayan cometido los hechos, no actúe; y sin embargo, en los supuestos de Terrorismo y los otros delitos referenciados anteriormente, el criterio de personalidad pasiva si se tiene en consideración en orden a la atribución de jurisdicción universal a los Tribunales Españoles.

que en otros los límites establecidos son excesivamente restrictivos, coincidiendo estos casos con aquellos crímenes de especial gravedad, esto es, crímenes de guerra, torturas y desapariciones forzadas, crímenes que en la mayoría de los casos serán de estado dado que para su comisión resulta esencial la intervención de las autoridades estatales y cuya prohibición se encuentra recogida en normas de ius cogens internacional, que, además, la incorporación de vínculos de conexión para que los delitos del artículo 23.4 LOPJ puedan ser enjuiciados desvirtúa el principio de jurisdicción universal previsto en el Derecho Internacional, en tanto que éste repudia cualquier vínculo de conexión que no se justifique expresamente en el interés de la comunidad internacional, por lo que en la actual regulación se ha abandonado la esencia y finalidad del principio de jurisdicción universal, quedando únicamente un rastro de lo que era la justicia universal[254].

Asimismo, ha quedado acreditado como la regulación prevista en el artículo 23.4 LOPJ supone el incumplimiento por España de la obligación *aut dedere aut iudicare* en la vertiente en que prima la obligación de enjuiciar, en tanto que, en la cláusula de cierre sólo se contempla la competencia de los tribunales españoles en aquellos delitos cometidos fuera del territorio nacional, por extranjeros que se encuentren en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, no encontrando respaldo en la normativa española los demás supuestos en que prima el enjuiciamiento y la regulación no se adecúa a los preceptos internacionales. Todo lo anterior nos conduce a una situación de incumplimiento por el Estado español de las normas internacionales por él mismo ratificadas, lo que conllevará una lluvia de sanciones debido a tales incumplimientos.

VI. CAUSAS SOBRESEÍDAS CON MOTIVO DE LA REFORMA LLEVADA A CABO POR LA LEY 1/2014

Una vez analizada la reforma llevada a cabo en 2014, así como la nueva concepción de la jurisdicción universal en España, resulta indispensable albergar determinadas causas que se encontraban abiertas ante los Juzgados instructores de la Audiencia Nacional y que se han visto archivadas, dejando tales crímenes internacionales impunes, en otras causas los jueces se han visto obligados a ampliarlas por delitos de terrorismo, en tanto que, de este modo tendría alguna vía para poder continuar su instrucción. Así, resulta conveniente tratar algunas de esas causas.

Ya se ha tratado anteriormente las presiones derivadas de los denominados "asuntos chinos", si bien cabe albergar los hechos desencadenantes, por lo que respecta al *caso Tíbet* se inicia con la presentación de dos querellas, una en 2005 y, posteriormente otra en 2008, contra el expresidente Jiang Zemin, exprimer ministro Li Peng y otros cinco dirigentes de la República Popular China, por delitos de genocidio, torturas y crímenes de lesa humanidad, consecuencia de la dominación de China en el Tibet, y su ocupación militar, entre el período comprendido entre los años 1950 y 1979. En la primera querella entre los querellantes se encontraba un ciudadano español de origen tibetano, si bien inicialmente no fue admitida,

254 ORIHUELA CALATAYUD, E.: "La regulación de la jurisdicción…", *op., cit.,* pp. 311-313.

la apelación resuelta tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 2005 siendo finalmente fue admitida. En noviembre de 2013 se interesaron por el juzgado órdenes de búsqueda y captura frente a los querellados, lo que provocó el enfurecimiento del gobierno chino que desencadenó en la reforma de 2014, en aplicación de la Disposición Transitoria Única de la citada ley el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por Auto 38/2014, de 2 de julio, se acordó el archivo y sobreseimiento de la causa, siendo finalmente confirmado por el Tribunal Supremo [255]. La segunda querella se interpuso en 2008 por la comisión de crímenes contra la humanidad, a matanza sistemática y generalizada de tibetanos, lesiones graves, torturas, detenciones y desapariciones forzadas de la población tibetana, que tras la reforma llevada a cabo en 2009 fue archivada dado que no se consideraba existiera vínculo de conexión alguno, que tras diversos recursos a día de hoy todavía se encuentra pendiente de resolución el recurso de amparo[256].

El *caso Falun Gong* se trata del otro de los considerados "asuntos chinos", en el año 2003 quince personas interpusieron querella por delitos de torturas y genocidio cometidos en China contra seguidores de Falun Gong, una práctica espiritual prohibida en China en 1999 al ser considerada una secta, desde ese momento los practicantes fueron detenidos y enviados campos de trabajo y reeducación. Un informe[257] de Kilgour y Matas asegura que en centros chinos se extraían, sin su consentimiento, órganos de presos practicantes de Falun Gong, según la postura oficial los órganos venían de donaciones voluntarias, no obstante, se ha podido comprobar como China carecía de un sistema de donaciones y no está dentro de la cultura china el hacerlo[258]. Tal situación albergaba tal gravedad que el Parlamento Europeo expresó su preocupación al respecto mediante resolución en la que recogía que más del 90 % de los órganos para trasplante extraídos de donantes fallecidos procedía de presos ejecutados en China[259]. De nuevo en este procedimiento, con motivo de la Disposición Transitoria Única,

---

255 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 296/2015, de 6 mayo 2015, (RJ 2015\2300).

256 ORTEGA MATESANZ, R.: "La justicia universal; su limitación en España tras la reforma introducida por la L.O. 1/2014 de 13 de marzo", en http://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/13044/1/TFG-N.200.pdf

257 Informe sobre la sustracción forzada de órganos a practicantes de Falun Gong en China, en https://issuu.com/falundafaenperu/docs/informe_sustraccion_de_organos/171

258 JUNQUERA, N.: "Abogados de derechos humanos piden ayuda a España por el robo de órganos en China", en https://politica.elpais.com/politica/2017/02/21/actualidad/1487634201_933179.html

259 En este sentido, Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2013, sobre la extracción forzada de órganos en China, se pronunció sobre los siguientes aspectos: A. Considerando que la República Popular China realiza más de 10 000 trasplantes de órganos al año (…) aunque, a día de hoy, China no cuente con un sistema público eficaz de donación o distribución de órganos (…) B. Considerando que la República Popular China presenta tasas extremadamente bajas de donación de órganos debido a creencias tradicionales; que, en 1984, China aplicó normas que permitían la extracción no consentida de órganos de presos ejecutados; C. Considerando que (..) le han pedido información el antiguo Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la (…) Manfred Nowak, y los investigadores canadienses David Matas, (..), y David Kilgour,; D. Considerando que Huang Jiefu, Director del Comité de Donación de Órganos de China y antiguo Viceministro de Salud, afirmó en la Conferencia de Madrid sobre Donación y Trasplante de Órganos celebrada en 2010 que más del 90 % de los órganos para trasplante extraídos de donantes fallecidos procedía de presos ejecutados en China(…); F. Considerando que, en julio de 1999, el Partido Comunista chino puso en marcha una intensa ola de persecución en todo el país con la intención de erradicar la

el Pleno de la Sala de lo Penal por Auto 44/2014, de 15 de julio, acordó el sobreseimiento y archivo de la causa en tanto que no consideraba que concurriesen los nuevos requisitos previstos en el artículo 23.4 a) LOPJ.

El mismo infortunio corrió el *caso Couso*, una vez más los hechos acontecidos resultan escalofriantes, en el año 2003 un carro de combate estadounidense disparó un proyectil contra el Hotel Palestina donde se encontraban unos trescientos enviados especiales de la prensa internacional, desde el Pentágono fue reconocido el ataque. Ese mismo año sus familiares presentaron querella ante el Juzgado Central de Instrucción. El Juez Santiago Pedraz calificó los hechos como crímenes de guerra en tanto que consideró que los tres imputados sabían y conocían que el Hotel Palestina estaba ocupado por población civil[260]. Tras la reforma de 2014 el juez Pedraz por Auto de 17 de marzo de 2014 intentó inaplicar la Disposición Transitoria Única, así como el artículo 23.4 a) y 23.5 LOPJ tal como refleja el Auto de 17 de marzo de 2014[261] en tanto que éstos se contradecían con la IV Convención de Ginebra que obliga a perseguir estos delitos sin limitación alguna, pero lamentablemente al igual que en los anteriores asuntos acordó el sobreseimiento y archivo del mismo.

Otra de las causas que ha resultado sobreseída es el caso *Flotilla de la Libertad* en el que se enjuiciaban los hechos ocurridos en aguas internacionales del Mediterráneo, cuando la Marina de Israel abordó una flotilla de embarcaciones en la que viajaban unas seiscientas personas que pretendían llevar ayuda humanitaria a la Franja de Gaza, resultando gravemente heridas más de treinta de los activistas a bordo, falleciendo ocho de ellos. El juez Ruz calificó los delitos como constitutivos de delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, no obstante, al igual que ha ocurrido con los anteriores casos, el caso ha sido archivado, indicando el juez de la Audiencia Nacional, De la Mata, que este archivo solo sigue vigente hasta que las personas contra las que se dirige el procedimiento se encuentren en España[262]. Lamentablemente en el mismo sentido se pronunció el Juzgado Central de Instrucción 2 con respecto al caso *Mauthasen* seguido por delitos de genocidio y crímenes de lesa humanidad cometidos en los campos de concentración de Mauthasen, Sachsenhausen y Flossenburg bajo el régimen nazi en el que se encontraban víctimas españolas[263].

Por otro lado, nos encontramos con determinadas causas que no han podido ser sobreseídas en tanto que se ha estimado que en ellas se enjuiciaban delitos de terrorismo en los que, como ya se ha aludido anteriormente su regulación no establece tales restricciones. Es el supuesto del caso *Ellacuria,* en el que se enjuician los hechos cometidos durante la gue-

práctica espiritual de Falun Gong y que supuso la detención y encarcelamiento de cientos de miles de seguidores de Falun Gong; considerando que se sabe que también se han ejecutado trasplantes forzosos utilizando presos uigures y tibetanos;

260 FERNÁNDEZ LIESA, C.R.: "El asunto Couso en los tribunales nacionales y en las relaciones internacionales" en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 63, nº 2, 2011, pp. 145-152.

261 Auto del Juzgado Central de Instrucción nº1, de fecha 17 de marzo de 2014, (JUR 2014\116314), FJ 2º.

262 "El juez de la Audiencia Nacional invita al Gobierno a llevar el 'caso Flotilla' a La Haya tras archivarlo", en https://elmundodeloslocos.wordpress.com/2015/06/12/el-juez-de-la-audiencia-nacional-invita-al-gobierno-a-llevar-el-caso-flotilla-a-la-haya-tras-archivarlo/

263 ESTEVE MOLTO, J.E.: "Ley Orgánica 1/2014 …", *op., cit.,* p. 192.

rra civil en El Salvador, cuando un grupo de soldados del ejército salvadoreño acabó con la vida de cinco jesuitas españoles, en tanto que éstos estaban influyendo en el conflicto. Tras la reforma de 2014, el juez Eloy Velasco dejó sin efecto los cargos por el delito de lesa humanidad amparándose en el de terrorismo, siendo tal decisión respaldada por el Tribunal Supremo[264]. La misma suerte ha corrido el caso *Soria* por el secuestro, tortura y asesinato del español Carmelo Soria, diplomático para las Naciones Unidas, durante la dictadura chilena por agentes de la DINA, en el que tras el juez Ruz calificar los hechos como constitutivos de delito de terrorismo, el Tribunal Supremo ha autorizado a la Audiencia Provincial a seguir adelante con la causa en tanto que considera insuficiente la investigación llevada a cabo en Chile[265]. Finalmente, cabe mencionar el caso del *Genocidio en el Sahara* en el que se acusa a once altos cargos de asesinato, desaparición forzada y detención ilegal, en el que el juez Ruz por Auto de 15 de abril de 2014[266]declararía la competencia de la jurisdicción española para conocer del asunto al haberse cometido parte de los hechos en territorio que, a todos los efectos, debe tener la consideración de español en el momento de comisión de aquéllos.

