

JADO

Boletín de la Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria

AÑO XV. NÚMERO 28
XV. URTEA. 28. ZENBAKIA

ENERO-DICIEMBRE / URTARRILA-ABENDUA
2017-2018



ACADEMIA VASCA DE DERECHO
ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIA

JADO es el boletín de la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia. Se edita con carácter semestral, y recoge los trabajos y actividades de la Academia. La correspondencia con JADO debe dirigirse a la Secretaría de la misma.

Alameda Recalde, 8, 1º, dcha.
48009 – Bilbao
secretaria@avd-zea.com

JADO da Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria. Sei hilik behin argitaratzen da, eta bertara biltzen dira akademiaren lanak eta jarduerak. JADO aldizkariarekin posta trukez aritzeko, akademiaren idazkaritzara jo behar da.

Recalde zumarkalea, 8. zk., 1, eskuina
48009 – Bilbo
secretaria@avd-zea.com

El contenido del boletín se halla publicado en formato informático en www.avd-zea.com.

Aldizkariaren edukia euskarri informatikoan argitaratuta dago, www.avd-zea.com webgunean.

ENVÍO DE ORIGINALES, SUSCRIPCIONES, PEDIDOS E INTERCAMBIOS:
JATORRIZKOAK, HARPIDETZAK, ESKAERAK ETA TRUKATZEAK BIDALTZEKO:

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia
Recalde zumarkalea, 8. zk., 1, eskuina – 48009 Bilbo
Tlf.: 94 425 57 15 secretaria@avd-zea.com

Diseño / Diseinua
www.ikeder.es

ESTA REVISTA SE INCLUYE SISTEMÁTICAMENTE EN LAS BASES DE DATOS DIALNET Y LATINDEX
ALDIZKARI HAU “DIALNET” ETA “LATINDEX” IZENEN DATU-BASEETAN BARRURATUTA DAGO.
INCLUIDA EN LA RED DE BIBLIOTECAS UNIVERSITARIAS (REBIUN) / RED DE BIBLIOTECAS
UNIVERSITARIAS SAREAN BARRURATUTA (REBIUN).

SUMARIO / AURKIBIDEA / TABLE OF CONTENTS

LECCIONES MAGISTRALES / HITZALDI HAUTATUAK /
MASTER LESSONS

- [9-64] ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo de: *Sobre la capacidad natural de juzgar.*
- [65-103] DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: *Vecindad civil y Derecho interregional privado: una reforma necesaria.*

ESTUDIOS / AZTERLANAK / FIELD STUDIES

- [107-137] ARICETA LÓPEZ, Idoia: *Perspectiva global del trabajo infantil: regulación y cumplimiento internacional de la normativa y futuros desafíos.*
- [139-175] BELINTXON MARTIN, Unai: *Adopzio irregularra, haur lapurtuak eta nazio arteko Zuzenbidea.*
- [177-233] CALDERÓN MARENCO, Eduardo: *Los incoterms como instrumento de derecho suave (soft law).*
- [235-288] CASTELLANOS CÁMARA, Sandra: *Reflexiones sobre el régimen transitorio de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.*
- [289-321] GÓMEZ OLEAGOITIA, Maite: *Lagundutako giza ugalketa tekniken ondorioak euskal Zuzenbide zibilean.*
- [323-360] LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago: *Koroaren arauketa juridikoa Espainiako 1978ko Konstituzioan.*
- [361-400] LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune: *Gizakien salerosketa: antzinako fenomeno bizi-rik XXI. mendean.*
- [401-454] MANRIQUE SAMPEDRO, Jonatan: *Troncalidad, Indignidad Sucesoria y Orden Público Interregional.*

- [455-504] PARAMIO JUNQUERA, Nieves: *Derecho colaborativo: de la teoría a la práctica.*
- [505-569] SANCHO MARTÍNEZ, Laura: *El nuevo Derecho Paisajístico en el País Vasco: Hacia una ordenación equilibrada y sostenible de nuestro territorio.*
- [571-593] VILLANUEVA TURNES, Alejandro: *La moción de censura en el ordenamiento constitucional español.*

NOTAS / OHARRAK / EXPLANATORY NOTES

- [597-607] ETXEBARRIA ETXEITA, Ignacio Javier: *La nueva ley de contratos del sector público.*
- [609-663] FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús: *Deudas y herencia: una visión desde la Ley de Derecho Civil Vasco.*
- [665-678] GRANADOS DE ASENSIO, Diego M^a: *Preterición de hijos sobrevenidos (art. 48.4 Ley de Derecho Civil Vasco y Derecho transitorio). Comentario crítico a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de junio de 2017 (BOE de 5 de julio).*
- [679-702] SAGASTI AURREKOETXEA, Josu J.: *Txekearen araubide juridikoa.*