VII. CONCLUSIONES

El principio de jurisdicción universal se trata de un principio más junto con los demás principios de territorialidad, personalidad activa, pasiva y de protección, en virtud del mismo. los tribunales de cualquier Estado pueden ejercer su jurisdicción para enjuiciar crímenes internacionales tal como lo establece la Comunidad Internacional, con independencia del lugar de comisión de los hechos y de la nacionalidad del autor y víctima. Del análisis de la regulación de la jurisdicción universal en España de los apartados 4, 5 y 6 del artículo 23 LOPJ, se ha podido comprobar cómo tras la reforma de 2014, la competencia de los tribunales españoles para conocer de los crímenes internaciones más graves se encuentra totalmente restringida y condicionada, estableciéndose un catálogo de delitos en el que, dependiendo del delito, se tendrán que cumplir determinados requisitos para que los tribunales españoles puedan entrar a conocer de los mismos, y en el que, lamentablemente, los crímenes internacionales más graves, genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, se encuentran entre los delitos más condicionados.

Se ha podido comprobar como esta regulación es totalmente contraria al principio de jurisdicción universal previsto en el Derecho Internacional, en tanto que éste excluye cualquier vínculo de conexión que no se justifique en el interés de la comunidad internacional, del mismo modo, se ha comprobado que esta regulación infringe la obligación *aut dedere aut iudicare* en aquellos supuestos en que la norma internacional establezca una obligación en la que prima el enjuiciamiento, en tanto que la cláusula de cierre del artículo 23.4 LOPJ

---

264 LÓPEZ, N. "`Caso Ellacuria´, 25 años de impunidad, en http://www.elmundo.es/espana/2014/06/28/53ac41b3ca4741e62f8b4583.html

265 "El TS acepta investigar en España el asesinato de Carmelo Soria ante la dejadez de la justicia chilena", en http://www.elmundo.es/espana/2015/11/10/5641f1ac268e3eb62f8b458b.html

266 Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, de 15 de abril de 2014, (ARP 2014\338).

únicamente contempla la competencia de los tribunales españoles para los casos en los que, en esta obligación prima la solicitud de extradición, siendo de este modo infringidos tratados como las Convenciones de Ginebra, así como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en tanto que España no está cumpliendo con las obligaciones internacionales por ella asumidas. Del mismo modo, se ha podido comprobar como yerra el legislador al pretender justificar la reforma en la necesidad de adecuar la regulación a los compromisos derivados de la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en tanto que, en el mismo Estatuto, en todo momento, se establece que la competencia de la Corte es complementaria de las jurisdicciones nacionales, copiando el legislador español los presupuestos que impone la Corte para conocer de las causas, suponiendo una inversión de la relación de complementariedad. Y, por último, cabe destacar la supresión de la acción popular tras esta reforma, suprimiendo una vía más para que tales crímenes puedan llegar a ser enjuiciados, suponiendo una vulneración del artículo 125 CE en la que se prevé, así como del artículo 24 CE en tanto que supone una restricción a la tutela judicial efectiva.

Destaca la transformación legislativa del principio de jurisdicción universal en España, en tanto que se ha evolucionado de un principio de jurisdicción universal pura, desde que se recogiera en 1985, a una jurisdicción totalmente condicionada y restrictiva desde 2014 y, en el que, su causante principal han sido las presiones políticas recibidas de determinados estados poderosos como China, EEUU e Israel, una reforma que hace casi imposible la aplicación de la jurisdicción universal en España, dejándola sin posibilidad de conocer de los crímenes internacionales más graves por motivos estrictamente económicos, en tanto que, para llevar a cabo dicha reforma el gobierno únicamente tuvo en cuenta que el veinte por ciento de deuda española se encontraba en manos de China y el afán de complacer a los miembros permanentes en el Consejo de Seguridad. Así, con la única intención de contentarlos se presentó una reforma pensada a medida para cada uno de los casos abiertos en la Audiencia Nacional que interesaba ir cerrando, a fin de conseguir tal pretensión se dictó la Disposición Transitoria Única ordenando el sobreseimiento de todas las causas en tanto no se acreditara la concurrencia de los nuevos requisitos, por lo que, como se puede esperar, aquellas causas en la que específicamente se pensó a la hora de reformar la justicia universal en España han tenido como lamentable final el archivo.

Por lo que respecta a esas causas que se encontraban abiertas en los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional, se ha comprobado como se trataban de hechos constitutivos de los delitos más graves de toda nuestra Comunidad Internacional, descritos por una serie de hechos totalmente desgarradores que, por legislar pensando únicamente en intereses de Estado quedarán impunes, dado que si los jueces españoles habían abierto tales causas no era por otro aspecto sino porque tales hechos no estaban siendo enjuiciados en ningún otro lugar. Del mismo modo, se ha podido comprobar como existen otros delitos internacionales en los que sí existe interés de los Estados por su persecución, en tanto que, a pesar de que en determinados crímenes se han restringido las posibilidades de actuación, como ocurre con los crímenes de guerra, vulnerando las normas internacionales en que se prevé su persecución con carácter obligatorio, por otro lado se han contemplado supuestos en que la jurisdicción española sería competente aún en supuestos en que su inclusión se prevé de manera facultativa en las normas internacionales.

Por lo que, la valoración resultante de este nuevo sistema condicionado de jurisdicción universal no es positivo, en tanto que supone un auténtico retroceso en los compromisos asumidos por España en la lucha contra la impunidad, vulnerando obligaciones internacionales y, albergando la posibilidad de que España en lo venidero se convierta en un destino vacacional para genocidas, criminales de guerra y lesa humanidad, así como un Estado indiferente a las tortura cometidas y desapariciones forzadas con sus víctimas españolas siempre que los responsables no pisen España.[267]

BIBLIOGRAFÍA

BECCARIA, *De los delitos y de las penas,* Buenos Aires, 1958.

BERNABEU, A.: "La legitimación popular de la Justicia. Salvar la acusación popular", Serie de Debates Jurídicos de Right International Spain, nº1, 2014, p. 2, visto en http://www.rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/3520cae0876ee1465b25c659a5ca9197ec7dd1a5.pdf

BONET ESTEVA, M.: "Principio de justicia universal: de modelo absoluto a modelo restrictivo, a propósito de sucesivas modificaciones del art. 23.4 L.O. Poder Judicial, Documento de opinión 123/2015, en http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2015/DIEEEO1232015_Principio_Justicia_Universal_Margarita-Bonet.pdf

BUJOSA VADELL, L.: "En torno a la reforma del principio de justicia universal", *Derecho y Proceso Penal, nº 35,* 2014.

BUJOSA VADELL, L.: "Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal [BOE nº 63, de 14-III-2014]", en Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología, nº 2, 2014.

CARNERO ROJO, E.: "Crónica de una muerte anunciada: la jurisdicción de los tribunales españoles sobre crímenes internacionales antes y después de la Ley Orgánica 1/2014 relativa a la justicia universal", en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, vol. 3, 2015.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: De la <<abrogación de facto>> a la <<derogación de iure>>, nº 7, nº 7211, 2009.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: "Del intento por acabar con la jurisdicción universal para el bien de las víctimas y del Derecho Internacional: examen crítico de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal" en Derecho Penal y Criminología, nº 5, 2014.

ESTEVE MOLTO, J.E.: "Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal: entre el progresivo avance de la globalización comercial y de la deuda y la no injerencia en los asuntos internos de China", en Anuario español de Derecho Internacional, vol. 30, 2014.

267 ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal… ", op., cit.,* p. 163.

FERNÁNDEZ LIESA, C.R.: “El asunto Couso en los tribunales nacionales y en las relaciones internacionales” en Revista Española de Derecho Internacional, vol. 63, nº 2, 2011.

JUANES PECES, A.: “El principio de jurisdicción universal”, en *Escritura Pública,* nº 59, 2009.

MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A.: El principio de justicia universal y los crímenes de guerra. Tesis doctoral, 2014, pp. 127 a 137, en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=tesisuned:Derecho-Amartinez&dsID=Documento.pdf

MUÑOZ CUESTA, F.J.: “Jurisdicción española: justicia universal en aplicación de la LO 1 2014, de 13 de marzo”, en *Revista Aranzadi Doctrinal,* nº 4, 2014.

NIEVA FENOLL, J.: “El principio de justicia universal: una solución deficiente para la evitación de hechos repugnantes”, en *Revista Española de derecho Internacional*, vol. 65, nº1, 2015.

OLLÉ SESÉ, M.: “La nefasta ley de justicia universal”, en Éxodo, nº 124, 2016.

ORIHUELA CALATAYUD, E.: “La obligación aut dedere aut iudicare y su cumplimiento en España”, en Mangas Martín, A. (Dir.), Revista española de Derecho Internacional, Madrid, 2016.

ORIHUELA CALATAYUD, E.: “La regulación de la jurisdicción universal en España. Reflexiones a la luz de las últimas reformas (2014 y 2015), en Orihuela Calatayud, E. (Coord.), Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos, Navarra, 2016.

ORIHUELA CALATAYUD, E.: *La jurisdicción universal en España*, Murcia, 2016.

ORTEGA MATESANZ, R.: “La justicia universal; su limitación en España tras la reforma introducida por la L.O. 1/2014 de 13 de marzo”, en http://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/13044/1/TFG-N.200.pdf

QUEL LÓPEZ, J.: “Los tribunales penales internacionales ad hoc”, en Fernández Casadevante Romaní, C. (Coord), Derecho Internacional de los derechos humanos, 2ª ed., Madrid, 2003.

SORIANO RODRÍGUEZ, M.: El principio de jurisdicción universal y la reforma del art. 23.4 LOPJ, ¿un paso atrás en la lucha contra la impunidad?, en Revista Digital Facultad de Derecho, nº 6, 2013, en http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/PRINCIPIODELAJURISDICCION.PDF

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A.: “Algunas consideraciones acerca de la nueva reforma española de la jurisdicción universal”, en *Revista jurídica de Asturias,* nº 38, 2015.

VALLEJO PEÑA, C.: “La fragilidad de una jurisdicción universal complementaria de la justicia internacional penal: el reciente paradigma español”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal,* vol. 3, 2015.

Miscelánea jurídica

LA AGENCIA EUROPEA DE FRONTERAS Y GUARDACOSTAS, FRONTEX

Julián Javier Pérez Quiles
Doctor en Derecho
Graduado en Criminología
Oficial de enlace de la Guardia Civil con la Agencia Frontex
Ex-Experto Nacional Destacado en la Agencia Europea de Fronteras, Frontex (Varsovia)

ABSTRACT

In 2004 the European Union was given a new operational tool aimed to protect and better coordinate the Member States cooperation in the field of the defense of its external borders. After some time without facing major migratory crisis, the so called "Arab Spring" put this tool, Frontex, in the fire line. The EU Parliament and the Council gave Frontex an extended mandate in terms of capabilities and responsibilities to tackle an unprecedented migratory phenomena which the year 2011 brought. This happen due to the fact of the social movements in the North of Africa, namely Tunisia and Libya. Italian shores and therefore the EU territory was receiving, since the beginning of the "Arab Spring" a massive flow of migrants. Frontex launched the Joint Operation HERMES 2011 in order to control those flows, at the beginning coming from Tunisia and after that from Libya. From 2010 the figures of irregular migrants has not stopped increasing. The migratory pressure goes from one side to the other side of North Africa searching for the permeability of the EU external borders. The human trafficking mafias manage to find some gaps in the EU external borders and make benefit of it without taking into consideration the lives of the migrants. The Agency needed to very much adapt to the liquid migratory phenomena always one step beyond the mafias. Among other, we can list the major migratory crisis within the EU such as Lampedusa 2011 and 2013, the Aegean route in 2013 and 2014, the Balkan route in 2015 and 2016. The last evolution up to now of Frontex Agency was in October 2016 when a new Regulation came into force and the European Border and Coast Guard Agency was established. The aim of this paper in to offer a quick view about the new capacities and responsibilities of the Agency as well as the internal processes and business.

***Key words**: UE, Frontex, European Agency, European Commission*

RESUMEN

La Unión Europea se dotó en el año 2004 de una herramienta operativa para proteger y mejorar la coordinación de los Estados Miembro de la Unión en la defensa de sus fronteras exteriores[278]. Tras unos años de funcionamiento sin tener que hacer frente a grandes problemas migratorios, la denominada "Primavera Árabe" supuso el bautismo de fuego de la Agencia Frontex. El Parlamento y el Consejo de la Unión Europea dotaron a la Agencia de mayores capacidades y poderes para hacer frente al fenómeno migratorio sin precedentes al que se enfrentaba la Unión a inicios del año 2011 como efecto derivado de las revueltas en el norte de África, mayormente en Túnez y Libia[279]. Italia y por tanto la Unión Europea llevaba sufriendo desde la "Primavera Árabe" un incesante flujo de embarcaciones hacia sus costas. Frontex puso en marcha la operación HERMES 2011 para hacer frente a la ola de inmigración irregular masiva procedente fundamentalmente al principio de Túnez y más tarde de Libia. Desde el año 2010 las cifras de la inmigración irregular no han hecho sino crecer. Las bolsas de inmigrantes irregulares se desplazaban por el norte de África y por Turquía buscando la permeabilidad de la frontera exterior de la Unión Europea. Allí donde encontraban hueco las mafias que traficaban con personas trataban de utilizarlo para mandar barcos cargados de personas sin importarles lo más mínimo sus vidas. La Agencia se ha tenido que adaptar a diferentes crisis migratorias respondiendo de una manera u otra y ha ido evolucionando al tiempo que marcaban las mafias que traficaban con seres humanos. Entre las crisis migratorias más acusadas podemos listar la isla de Lampedusa en 2011 y 2013, la ruta del mar Egeo en 2013 y 2014, la ruta de los Balcanes en 2015 y 2016. el último paso evolutivo de la Agencia Frontex se dio en octubre de 2016 cuando se estableció la Nueva Agencia Europea de Fronteras y Guardacostas[280]. El objeto de este trabajo es exponer las capacidades y responsabilidades de la nueva Agencia así como la dinámica interna de éstos procesos.

***Palabras clave:** Unión Europea, Frontex, Agencia Europea, Comisión Europea*

278 Reglamento(CE) No 2007/2004 del Consejo de 26 de octubre de 2004 por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea.

279 Reglamento (UE) no 1168/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, que modifica el Reglamento (CE) no 2007/2004 del Consejo, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea

280 Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2016 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.o 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) n.o 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo

I. ANTECEDENTES

La operación conjunta TRITÓN 2015, lanzada por la Agencia de la Unión Europea Frontex[281] se desarrolló entre el 1 de febrero de 2015 y el 31 de enero de 2016 en el Mediterráneo Central. El objetivo final de la operación conjunta era el control del flujo migratorio irregular así como el tráfico de seres humanos desde Turquía, Egipto, Libia, Argelia y Túnez hacia territorio de la Unión Europea especialmente a territorio italiano. El presupuesto total de la operación al inicio fue de 13 millones de euros, pero debido a la crisis migratoria que se desató en el Mediterráneo Central durante los tres primeros meses del año 2015, la Comisión Europea decidió triplicar su presupuesto siendo la inversión final de aproximadamente 37 millones de euros[282]. Esta cantidad de fondos permitió el despliegue de aproximadamente 300 especialistas, conformando equipos de entrevistadores, trazadores de nacionalidad, expertos en documentos y oficiales de apoyo de hasta 27 países miembros. Por otro lado, en cuanto a medios técnicos fueron empleados un total de 41 medios aéreos de ala fija, 26 medios aéreos de ala rotatoria y unas 150 embarcaciones de diverso porte. En total se intervino en 1.103 incidentes relacionados con la inmigración en los que se vieron envueltos 155.982 inmigrantes irregulares, asimismo permitió identificar a 491 traficantes de seres humanos. Las nacionalidades más comunes que llegaban a Europa fueron eritreos, sudaneses, nigerianos, somalíes y gambianos.[283]

Entre las recomendaciones más importantes que hacía la Agencia Frontex para el año 2016, se encontraban que la operación conjunta debía continuar implementándose para conformar así una plataforma de ayuda inmediata al Estado italiano en caso de necesidad de tal modo que en caso de tener que articular una respuesta, las estructuras utilizadas durante el año 2015 siguieran activadas. Era necesario, según la Agencia, la colaboración de todos los actores posibles para confrontar el problema migratorio de una manera más holística, entre ellos las agencias EUROPOL[284], INTERPOL[285], FRA[286], EASO[287], IOM[288] y ACNUR[289]

---

281 La Agencia Frontex es un organismo de la Unión Europea que se encarga, entre otras cosas, de la protección de la frontera exterior de la Unión Europea. Coordina recursos humanos y medios técnicos que los Estados de la Unión Europea ponen a su disposición para controlar los flujos migratorios. La coordinación se produce en el marco de una operación conjunta cuyo plan de operaciones se acuerda con el Estado miembro que sufre la presión migratoria.

282 http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2015-007164&language=ES
http://www.elmundo.es/internacional/2015/04/23/5539408a268e3eb3388b4577.html
http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4453_es.htm

283 Informe final de evaluación de la Operación TRITON 2015.

284 La agencia europea de policía.

285 La oficina internacional de policía.

286 La agencia europea de derechos fundamentales

287 La oficina de apoyo a los solicitantes de asilo.

288 La organización internacional de migraciones

289 El Alto comisionado de las NNUU para los refugiados.

II. LANZAMIENTO DE LA OPERACIÓN CONJUNTA TRITÓN 2016

Vistos los antecedentes anteriormente mencionados, la primera en ponerse manos a la obra es la unidad de análisis de riesgos de la agencia Frontex. Esta unidad da continuidad al documento de evaluación del año anterior y realiza otro documento que dará pie al inicio de una nueva operación conjunta[290]. Este documento plasma la tendencia y la previsión de las rutas migratorias en el futuro de acuerdo con el modelo CIRAM[291] de análisis de riesgos llevado a cabo por la unidad de análisis de riesgo de la Agencia Frontex. En concreto para el 2016 se preveía que los flujos migratorios podrían continuar debido a la inestabilidad en los países de origen y a que las redes de inmigración localizadas en Libia seguían activas. Por todo ello se esperaban para el año 2016 flujos procedentes de Libia, Túnez, Egipto, Turquía y Grecia, tratado esto último como un movimiento secundario[292]. Se preveía también la activación de una ruta proveniente de Albania y Montenegro[293].

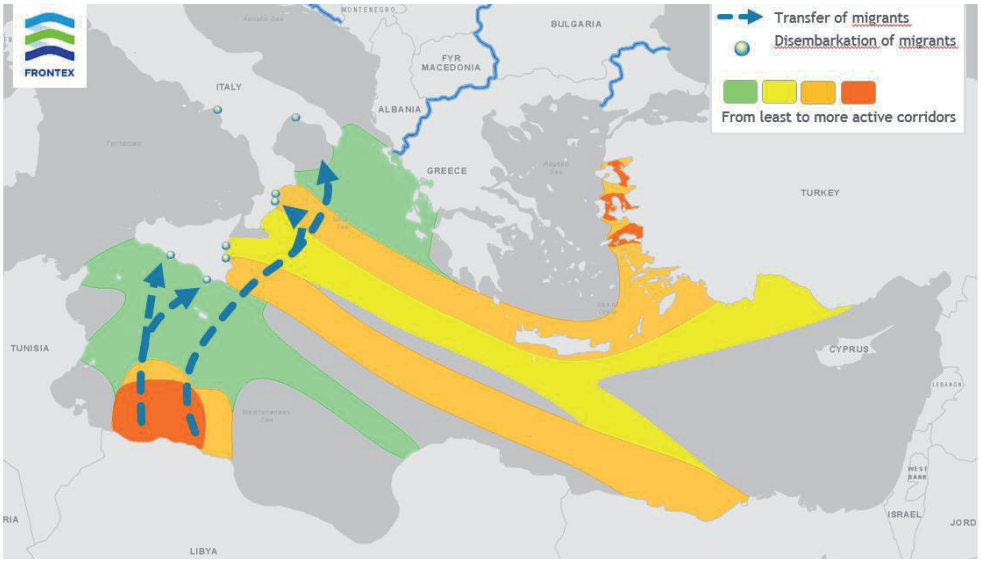

Ilustración 1. Detalle de los corredores marítimos que afectaron al Mediterráneo Central en 2015 y que se previó que continuaran durante el 2016.

De acuerdo con este informe se articula un plan de operaciones para tratar de controlar los corredores marítimos expresados en la ilustración anterior.