BIBLIOGRAFÍA / BIBLIOGRAFIA / BIBLIOGRAPHY

- [705-710] ARRIETA IDIAKEZ, Francisco Javier: *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral.*
- [711-722] Novedades Bibliográficas de la Academia/ Akademiaren argitalpen berriak

NOTICIAS DE LA ACADEMIA / AKADEMIAREN ALBISTEAK

- [725-732] ARRIETA IDIAKEZ, Francisco Javier: Crónica de la Jornada celebrada sobre «Contribución de las empresas y las Administraciones Públicas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral para conseguir la igualdad efectiva entre mujeres y hombres con fundamento en la corresponsabilidad»/«Enpresek eta Administrazio Publikoek nola lagun dezaketen norbe-

raren, familiako eta laneko bizitza uztartzen, emakumeen eta gizonen arteko berdintasuna eragingarria izan dadin, ardurakidetasuna oinarri» jardunaldia egin da.

[733-757] Selección de noticias de forulege.blog delakoaren berri hautatuak

[761-772] NORMAS DE PUBLICACIÓN / ARGITALPENERAKO ARAUAK
/ PUBLICATION STANDARDS

[773-785] PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO /
ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIAREN ARGITALPENAK /
PUBLICATIONS LIST OF THE BASQUE ACADEMY OF LAW

LECCIONES MAGISTRALES
HITZALDI HAUTATUAK
MASTER LESSONS

Sobre la capacidad natural de juzgar*

RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ

Socio de Honor de la AVD-ZEA

Catedrático Emérito de Derecho Civil

Universidad de Deusto

SUMARIO. 0. JUSTIFICACIÓN. I. PREMISA. II. CONTENIDO Y OBJETIVOS. III. EL DESCRÉDITO DEL *JUZGAR*. IV. PALABRAS QUE UTILIZAMOS. V. VOCABLOS Y LOCUCIONES QUE NOS OFRECE EL EUSKERA. VI. ALGUNOS CASOS PARA PENSAR. VII. INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CAPACIDAD NATURAL DE JUZGAR. VIII. ELEMENTOS *DEL JUICIO*. IX. LOS OBSTÁCULOS DEL *JUICIO*. X. ELOGIO DEL *JUICIO*.

0. JUSTIFICACIÓN

1. Situado en el gratísimo pero muy comprometido trance de elegir un tema o materia para esta disertación, con la que se formaliza mi designación como socio de honor de *Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia*, debo reconocer que he estado bastante tiempo sumido en un mar de dudas. Pensé desde el principio que no parecía procedente una exposición de las que podríamos llamar *dogmáticas* o *conceptuales*, es decir, de las “muy técnicas”, aunque tengo que confesar que es un *género* que me es más *cómodo* y que entraña menos riesgos.

* Texto de la disertación del profesor D. Ricardo de Ángel Yágüez con motivo de su designación como socio de honor de la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia (19-4-2018).

Resultaba necesario optar por otro género que, sin perjuicio de su debida dignidad, no se caracterizase por una cierta *especialización*. Se imponía la necesidad de satisfacer, quiere decir *intentar hacerlo*, a un auditorio plural, en el que no iban a faltar oyentes ajenos al mundo del Derecho. Disipada esa primera incertidumbre, me pareció que lo oportuno era que el tema elegido, inevitablemente inserto en el *mundo de lo jurídico*, se prestase a ser oído por un público culto pero no integrante de la *clase* de los juristas. Es decir, llegué a la conclusión de que mi intervención había de versar sobre una cuestión del género del *pensamiento*. Dicho de otro modo, una materia que, no teniendo la aridez de *lo jurídico*, permitiese suscitar alguna reflexión sobre un extremo en el que participamos, o debemos participar, el común de los mortales; o sea, también aquellos a quienes llamaríamos “profanos”.

De ahí el título de esta disertación, que me parece que es suficientemente expresivo.

Buscando precisamente ese título, me vino a la memoria un libro, pequeño en extensión, pero de gran calado, escrito por Ortega y Gasset. Nuestro filósofo tuvo la buena idea, a mi entender, de titular ese libro en latín. Parecía particularmente acertado aunque a primera vista se entendiera que era demasiado *científico*. Me refiero al opúsculo *De Europa meditatio quaedam*, expresión con la que el autor dio nombre modesto (“una cierta meditación”) a unos pensamientos, muy lúcidos, sobre la Europa que entonces estaba por “construir”.

Parafraseando a Ortega, aunque salvadas las infinitas distancias, mi intervención de hoy podría considerarse *una cierta meditación* sobre la capacidad natural de juzgar; esto es, aquella de la que, en principio, estamos dotados todos los humanos.