---

290 Este documento es llamado TFA (Tactical Focus Assessment). Informe de enfoque táctico.

291 Common Integrated Risk Analysis Model. Modelo Integrado Común de Análisis de Riesgos.

292 Fuente: Plan de operaciones TRITON 2016.

293 Fuente: Plan de operaciones TRITON 2016.

El plan de operaciones se configura como un contrato entre el país que auspicia la operación conjunta, en este caso Italia y la Agencia Europea de Fronteras, Frontex. Asimismo se circula entre los países participantes por si tuvieran a bien efectuar las puntualizaciones que consideren convenientes respecto a su participación. El plan de operaciones se compone de dos bloques, una parte que se ocupa de las actividades puramente operativas, tales como la descripción de la situación a la que hay que enfrentarse, el concepto operativo, los objetivos, el período de implementación, definición de las áreas operativas, quienes serán los participantes y cómo se llevará a cabo su participación y qué modalidades de colaboración se llevará a cabo con otros organismos tanto europeos como internacionales. También se deja constancia de la estructura de mando y su coordinación así como las modalidades de flujo de información entre los participantes. La segunda parte se compone de una serie de anexos que normalmente son comunes a todas las operaciones conjuntas lanzadas por la Agencia Frontex y que contiene información más específica sobre las responsabilidades de cada actor dentro de la operación, una lista de recursos humanos y medios técnicos empleados, la modalidad de cooperación con terceros países y la forma de acceso a las bases de datos manejadas por la Agencia Frontex. También se incluye la forma en que se instruye al personal que va a participar en la operación conjunta, así como un modelo de cada documento que los participantes deben compilar en caso necesario, por ejemplo, cuando hay un evento de salvamento, hay una actuación con personas detenidas o exista una actuación que conculque derechos fundamentales de los inmigrantes. Esta segunda parte del plan de operaciones es un documento vivo que se adapta contínuamente a las circunstancias líquidas del fenómeno migratorio. El motivo real de operar con dos partes es simple, la primera parte permanece invariable y la segunda -los anexos- se adaptan sin seguir el pesado procedimiento administrativo de aprobación que para la primera parte puede llevar hasta un mes y medio.

El objetivo de los planes de operaciones implementados en las fronteras marítimas de la Agencia Frontex suelen ser últimamente muy genéricos. Se utiliza la misma fórmula en todos ellos de tal modo que da una amplia capacidad de actuación sin encorsetarse legalmente. La fórmula usada es: "implementar actividades operativas coordinadas en la frontera marítima exterior del Mediterráneo Central -en este caso- con el fin de controlar los flujos irregulares de inmigración hacia el territorio de los Estados miembro de la UE así como lucha contra el crimen transfronterizo"[294]. Ahora cabe preguntarse cuáles serán esas actividades operativas que se van a llevar a cabo para conseguir el objetivo final. Pues bien esas actividades se materializan como actividades de patrulla del mar dentro del área operativa diseñada, actividades de entrevistas a los inmigrantes llegados de tal modo que se pueda extraer información de las rutas usadas así como modus operandi de las redes de tráfico de seres humanos, actividades de identificación y registro, de tal modo que la UE sepa quién entra en su territorio así como hacia dónde se dirige y si es necesario prestarle la protección internacional a que tuvieran derecho como es el caso de los solicitantes de asilo. No se puede perder de vista que la evaluación de las operaciones conjuntas se mide en términos cuantitativos que no son pacíficos. De este modo al final de cada operación, la Agencia Frontex ofrece una estadística de eventos en los que han participado los medios que cofinancia, el número de inmigrantes rescatados

294 Fuente: Planes operativos de las fronteras marítimas de la agencia Frontex.

y/o salvados. No se aportan datos de cuántas salidas se han evitado fruto de la prevención pues cuando se ofrece el indicador llamado *prevención de salidas*, en realidad éstas ya se ha producido, solo que los medios de Frontex, una vez que la embarcación ha sido hallada en el mar territorial de un país no participante en la operación conjunta avisa a sus autoridades de que hay una embarcación en tal o cual coordenadas, esperando que sean esas autoridades las que actúen; cosa que en numerosas ocasiones no sucede bien por falta de medios de las autoridades a las que se avisa bien porque las autoridades no están interesadas en la comunicación. De este modo las prevenciones de salidas es una cifra negra pues no se conoce.

II.I El concepto operativo

En este apartado se expresa cómo va a funcionar la operación conjunta, es decir cómo se van engranando los diversos medios para efectuar las actividades coordinadas mencionadas anteriormente, es decir, *cómo los participantes en la orquesta deben tocar para que el sonido sea bueno.*

Para ello el plan de operaciones de TRITÓN 2016 le asigna unas responsabilidades a cada participante. Por ejemplo a las embarcaciones les asigna la labor de colaborar en cualquier evento SAR[295] que las autoridades correspondientes declaren.

A los recursos humanos, según su perfil, se les asignan responsabilidades que van desde labores de coordinación de la operación pasando por entrevistar los recién llegados hasta la identificación y toma de huellas así como el ofrecimiento de protección internacional si a ella tuvieran derecho[296]. También se les asignan responsabilidades de comprobación de la documentación que portan los inmigrantes para verificar su procedencia de tal modo que se pueda facilitar, en un futuro su repatriación. Una labor muy importante que permea a todos los participantes es la recolección de información de cualquier tipo que permita crear una fotografía lo más actualizada posible sobre el fenómeno migratorio para poder confrontarlo con mejores garantías de éxito. A los medios técnicos se les asignaron las siguientes responsabilidades según sean medios navales o aéreos: A los medios aéreos se le asigna la labor de patrulla del área operativa, así como la detección, seguimiento e identificación de cualquier objetivo de interés[297]. A los medios navales se les asigna la labor de detección, seguimiento, identificación así como intercepción de objetivos de interés. Dicho de otro modo, los medios aéreos fijan puntos de interés y las embarcaciones actúan para interceptarlos. Las bases navales se establecieron en puertos del sur de Sicilia así como Lampedusa y Malta mientras que las bases aéreas principales fueron Sigonella y Luqa situadas en Sicilia y Malta respectivamente.

---

295 Evento de Salvamento y rescate. Por el Convenio SAR 1979, cualquier embarcación que reciba una llamada de socorro de otra embarcación, o sea llamada para prestar auxilio a una embarcación en virtud de la declaración de un evento SAR por la autoridad competente en cada país, tiene la obligación legal de actuar para preservar y salvar la vida humana en el mar. Fuente: www.imo.org

296 Los perfiles tasados en el plan de operaciones son: Oficial de enlace de medios desplazados, oficial de inteligencia, Comandante de buque o aeronave, mediadores culturales, entrevistadores, coordinador del centro internacional de coordinación, coordinador local, coordinador de Frontex, manager, analista, oficiales de apoyo y oficiales de prensa.

297 Así denomina Frontex a las embarcaciones cargadas con inmigrantes irregulares.

Una vez clarificadas las responsabilidades de cada participante, hay que fijar el escenario en el cual se va actuar. Ese escenario viene determinado por el acuerdo entre la del equipo negociador de la Agencia Frontex y el Estado miembro auspiciante, en este caso Italia. El escenario se basa fundamentalmente en la información adquirida y producida por los diversos actores y sobre todo viene determinada por los flujos de los países de partida. Así, la base fundamental será la ilustración número 1 y el resultado se muestra a continuación, que se configuró como el área operativa de la operación conjunta TRITÓN 2016. Todas las acciones previstas en el plan operativo se deben desarrollar forzosamente dentro de los márgenes de esta área operativa para que tengan carácter legal[298]. Es en esa zona donde se aglutinan medios aéreos y navales para tratar de controlar el flujo de inmigrantes procedentes de África o de algún país europeo, en un movimiento secundario, hasta la frontera marítima exterior de UE.

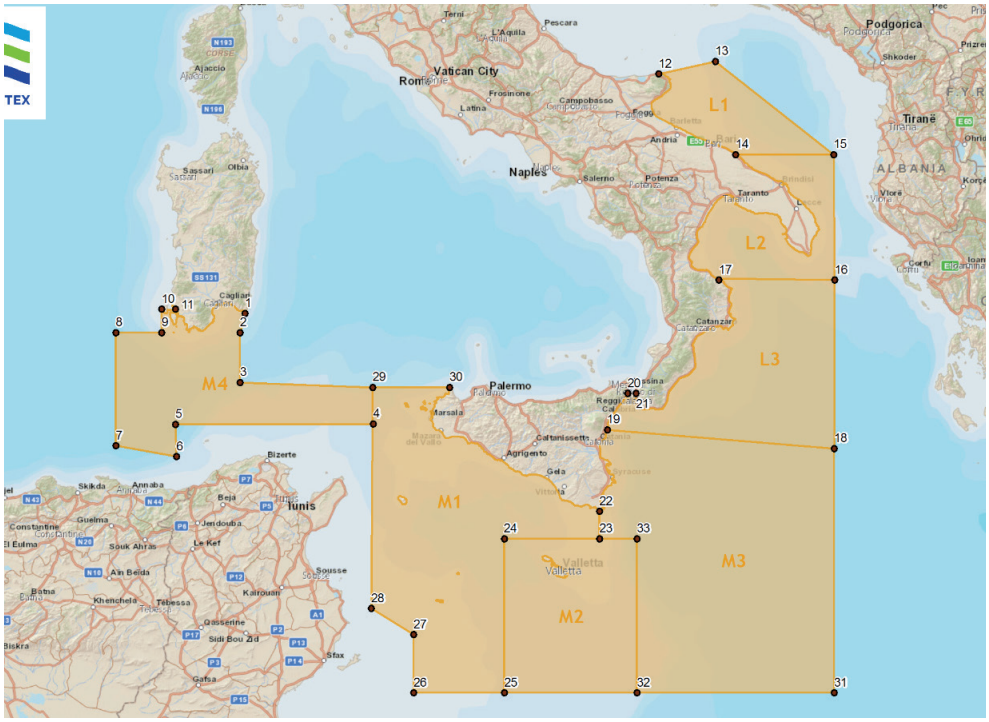

Ilustración 2. Área operativa de la operación conjunta TRITÓN 2016.

Dentro de esta área operativa se desplegaron aproximadamente 1500 especialistas con diferentes perfiles de trabajo, desde equipos de entrevistadores, trazadores de nacionalidad,

298 Excepto la intervención en un evento SAR en cumplimiento del Convenio Internacional a la que cualquier embarcación está obligada.

expertos en documentos, expertos en identificación hasta oficiales de apoyo de 27 países miembros de la Unión Europea. Si hablamos medios técnicos, fueron empleados un total de 69 medios aéreos y 1146 embarcaciones de diverso porte. El presupuesto total de la operación conjunta TRITÓN 2016 ha superado los 45 millones de Euros.

II.II La estructura de mando y control

Dentro del plan de operaciones TRITÓN 2016 se define claramente la estructura de mando y control que será la encargada de que todo opere según las directrices impartidas en el plan. Se estableció que cada mando de buque o aeronave es responsable de su medio técnico así como de la coordinación efectiva con los objetivos de la operación conjunta. La entidad que se encargará de que todo esto se lleve a cabo es el Centro Internacional de Coordinación-ICC[299]- que se estableció en el Mando Aeronaval de la Guardia di Finanza sito en la base aérea de Pratica di Mare en Roma. Dentro de esta estructura de mando opera el Consejo de Coordinación, presidido por el Mando del ICC. En este Consejo, del que son miembros -aparte del ya citado Mando del ICC- los oficiales de enlace de todos los medios desplazados y operando en el teatro de operaciones, el oficial de inteligencia y el responsable de Frontex. Es en éste Consejo, que se reúne diariamente, donde se coordinaron todas las actividades operativas de la operación TRITÓN 2016. Es aquí donde se decidió quién navegaba en una determinada área, quién volaba y con qué periodicidad, todo ello de acuerdo con un análisis de riesgos previos que se debió llevar a cabo teniendo en cuenta la información facilitada por los equipos de expertos que sobre el terreno entrevistaban diariamente a los inmigrantes recién llegados a costa europea[300]. Esta estructura de mando y control que en apariencia resulta bastante sencillo de hacer funcionar sobre el papel no es pacífica del todo pues hay que tener en cuenta que a veces los oficiales de enlace allí presentes defienden intereses nacionales sobre los intereses europeos. El equilibrio es difícil de mantener cuando se decide que un barco de un Estado miembro que se encuentra en puerto asista a un evento de inmigración cuando otra embarcación se encuentra plenamente operativa y navegando en la zona relativamente cercana. O cuando se decide que una embarcación que ha rescatado a mil inmigrantes en aguas cercanas a Libia, debe transportarlos a un puerto de Cerdeña habiendo puertos seguros muchísimo más cercanos para asegurar la vida y la atención de los inmigrantes. Desgraciadamente el plan de operaciones no contempla estos supuestos, dejando a la buena voluntad de los participantes y a la diplomacia la resolución de estas situaciones.

299 International Coordination Centre

300 Esta es la teoría de cómo debía haber funcionado el sistema. En realidad esto no es verificable empíricamente porque las actas de las reuniones del Consejo de Coordinación no son públicas.

II.III Nuevos elementos de coordinación. La oficina regional desplazada y los *hot spots*[301]

Una nueva estructura de coordinación fue puesta en marcha en la operación conjunta TRITÓN 2016 debido a una Recomendación de la Comisión Europea[302]. Se denominó EURTF[303] y su objetivo era la implementación y coordinación del funcionamiento de un concepto operativo nuevo llamado hot spot. Así el Grupo de Trabajo Regional o EURTF abrió su oficina en la localidad de Catania (Sicilia) tras unas interminables negociaciones entre el Gobierno Italiano, el municipio de Catania y Frontex. En esta nueva oficina liderada por la Agencia Frontex, trabajarían por primera vez varias agencias con competencias en el fenómeno migratorio así como las autoridades nacionales. Estas agencias europeas son EUROPOL, EASO y FRONTEX, asimismo se ha dado cabida a las organizaciones no gubernamentales que trabajan con la inmigración. Cada representante de cada agencia es responsable de implementar sus competencias sobre el terreno. Así, Frontex ostenta el liderazgo y el mayor peso pues coordina la operación bajo cuyo paraguas actúa la oficina regional, EUROPOL junto con las autoridades nacionales se encarga de filtrar los datos recogidos y confrontarlo con las bases de datos a su disposición de tal modo que se detecten amenazas a la seguridad europea. El representante de EASO junto con las autoridades nacionales son los encargados de que a todos los inmigrantes en demanda de asilo se les instruya el correspondiente expediente. Este nuevo concepto de oficina regional debería permitir que las agencias europeas estén más cerca de las autoridades nacionales para apoyarlas frente al problema que presenta una inmigración masiva y descontrolada. Por otro lado se ha convertido en una herramienta de coordinación de los puntos calientes o *hot spots* establecidos sobre el terreno. No obstante todo lo anterior, la implementación de esta idea podría tener algunos problemas tales como saturación de la capacidad del Estado auspiciante para identificar adecuadamente y dar curso a solicitudes de asilo a un volumen ingente de personas o que simplemente las rutas de llegadas a suelo europeo cambien de localización geográfica o incluso la propia seguridad física de los *hot spots*.

II.IV Las comunicaciones

Las comunicaciones que se producen dentro de esta operación conjunta están coordinadas por el Centro Internacional de Coordinación en lo que se refiere a los medios participantes. Las comunicaciones entre el Centro Internacional de Coordinación y la Agencia Frontex se

---

301 Punto caliente. Se denomina así, en el ámbito de Frontex, a una zona concreta de la frontera exterior de la UE que se ve afectada por un flujo significativo de inmigración irregular. En ese punto caliente, que se configura como una estructura física, se debería identificar a los inmigrantes llegados y ser capaz de ofrecerles a quienes lo necesiten la protección internacional o repatriación. Se establecieron estos puntos calientes fruto de En el caso de la operación conjunta TRITON 2016 se deberían haber establecido como hot spot la isla de Lampedusa, Pozzalo, Trapani, Taranto, Augusta y Porto Empédocle.

Fuentes: https://www.amnesty.org/en/documents/eur30/5004/2016/en/

Informe sobre hot spots de la agencia Frontex.

302 Comunicación de la Comisión al parlamento y al Consejo. Una agenda europea sobre inmigración del 13 Mayo 2015. http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/backgroundinformation/docs/communication_on_the_european_agenda_on_migration_en.pdf

303 European Unión Regional Task Force (Grupo de trabajo regional de la Unión europea)

producen bien vía correo electrónico con modelos de diferentes informes que se contemplan, bien por teléfono las urgentes. De cada incidente en el que participan medios cofinanciados por Frontex se da cuenta mediante el volcado de datos en una base de datos denominada JORA[304]. Esta base de datos es la que, no solo al final de la operación conjunta proporciona la estadística de la misma sino la que semanalmente, proporciona datos operativos para ser analizados por los analistas de Frontex y extraer conclusiones para aplicar durante la vida de la operación conjunta. En base a ella, cada analista responsable de una determinada operación, semanalmente debe ofrecer un documento que analice resultados y que será diseminado a los participantes de la operación junto con las conclusiones operativas para implementar durante la semana siguiente. Así se puede indicar el cambio de una zona de patrullaje por otra, también que se deba hacer un esfuerzo en entrevistar a tal o cual nacionalidad para entender la dinámica de una determinada ruta etc[305].

III. RESULTADOS DE LA OPERACIÓN TRITÓN 2016

Durante el año 2016 se produjeron un total de 181.126 llegadas de inmigrantes irregulares por la ruta del Mediterráneo Central hacia territorio de la Unión Europea, lo que representa un 18% más en comparación con el año 2015 en que llegaron 153.946 irregulares.

Esta ruta ha sido la que más presión ha soportado durante el años 2016 y por tanto, donde más medios técnicos y recursos humanos la Agencia Frontex ha asignado. Los inmigrantes mayormente procedían tanto del cuerno como del Oeste del continente africano. Los puntos de salida más utilizados se encontraron a lo largo de las costas de Libia y Túnez.

---

304 Joint Operations Reporting Application. Aplicación sobre información de operaciones conjuntas. Esta base de datos contiene desde el número de inmigrantes envueltos en un evento, al que se le asigna un número secuencial, así como su nacionalidad pasando por si son menores o mayores de edad. Con el nuevo Reglamento número 1624/2016 la Agencia Frontex ya puede procesar datos de carácter personal. El sistema está actualmente en fase de prueba, de este modo Frontex ya podría compartir los datos personales de los inmigrantes identificados por sus expertos tanto con el país auspiciador como con Europol para que estos sean confrontados con sus bases de datos, sobre todo las que tienen que ver con el terrorismo. Este nuevo instrumento, que ha tardado más de diez años en llevarse a cabo, finalmente se ha visto muy impulsado por el miedo sembrado en Europa por el terrorismo islamista de corte radical y ha sido presentado como una herramienta útil para luchar contra él. En el marco de la operación conjunta TRITON 2016, de todos los datos ofrecidos por Frontex a Europol y confrontados por éste con sus bases de datos, se han producido 39 casos en que esas personas tenían señalamientos en bases de datos de delincuencia por diferentes motivos. De todos esos señalamientos se da cuenta oportuna a los países que los han insertado en la base datso de EUROPOL de tal modo que se produce un intercambio efectivo de información operativa de gran utilidad para que las agencias de policía de los Estados miembros actúen en consecuencia.

305 Este documento se denomina Weekly Operational Repor (Informe semanal operativo) y va marcando la pauta operativa tanto a medios como a recursos humanos, es decir alimenta de información a los que deben decidir sobre la dinámica de la operación conjunta. Para complementar toda esta información también existen los informes que los entrevistadores mandan a diario, los informes de identificación, las entrevistas que se realizan a los inmigrantes, el informe diario del oficial de inteligencia, el informe de los medios navales y aéreos y el informe del personal de Frontex desplegado. El trabajo del analista debe Tener en cuenta toda esta información para ofrecer una foto fija sobre los flujos migratorios y cómo atajarlos. Finalmente la decisión de dónde colocar los medios técnicos y recursos humanos para que sean más efectivos, recae en la responsabilidad del Jefe de proyecto u operación.

La elección de esos puntos de salida responde a la cantidad de medios desplegados por la Unión Europea en esa zona marítima de modo que las redes que traficaban con seres humanos conocían de las grandes probabilidades de que las embarcaciones cargadas de inmigrantes fueran detectadas, incrementando así sus posibilidades de llegar a costa. Ilustración 3. Comparativa de llegadas a Italia durante los años 2015 y 2016.

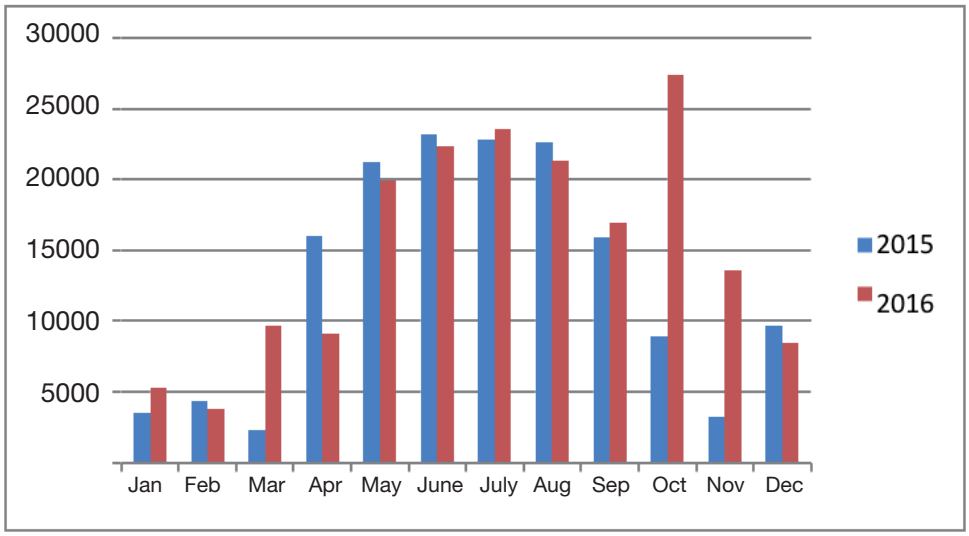

Ilustración 3. Comparativa de llegadas a Italia durante los años 2015 y 2016.
Fuente: Ministero dell Interno italiano

En el gráfico observamos que las cifras en cuanto a llegadas son muy parecidas a lo largo del año, rompiéndose esta tendencia en los últimos cuatro meses del año 2016. Este fenómeno se asocia al buen estado de la mar en el Mediterráneo central durante el último cuatrimestre.

En cuanto a los puntos de interceptación de las embarcaciones de inmigrantes irregulares, la mayoría se concentran también en torno a la costa de Libia debido a que en numerosísimas ocasiones se han tratado como eventos de salvamento y rescate. En concreto se materializaron 1.424 casos en los que el Centro de coordinación de rescates marítimos de la Guardia Costiera italiana declaró oficialmente eventos SAR.[306]

306 La Guardia Costiera italiana es la Autoridad competente dentro del Estado italiano para declarar y coordinar actuaciones SAR.