He tenido buen cuidado de que la primera palabra del título sea “*sobre*”, precisamente porque la capacidad natural de juzgar tiene tantos perfiles (filosóficos, sociológicos, culturales e incluso lingüísticos) que el simple intento de hacer una exposición, por así decirlo, *general*, estaría

irremisiblemente condenado al mayor de los fracasos. Por decirlo de otro modo, con la palabra en cuestión (“*sobre*”) pongo de manifiesto lo que, por otra parte, es obvio. Esto es, que sólo pretendo abordar los aspectos más *generales* del tema, de suerte que mis palabras sean, también, una especie de invitación a pensar sobre extremos que propongo.

I. PREMISA

2. Toda persona, aunque hay que reconocer que más unas que otras, desempeñamos con frecuencia la acción de *juzgar*. Lo hacemos, a veces de forma poco consciente, cuando tomamos partido por una determinada posición en los conflictos que llegan a nuestro conocimiento. En ocasiones, son conflictos de gran alcance porque su resultado afecta a muchos; por ejemplo, los de carácter político. En otros casos, la disputa tiene un alcance más limitado; pongamos por ejemplo la discusión en la que algunos de nuestros parientes están enfrentados a causa de la división de una herencia, o por la ruptura de la convivencia pacífica de un matrimonio.

Cuando optamos por las actitudes y decisiones de una de las partes de una contienda, estamos *juzgando*. Es decir, desde un punto de vista conceptual o filosófico estamos desplegando la misma función que un juez. Sólo nos falta lo que el juez sí tiene, es decir, la autoridad para hacer efectiva la *solución* que nos convence. La palabra es *ejecutar*. Nuestras leyes vienen diciendo desde antaño que la función de jueces y tribunales es *juzgar y ejecutar lo juzgado*. También proclaman que esa tarea no es posible, o si se prefiere no es legítima, cuando no está presidida por las imprescindibles y ansiadas independencia e imparcialidad.

Por ello, la similitud con la actividad intelectual del juez es total. Contemplamos los hechos y nos inclinamos por una de las posturas enfrentadas. Ahí está el *juicio*.

De eso derivan expresiones que creo que todos hemos emitido alguna vez: “*Eso no es justo*”, “*no hay derecho*”, “*qué injusticia*”. O, simplemente, “*Tomás tiene toda la razón*”.

II. CONTENIDO Y OBJETIVOS

3. Esta modesta intervención de hoy tiene por objeto formular algunos pensamientos sobre la forma en la que suele expresarse esa capacidad humana de *juzgar* y el impacto que, a veces, causa en el criterio del jurista; bien sea el que analiza teóricamente un problema, bien el que se enfrenta a la *solución* que un juez diga. En este segundo caso hablo del abogado que defiende una causa, del que emite un dictamen para aconsejar, del funcionario que expresa el criterio de la Administración pública, del notario o del registrador. Y también, desde luego, hablo del propio juez que deba resolver.

También pretendo poner de relieve algunas circunstancias que hacen difícil, acaso más de lo que creemos, la acción humana de *juzgar*.

Desde luego, *lo que no voy a hacer* es entrar en disquisiciones sobre la justicia en abstracto; es decir, el significado teórico de ese concepto, que para algunos es un *valor social* y para otros una verdadera *virtud* (una de las cuatro llamadas cardinales). Quizá la palabra *justicia* sea la que más ha dado que hablar en la historia de la humanidad, acaso solo superada por algún concepto teológico; sobre todo, *dios*.

III. EL DESCRÉDITO DEL *JUZGAR*

4. No se me oculta que la acción humana de *juzgar* está muy desacreditada en la sociedad actual. El filósofo Aurelio Arteta, en su admirable libro *Tantos tontos tópicos*, razona sobre el de “*No debemos juzgar a nadie*”, que hoy oímos con frecuencia.

A mi juicio con razón, Arteta opina que no pensar conduce a no juzgar. Añade que tras la aparente voluntad de no juzgar suele ocultarse un temor al pensamiento. Por eso, dice más adelante el autor, se entiende que haya ciudadanos reacios a manifestar en público su parecer a propósito de una situación objetiva que al final podría perjudicar a algún sujeto amable... o temible. “A mí no me comprometan”, se escudarán. También dirán que “todos somos por el estilo” y que, por tanto, debemos evitar los reproches a este o a aquel.

5. Les ruego que me permitan un excursus con una cita evangélica a la que acudo en mi condición de profano en Teología. En un pasaje del Evangelio de Mateo (7, 1-2) se encuentra un texto que siempre me ha inspirado alguna incertidumbre. Se ponen en boca de Cristo las siguientes palabras: “No juzguéis y no seréis juzgados, porque con el juicio con que juzgareis seréis juzgados y con la medida con que midiereis se os medirá”. Expresiones muy parecidas se encuentran en Lucas, 6, 37-42.

a) Esos términos producen, a mi entender, alguna intriga, dichos por quien tan contundentes y severos *juicios* formuló. Especialmente sobre la conducta de los escribas y fariseos.