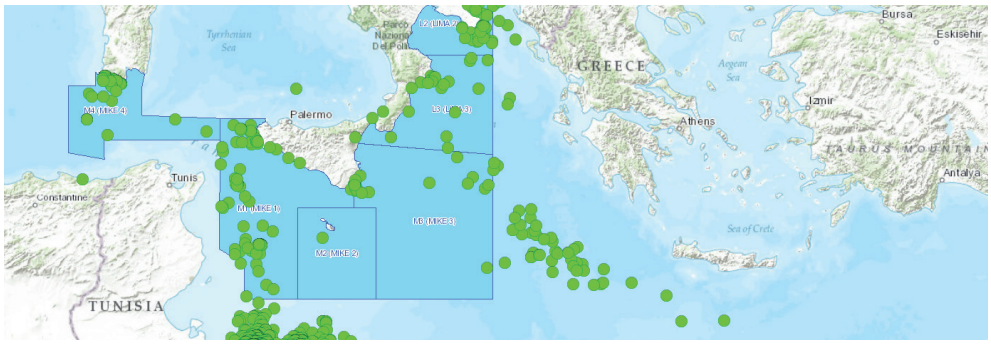

Ilustración 4. Principales puntos de interceptación de embarcaciones. Fuente: Frontex

La gran cantidad de eventos SAR gestionados en esta operación conjunta nos introduce en la realidad de que la mayoría de las operaciones conjuntas implementadas por la Agencia Frontex en el Mediterráneo central desde el año 2010 se han convertido forzosamente en grandes operaciones de rescate y salvamento en el mar, lo cual las ha alejado de su fin último que, recordemos, era la gestión o control de flujos fronterizos. Esto nos lleva a otra dimensión en la concepción y ejecución de una operación conjunta. Nos planteamos si el hecho de tener muchos medios dispuestos frente a una línea de costa de la que no paran de salir embarcaciones cargadas con seres humanos desesperados, provoca un efecto llamada aumentando así el número de personas que deseen salir sabiendo que, a pesar del riesgo de perder la vida, saben que pueden ser rescatadas del mar y llevadas a suelo europeo. Evidentemente ese no es el fin perseguido por las operaciones conjuntas de Frontex, sino todo lo contrario, pero los hechos se empeñan en demostrar año tras año esa realidad. Debería pues, la Agencia Frontex abordar la forma de controlar el fenómeno migratorio por mar de una manera diferente para que sus operaciones cumplan sus objetivos demostrando así su eficacia.

Como objetivo paralelo de todas las operaciones conjuntas de Frontex, hemos hablado que se encuentra la recolección de tanta información cómo sea posible para tratar de detectar a los responsables de las redes que trafican con seres humanos así como a las personas que facilitan o cometen el delito de tráfico de seres humanos. Las investigaciones llevadas a cabo por los equipos de entrevistadores permitieron detener a un total de 770 personas presuntamente responsables de un delito de tráfico de seres humanos. Otra modalidad en la que trabajan los equipos de entrevistadores es en la recolección de información sobre la redes de tráfico asentadas en territorio de la Unión Europea, que necesariamente cooperan con las mafias situadas en la orilla africana.[307]Por último hay que destacar que muchísima información recolectada en el proceso de entrevistas a los inmigrantes recién salvados o llegados a costa europea revela datos que permitiría atacar a las redes de tráfico de personas instaladas

307 Durante el año 2016, el equipo de entrevistadores de la Guardia Civil, que desarrolló su labor a bordo de buque "Rio Segura", desplegado en la operación TRITON 2016, fue pieza clave en la desarticulación de dos redes completas que se dedicaban al tráfico de seres humanos asentadas en territorio italiano, poniendo a disposición de la autoridades italianas toda la información recolectada durante su proceso de entrevistas a bordo.

en territorio extracomunitario. Desafortunadamente la mayoría de la veces no hay una autoridad en los terceros países a la que se puedan enviar estos valiosos datos para desarticular estas redes en su propio territorio. Esto permitiría realmente disminuir el número de salidas, provocando, eso sí, el efecto deseado en una operación conjunta, anular las salidas mediante la anticipación gracias a la información.

En un capítulo en el que se ha avanzado mucho, ha sido en la identificación de los inmigrantes. Hasta el año 2014 no se había establecido un procedimiento que permitiera identificar a un recién llegado y volcar esa información en una base de datos. Era una vieja aspiración de las autoridades europeas que tropezaban una y otra vez con las vigentes leyes de protección de datos. Hechos como los atentados terroristas de corte radical islamista en Francia y Alemania aceleraron enormemente los procesos internos para que la Unión Europea se dotara de un sistema de identificación. Era necesario saber quién entraba por la costa europea porque había muchas voces que pensaban que muchos de los atentados habían tenido inicio en la entrada irregular de sus perpetradores.

Evidentemente el engranaje de estos procedimientos de investigación y control fronterizo junto con la debida asistencia a los que justamente necesitaban de protección internacional produjo algunos desajustes. Era necesario integrar los procesos bajo una autoridad coordinadora y ese fue el principal impulso para el establecimiento de los anteriormente mencionados "hot spots".

En estas zonas es donde se llevan a cabo conjuntamente labores de investigación, identificación y ofrecimiento de ayuda y protección internacional a los recién llegados. Todo el procedimiento se hace bajo la responsabilidad compartida de agencia europeas tales como FRONTEX, EUROPOL, EASO y diversas ONGs, de tal modo que cada una se ocupa de que su área de responsabilidad sea implementada sobre el terreno.

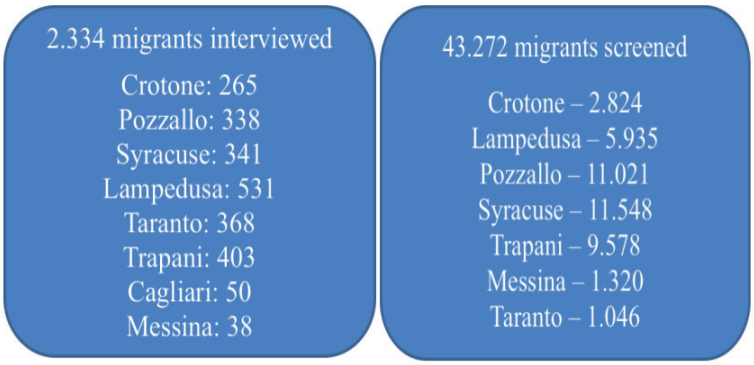

Ilustración 5. Inmigrantes entrevistados e identificados durante la JO TRITON 2016. Fuente: Frontex.

Si el proceso de entrevistas es muy importante de cara a la lucha contra las redes de tráfico de personas, otro aspecto no menos importante es el conocer la nacionalidad de los llegados. Solo de este modo se puede, en el marco de acuerdos bilaterales, proceder a la devolución de los mismos a sus países de origen. En efecto era un aspecto un poco dejado de lado hasta

que la Unión Europea decidió establecer un mecanismo para proceder a la devolución de los irregularmente llegados. Durante el año 2016 se le dió un verdadero impulso a la unidad de retornos de Frontex, dotándola de un presupuesto importante para establecer operaciones conjuntas de repatriación. Se cerraba así el círculo del conocido como Integrated Border Management.[308]

En cuanto a la consecución de objetivos, y según la Agencia Frontex, se ha conseguido reforzar la capacidad de las autoridades italianas para la lucha contra la inmigración irregular. Este hecho es indiscutible, solo la cooperación de todos los países de la UE conseguirá controlar el fenómeno. Un Estado solo no puede enfrentarse al fenómeno de la inmigración irregular; la seguridad de las fronteras europeas es cuestión principal en la que todos los Estados miembro deben implicarse. Así el envío de recursos humanos y medios materiales de otros países contribuye enormemente a crear una conciencia de que es un problema común, también ayuda a crear nuevos procedimientos de actuación y sobre todo a compartir experiencias operativas entre países que afrontan un fenómeno de forma distinta, en definitiva todos aprenden de todos.

Tras el análisis de los objetivos, según la agencia Frontex, la operación conjunta TRITÓN 2016 ha conseguido parcialmente incrementar la seguridad en la frontera europea porque ha contribuido a las labores de patrullaje del Estado miembro en este caso Italia. También se ha contribuido activamente por parte de los medios navales aportados por otro Estados miembro en la gestión de eventos de salvamento y rescate. Se ha producido un intercambio de información a niveles satisfactorios entre los participantes con un grado de integración alto si se tiene en cuenta el volumen de medios y recursos humanos que han participado bajo un mismo mando.

Lo que no ha conseguido la operación conjunta TRITÓN 2016 ha sido detener el flujo de inmigrantes desde el continente africano. Tampoco ha conseguido controlar el fenómeno de la inmigración irregular por mar hacia Europa porque las autoridades se han visto desbordadas ante la magnitud del fenómeno. Por otro lado no se ha conseguido identificar a todos los llegados, con lo que ahora hay circulando libremente por el continente europeo miles de personas. De los identificados correctamente una amplia mayoría no han podido ser repatriados, bien porque no existe convenio de repatriación con sus países de origen bien porque éstos no los han aceptado como nacionales suyos. Al no haber autoridades a las que facilitar la valiosa información recolectada sobre la redes que operan en países de origen de la inmigración irregular, ha sido imposible desmantelar la redes que dan inicio a la inmigración. Está claro que queda muchísimo por hacer en el campo de la protección de la fronteras europeas pero la reflexión que hay que hacer es que hace apenas diez años nadie se hubiera imaginado que nos encontraríamos en la situación actual, en la que los países de la UE colaboran de una manera notable para la defensa de su frontera exterior bajo un mismo mando y con unos procedimientos estandarizados a pesar de la significativas diferencias entre ellos.

---

308 IBM, concepto holístico acuñado por la COM europea que comprende el control integral de las fronteras. Se consigue estableciendo sinergias entre todos la fuerzas encargadas de la protección de la frontera así como de un proceso de planificación, inteligencia, desmantelamiento de redes, detención de traficantes, protección de la frontera, identificación y ayuda a los inmigrantes y repatriación cuando fuere posible.

BILBIOGRAFÍA

http://eur-lex.europa.eu

Documentos de la reunión de evaluación de la Operación conjunta TRITÓN 2016. www.frontex.europa.eu

Documentos de la reunión de planificación de la Operación conjunta TRITÓN 2016. www.frontex.europa.eu

Documentos de la reunión de evaluación de la Operación conjunta TRITÓN 2015. www.frontex.europa.eu

Documentos de la reunión de planificación de la Operación conjunta TRITÓN 2015. www.frontex.europa.eu

Frontex programs of work. 2015-2016-2017. www.frontex.europa.eu

Hot Spot Italy. Amnesty International. Index: EUR 30/5004/2016

Informe de evaluación de la operación conjunta TRITÓN 2015. Ref: 5826/2016

Informes Analíticos Bisemanales de la operación conjunta TRITON 2016, Unidad de análisis de riesgo de Frontex. Refs: 380/2016, 3033/2016, 4386/2016, 5118/2016, 5913/2016, 7050/2016, 7641/2016, 8714/2016, 9752/2016, 10432/2016, 10560/2016, 12078/2016, 12349/2016, 12385/2016, 13881/2016, 13883/2016, 14722/2016, 15615/2016, 15722/2016, 16226/2016, 17032/2016, 17138/2016, 19553/2016, 20326/2016, 21483/2016, 21485/2016, 23303/2016, 24458/2016, 24911/2016, 25710/2016 y 124461/2016.

Joint Communication to EU Parliament, The European council and the Council. migration on Central Mediterranean route. Managing flows, saving lives. Brussels, 25.01.201 JOIN(2017) 4 final.

Management Board Documents TRITÓN 2015-2016. www.frontex.europa.eu

Plan operativo de la operación conjunta TRITÓN 2016. Frontex. Ref: 1978/2016

Revisión anual de la Unidad de análisis de riesgo de Frontex. Ref: 351/2017

Actividades de los Patronos de la Fundación

III JORNADAS MÉDICO-LEGALES
PACIENTES VULNERABLES

El pasado viernes 22 de junio el Decano del Colegio de Abogados de Murcia **Don Francisco Martinez-Escribano** Gómez, inauguró, junto con el Director General de la Arrixaca **Don Ángel Baeza Alcaraz** y el Director del CEBES, **Don Jose Ramón Salcedo Hernández** en el "Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca" las *III Jornadas Médico-Legales* en las que la temática que se planteaba era la de **los pacientes vulnerables.**

Las jornadas comenzaron con una conferencia dada por el Doctor **Don Rafael Pacheco Guevara**, Jefe de la Unidad de Medicina Legal y Ética Médica del Hospital General Universitario Reina Sofía, acerca del **"Contexto Ético y Médico-Legal de la Vulnerabilidad",** en la que nos ofreció pautas y pensamientos como la confidencialidad, intimidad, *autonomía*, *no maleficencia* y equidad de este tipo de pacientes.

El paciente ante todo es una persona y hay que escucharle, oírle. Es necesario en estos tiempos el reconocimiento y la potenciación social, económica y legal de la figura del *cuidador.*

Hemos de tender hacia la desmitificación de la muerte*,* todos vamos a morir, los hospitales están destinados a dar un tratamiento hasta donde la medicina pueda alcanzar y un trato cercano y humano pero nada mejor como morir cerca de los tuyos. Más trato que tratamiento, y una Medicina prudente y amable.

Y siempre alerta ante el maltrato a los más débiles, niños, ancianos y mujeres.

Tras la conferencia y en formato de mesa redonda moderado por nuestra compañera **Doña Belén Martínez Andreu** se debatió acerca de la temática de las jornadas y las principales conclusiones giraron en torno a los siguientes aspectos:

La importancia de la celeridad en la detección de las enfermedades raras y los esfuerzos por una mayor coordinación en las diferentes pruebas diagnósticas dada la complejidad que para el paciente y sus familiares implican este tipo de patologías, generalmente es la madre la que ve afectada su vida laboral. Igualmente, desde los diferentes centros de urgencia de la Región hay especial prioridad para este tipo de enfermos y se activan los protocolos de actuación para este tipo de enfermedades **(Dra. Encarna Guillén Navarro, Jefa de la Sección de Genética Médica).**

La potencia del respeto y la autonomía del paciente en la planta de psiquiatría del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, en régimen abierto, siempre con la presencia y en compañía de un familiar y con su medicación pautada, constituye un programa pionero con un índice de resultados positivos elevado en relación con ingresos no superiores a diez días.**(Dra. Isabel Lozano Olmos, facultativa especialista en psiquiatría).**

Respecto de la intervención por parte del Ministerio Fiscal en relación con la protección de personas - pacientes vulnerables, es muy amplia ya que tiene que velar por la necesidad de iniciar o no en su caso el proceso de discapacidad respecto a los mayores que ingresan voluntariamente en una residencia o centro sanitario y por el paso del tiempo puede devenir en involuntario.

Asimismo respecto de los menores de edad tendrá que informar siempre cuando exista conflicto de intereses con sus progenitores o tutores en todo lo concerniente a los tratamientos médicos. Por último, se hizo referencia a la protección del colectivo integrado por personas prostitutas, persas y toxicómanas, reivindicándose sus derechos respecto a los internos en centros penitenciarios por los Jueces y Fiscales de Vigilancia Penitenciaria. (**Don Fernando Florit, Fiscal Decano de Familia de Murcia).**

La aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 ha supuesto un avance en la protección de los derechos y libertades de las personas con discapacidad, al reconocérseles plena capacidad jurídica y autonomía personal, pero con los apoyos necesarios para evitar que se cometan abusos. Se destacó que dentro de estos apoyos del legislador está proyectando eliminar la tutela en cuanto la misma supone una sustitución en la capacidad de la persona con discapacidad; potenciar la figura de la curatela con una dimensión representativa, si fuera necesario; y por último incorporar a las medias de apoyo la guarda de hecho, escasamente regulada por el legislador pese a la importancia que en la práctica se le reconoce. Todo ello en un marco de un fuerte fuere estímulo a la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad a través de diferentes instrumentos entre los que se incidió en los poderes preventivos.(**Doña Ascensión Leciñena Ibarra, Profesora Titular de Derecho Civil de la UMU)**

La voz y perspectiva del paciente, aun siendo éste el objeto esencial tanto en el ámbito sanitario como jurídico, ha sido tenida en cuenta de manera relativa a lo largo de los años. A fin de dar mayor cobertura a sus necesidades los distintos servicios de salud a lo largo de toda España están preparando e implantando proyectos dirigidos a adaptar fundamentalmente la comunicación de los pacientes con necesidades especiales con el personal sanitario. Asimismo se pretende que dentro de las posibilidades sea siempre el paciente el que se comunique y transmita tanto sus síntomas como sus necesidades y sólo en aquellos casos en que esto no sea posible que sea el acompañante el que se comunique con el personal. Dentro de dichos proyectos destaca el del hospital de Fuenlabrada con el programa Teayudamos http://www.teayudamos.eu, dirigido a pacientes con Trastorno del espectro autista, así como el protocolo de la Generalitat Valenciana que pretende recoger todas las necesidades de comunicación segregadas por el tipo de discapacidad que está en fase de preparación. En conclusión se pretende dar mayor visibilidad y voz a los pacientes vulnerables. **(Doña. Rosa Mª López Fernandez, Abogada de Icamur).**

JORNADAS FORMATIVAS, Y DE DEBATE SOBRE CUESTIONES DE ACTUALIDAD JURÍDICA TRATADAS EN EL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MURCIA DURANTE LOS ÚLTIMOS 10 MESES.

DEBATE CONSTITUCIONAL. APORTACIONES DESDE EL COLEGIO DE ABOGADOS DE MURCIA. OCTUBRE 2017.

La ponencia del profesor Luís Gálvez Muñoz, profesor de Derecho Constitucional de la UMU y titular acreditado como catedrático, titulada "La hora de la reforma constitucional", comenzó por asentar los conceptos básicos en la materia, a modo de bases conceptuales en las que apoyar el análisis, como la idea de la Constitución como pacto, el valor de la estabilidad constitucional y el sentido de la reforma constitucional. Tras ello, y tras afirmar y justificar la necesidad y conveniencia de modificar la actual Constitución española, desarrolló dos líneas de análisis: de un lado, poner de relieve los peligros a los que deberá hacer frente una hipotética reforma constitucional; y, de otro, establecer un detallado plan de actuación para proceder a dicha reforma.

En relación con este último punto, el ponente expuso sus ideas en tres ámbitos: el *procedimiento de la reforma*, inclinándose por el protagonismo de las fuerzas políticas en sede parlamentaria y por obviar el requisito del consenso pleno, hoy imposible; *el tiempo de la reforma*, en donde señaló que la misma debía abordarse cuanto antes, siempre que se alcanzase el mínimo sosiego en el tema catalán, aunque fue bastante escéptico al respecto; y *el contenido de la reforma*, cuestión en la que ofreció algunas orientaciones generales y, en especial, en materia territorial, en un contenido ejercicio de equilibrio entre moderación y ambición.

El profesor Federico de Montalvo Jääskeläinen, profesor propio agregado de Derecho Constitucional, UP Comillas (ICADE), presentó su ponencia titulada "Sobre la reforma constitucional y su oportunidad/necesidad".

Nos habló que la reforma constitucional no supone partir del presupuesto de que ello se aborda para, con metáfora sencilla, tratar una patología. Nuestra Constitución no está enfer-

ma, sino que goza de una robusta salud, como lo demuestra el avance social y económico que puede apreciarse en una sociedad no precisamente sencilla como es la española. Ésta, con sus contradicciones y problemas, vive un desarrollo que era difícil imaginar cuando se inició el camino de la Transición.

Muchos de los Estados de nuestro entorno, democracias muy consolidadas, han llevado a cabo, recientemente, reformas sustanciales de sus textos constitucionales (Alemania en 2006 y 2009, Francia en 2008 o, incluso, la vieja democracia del Reino Unido, sin Constitución escrita). Reformar no es tratar una patología, es adaptar la Constitución a los nuevos tiempos o revitalizar el pacto constitucional, involucrando a las nuevas generaciones que no tuvieron la suerte de vivir aquel momento casi taumatúrgico.

La Constitución es un texto vivo (*árbol vivo* en palabras del Tribunal Constitucional) que se va adaptando a la realidad cambiante a través de la labor del Parlamento y de los Tribunales de Justicia, singularmente, el Tribunal Constitucional. Sin embargo, en ocasiones, el contenido extramuros de la Constitución que se genera es de tal envergadura que conviene incorporarlo explícitamente al propio texto con su reforma. Transcurrido cierto tiempo es bueno que las respuestas legales y doctrinales que han merecido las nuevas realidades y que no pudieron ser previstas por los constituyentes se recojan ya en la Constitución.

Así pues, la reforma constitucional es un hecho normal e, incluso, necesario. Pero, aun siendo la reflexión favorable a reformar sin miedo, el momento no parece, precisamente, el oportuno. Vivimos etapas algo desoladoras en las que la demagogia, el populismo y la post verdad se nos muestran como verdaderos riesgos que comprometen nuestra pacífica convivencia. Se aprecia cierta separación entre la sociedad y el Estado. Es un tiempo en el que el interés por la política aumenta pero no la confianza en ella, lo que tiene un componente explosivo. El propio éxito del modelo genera desafección porque la democracia no enamora, no encandila, sobre todo cuando se hace bien, siendo necesario recuperar el equilibrio entre las expectativas y las posibilidades reales (Innerarity). La patología no está en la Constitución, sino en la falta de liderazgo moral y en determinadas conductas poco ejemplares que han devaluado la confianza en el modelo, o, incluso, en algunas erróneas interpretaciones del propio texto constitucional que han debilitado los mecanismos de defensa de la propia Constitución (véase la llamada doctrina de la *democracia no militante*).

En este contexto es bueno recordar que las sociedades modernas precisamente se dotan del pacto social que supone la Constitución en prevención de tiempos difíciles. Jon Elster, recurriendo a la mitología griega (Ulises y las sirenas) señala que la Constitución está para prevenir a la pacífica convivencia de la sociedad de las etapas convulsas ¿No habíamos creado precisamente el modelo de democracia constitucional de valores que surge tras la experiencia de la Segunda Guerra Mundial para proteger a los ciudadanos y al propio modelo frente a la demagogia que, antes o después, acaba por aparecer? Entonces ¿qué justifica ahora su reforma?

Pero la propuesta de reforma se hace aún más difícil de afrontar con un mínimo de serenidad y posibilidad de mejora cuando se nos presenta como la solución jurídico-política al conflicto catalán. Ello sitúa al propio proceso de reforma ante el reto de alcanzar la paz social en Cataluña, cuando ello exige un esfuerzo educativo e informador que poco tiene que

ver con la propia Constitución. Como nos recordaba un extraordinario voto particular en una Sentencia del Tribunal Constitucional de 2007, profesar una fe inocente en el Derecho constitucional, considerándolo como realidad salvadora que, por sí misma, asegura la libertad o el pluralismo es un camino que ya recorrimos en la primera mitad del siglo XX y que bien sabemos cómo se truncó, tanto en Europa como en España. La reforma no puede convertirse en la moneda de cambio para lograr el encaje de un presunto hecho diferencial que pone en jaque precisamente el mayor logro de la Constitución como es el Estado social y el principio de igualdad.

En conclusión, no parece que sea tiempo de reformar la Constitución, sino que la estrategia pasaría por multiplicar y potenciar los instrumentos de control, contrapesos y sanciones y de fortalecer nuevamente el Estado social, reinstaurando el pacto entre libertad e igualdad, gran logro que ha garantizado la paz y la prosperidad.

JORNADA SOBRE NULIDAD DE LA CLAÚSULA DE GASTOS DE FORMALIZACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y SUS EFECTOS. MARZO 2018.

Impartida por un catedrático de Universidad de Derecho Civil, y dos abogados, estos últimos desde perspectivas distintas, intereses de la Banca, y de los Consumidores y Usuarios.

Don Manuel Jesús Marín López, catedrático de Derecho Civil de Castilla La Mancha impartió una ponencia en el que examinó la cláusula que impone al prestatario todos los gastos de formalización del préstamo hipotecario (cláusula de gastos). Analizó la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2018, y las dos recientes sentencias del Tribunal Supremo de Pleno de 28 de febrero de 2018 (recursos de casación 1211/2017 y 1518/2017) y al respecto de las siguientes cuestiones:

1. La cláusula de gastos en las condiciones generales del contrato de préstamo hipotecario.
2. El control de incorporación/inclusión de la cláusula.
3. El control de contenido de la cláusula.
4. ¿Es abusivo imponer al prestatario el pago de los aranceles notariales?
5. ¿Es abusivo imponer al prestatario el pago de los aranceles registrales?
6. ¿Es abusivo imponer al prestatario el pago de los tributos que gravan el préstamo hipotecario?
7. ¿Es abusivo imponer al prestatario los gastos de gestoría?
8. Efectos de la nulidad de la cláusula y cantidades que puede reclamar el consumidor (¿restitución total o restitución parcial?).
9. La prescripción de la acción.
10. ¿Se aplica el control de transparencia sobre la cláusula de gastos?

Por su parte Don Carlos Arnau Martínez, Letrado de ICAMUR que asumía la defensa de los consumidores, destacó los aspectos prácticos de los procedimientos contra las entidades

bancarias en reclamación de la cláusula de gastos, haciendo referencia a la preparación de la demanda, causas de oposición, proposición de prueba y fundamentos de la restitución de cantidades.

Por su parte Don Antonio García Montes, Letrado de ICAMUR que representaba a las entidades bancarias, realizó una reflexión sobre la importancia de las entidades en el mercado financiero hipotecario, así como en la incidencia que les causa la interposición de demandas reclamando los gastos de hipoteca. Hizo una reflexión sobre la necesidad entre todos de hacer un esfuerzo para dimensionar en términos justos y reales cuándo se está ante prácticas abusivas y cuándo no. La existencia de sentencias contradictorias, aún tras las más exigentes al Tribunal supremo, explican que la cuestión no es tan fácil de deslindar cuando se analizan caso por caso, buen ejemplo de ello es que frente a las tesis sobre las cláusulas de gasto defendida brillantemente por el profesor Marín López, existen opiniones contrarias de otros profesionales, como por ejemplo la profesora Moreno-Torres referida a los gastos notariales y registrales.

Esta exigencia de mencionar el efecto del concepto de "abusividad" evitando generalizaciones gratuitas permitirá salir de la situación de "contratación en la concesión del crédito" que la situación judicial ha favorecido ante la falta de unicidad de criterio en la aplicación de dicho concepto.

CURSO SOBRE DERECHO DE AGUAS. ABRIL 2018.

Las distintas Jornadas del curso han supuesto el abordaje por distintos profesionales, y desde distintos prismas de la regulación y realidad jurídica del Derecho de Aguas, bien tan preciado como discutida la legitimación de su uso, su precio, concesión, trasvase, y uso con aspectos administrativos y penales.

Don Javier Pérez Pérez, abogado, en cuanto a la regularización y consolidación de regadíos, destacó la inseguridad jurídica que existe actualmente al respecto en la cuenca del río Segura, considerando que el cliente lo que más requiere son certezas en su procedimiento.

Por parte de Don Santiago Martínez Gabaldón, representante de FECOAM resaltó la necesidad de mirar al futuro y afrontar el problema del agua debiéndose proponer soluciones alternativas a la eliminación de regadíos, motor de la economía regional.

Don Eduardo Salazar Ortuño, abogado, incidió en las dificultades que existen para condenar por la comisión de delitos relacionados con el medio ambiente habida cuenta la dificultad de prueba de tales ilícitos, lo que convierte a estos delitos en una amenaza.

Por parte de Miguel Eduardo de Mata Hervás, Fiscal de Medio Ambiente, se destacó la mayor utilidad en muchas ocasiones de la normativa administrativa para solucionar el problema del robo de agua ya que castiga de forma más severa tal ilícito que el Derecho Penal y la necesidad de huir de etiquetas que cataloguen genéricamente como "buenos" o "malos" a los diferentes actores involucrados en el mundo del agua.

INSTITUTO DE MEDIACIÓN DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE MURCIA.

ÚLTIMAS NOVEDADES.

Mediación es aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador. Sus ventajas: evitar la judicialización de las relaciones personales, mayor rapidez en la resolución de las controversias, descongestión de los juzgado, un menor coste emocional al existir solo ganadores y económico. La justicia gratuita y la asignación de mediador gratuito no llegan por parte del Ministerio de Justica. IMICAMUR crea y pone en funcionamiento el SOM (servicio de orientación a la mediación) en septiembre de 2017.

Objetivos:

a) Poner al alcance de quienes no tienen medios suficientes un mediador gratuito con la posibilidad de llegar acuerdos con asesoramiento de su abogado de oficio.

b) Difusión de la Mediación extrajudicial como alternativa al juicio entre los justiciables y los propios abogados.

c) Ofrecer una alternativa a la UMIM.

d) Conseguir que el Ministerio de Justicia reconozca la necesidad de financiar este servicio.

Medios:

Adscripción voluntaria de mediadores del IMICAMUR para hacer mediaciones gratuitas a quienes tienen reconocido tal beneficio. Video y folletos explicativos de la Mediación en el SOJ, creación de un sistema informático para registro de mediadores, tramitación y seguimiento de las mediaciones y estadística de las mismas.

La respuesta en estos últimos ocho meses ha sido muy positiva ya que se han recibido cincuenta solicitudes para iniciar mediaciones, se ha realizado por el grupo de mediadores del SOM un protocolo de actuación. Los mediadores sin experiencia han realizado comediaciones con los que sí la tienen y se ha informatizado los datos de IMICAMUR tanto para las mediaciones privadas como para las provenientes del SOM.

IMICAMUR ha participado en distintas iniciativas en pro de la mediación: Los Molinos del Ríos con una intervención teatralizada y una ponencia con los representes políticos; actuaciones en el comité ejecutivo del PNPM y dentro de él como miembro de la comisión de relaciones con la Asamblea Regional y del comité para la creación de la bolsa de mediadores y en la Subcomisión para la mediación del Consejo de la Abogacía.

ACTIVIDADES ORGANIZADAS POR LA ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA EN EL CURSO ACADÉMICO 2017-2018 (ORDEN CRONOLÓGICO)

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA (5ª EDICIÓN)

Programado e impartido conjuntamente con el Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. Curso 2017-2018 90 ECTS

III Curso para la Preparación de La Prueba de Evaluación de Aptitud Profesional para el ejercicio de la Profesión de Abogado. 16 de enero al 9 de febrero 2017

II MÁSTER Asesoría Fiscal (*ON LINE*) 60 ECTS, 2017

XXI Curso de Derecho de La Circulación. 3 ECTS, del 1 al 29 de junio 2017

Jornadas sobre cuestiones actuales de la Prestación Farmacéutica y los Medicamentos 22 de febrero 2017

II Curso de Contabilidad para Juristas. 16 al 31 de marzo 2017

Ciclo de Seminarios sobre temas de actualidad e interés jurídico-social.

- **Conferencia** impartida por D. Francisco Valdés-Albistur Hellín "El Comité de Justicia Deportiva de la Región de Murcia" 13 de marzo de 2017
- **Conferencia** Impartida por D. Tomás Fuertes (Presidente del Grupo Fuertes), sobre "El Abogado en la Empresa", 9 de marzo 2018.
- **Conferencia** impartida por el Dr. Julián Valero Torrijos. La Nueva Regulación Europea Sobre Protección de Datos Personales. 22 de mayo 2018.
- **Conferencia** impartida por la Dra. Mª Dolores Ortiz Vidal. La validez de la celebración de matrimonios internacionales en España, 28 de mayo 2018

Jornadas sobre Urbanismo en el ámbito de la Región de Murcia en Homenaje a Felipe Ortega. 21 de junio 2017

Jornadas sobre Responsabilidad Civil del Médico. Octubre 2017

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA (6ª Edición)

Programado e impartido conjuntamente con el Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, Curso 2017-2018, 90 ECTS

IV Curso para la Preparación de La Prueba de Evaluación de Aptitud Profesional para el ejercicio de la Profesión de Abogado, enero-febrero 2018

III MÁSTER Asesoría Fiscal (*ON LINE*) 60 ECTS, 2018

Jornadas de Estudio de la Ley de Contratación del Sector Público I Edición**,** de 16 al 24 de enero de 2018

Jornadas de Estudio de la Ley de Contratación del Sector Público, II Edición, del 13 al 21 de marzo de 2018

Curso sobre Sociedades de Capital. Cuestiones prácticas. 3 ECTS 15 enero- 2 febrero 2018

Curso de Contabilidad básica 3 ECTS 5- 23 febrero 2018

Curso sobre Derecho de la Competencia 3 ECTS 26 febrero-16 de marzo 2018

Curso sobre Fiscalidad Empresarial 3 ECTS 9-27 abril 2018

Curso de Asesoría laboral para empresas 3 ECTS 7-25 mayo 2018

Curso de Emprendimiento y trabajo autónomo 3 ECTS 28 mayo-15 junio 2018

Curso sobre contratación con consumidores 3 ECTS 10-28 septiembre 2018

Curso de Protección de Datos 3 ECTS 1-19 de octubre 2018

Curso sobre Administración Pública y actividad empresarial 3 ECTS 22 octubre- 16 de noviembre 2018

Curso de Derecho penal económico (*Compliance*) 3 ECTS 19 noviembre- 14 diciembre 2018