Dos eminentes anotadores de los Evangelios (Nácar y Colunga) entienden que se trata de una exageración, una hipérbole que busca transmitir una enseñanza básica: no corregir al hermano cuando uno tiene defectos mayores. Creo no equivocarme cuando digo que ese pasaje forma parte del llamado *sermón de la montaña*, que en Mateo se encuentra en 5, 1-48, 6, 1-34, 7, 1-28. En 8, 1, se lee: “*Al bajar del monte...*”.

Los mencionados anotadores del Evangelio dicen que las palabras del *sermón* constituyen un “discurso programático”. Entiendo que se trata de un conjunto de reglas encaminadas a la *perfección* de los discípulos. En Lucas, 6, 20-23 y 6, 27-49.

En todo caso, parece evidente que el fragmento que he reproducido debe entenderse a la luz de lo que en el siguiente (Mateo, 7, 3-5) se dice:

“¿Cómo ves la paja en el ojo de tu hermano y no ves la viga en el tuyo? ¿O cómo osas decir a tu hermano: Deja que te quite la paja del ojo, teniendo tú una viga en el tuyo? Hipócrita, quita primero la viga de tu ojo y entonces verás para quitar la paja del ojo de tu hermano”.

De estas palabras podría desprenderse que el pensamiento, como acción humana, conduce inexorablemente al *juicio*, y que éste, en lugar de desenvolverse incontroladamente en función de aquél, encuentra límites razonables en la propia condición del hombre; por ejemplo, en la asunción de los defectos propios, de mayor entidad que los encontrados en el sujeto cuya conducta se enjuicia.

b) Mas el pasaje evangélico que acabo de mencionar fue, en el pensamiento de Jesús Ignacio Martínez García, punto de partida para poner en duda lo que –acerca de la *acción natural* de juzgar– he insinuado renglones arriba.

El Profesor de Cantabria escribió un profundo y documentado estudio, al que asignó un título que habla por sí solo. Se trata de “El atrevimiento de juzgar”, integrante del libro *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2015, páginas 1419-1438.

El autor toma como punto de partida de sus reflexiones la aseveración de que tanto el juicio como el pensamiento constituyen formas de atrevimiento; juzgar es atreverse a juzgar, pensar, ante todo, es atreverse a pensar. A partir del kantiano *sapere aude*, parafraseado, sostiene Martínez García que “no hay pensamiento que valga la pena que no sea un ejercicio de audacia; se precisa una gran osadía para hacer frente al prejuicio, para ir más allá de lo sabido y de lo establecido. Quien se ajusta *espontáneamente* a los límites del sentido común actúa sin pensar”. Desde luego, soy yo quien subraya el adverbio de modo.

Después de plantearse a sí mismo las preguntas de “por qué juzgar”, “cómo habría que hacerlo”, “quién podría hacerlo” y, en definitiva, la de

si “es posible juzgar”, el autor recupera el hilo del *atrevimiento* poniendo de relieve que juzgar es asumir riesgos, por ejemplo la posibilidad del juicio erróneo o injusto. Además, añade, el que juzga puede también juzgarse a sí mismo y ponerse en entredicho; puede sentir que le falta el *derecho a juzgar*, que su pretensión de juzgar es ilegítima e insostenible, o al menos discutible. El que tiene el atrevimiento de juzgar descubre quizá que se ha colocado en una posición que no le corresponde.

Por eso, ya desde las primeras páginas, Martínez García se ocupa de lo que él llama *una máxima desconcertante*, esto es, la que está presente en los textos evangélicos que antes he citado. Y, cómo no, el profesor pone de relieve la aparente incongruencia de que aquellas palabras salieran de boca de quien, por ejemplo, juzgó tan duramente a los escribas.

El autor va más allá y formula interesantes aportaciones (creo que muy poco conocidas) sobre la circunstancia de que la prohibición de juzgar tuviera un eco importante en los primeros tiempos del cristianismo.

Todo ello conduce al autor a proponer formas de entendimiento de las palabras de Cristo, que le sugieren las ideas de que la máxima evangélica es impracticable, de que se trata de hipérbolos paradójicas que entrañan alguna dosis de “extravagancia”, la de que la máxima de no juzgar se sitúa en el ámbito de las fórmulas proverbiales –de ahí la paradoja y la hipérbol–, la de que estamos en presencia de una *instrucción*, pero no en el sentido de ley, sino de *enseñanza*, o la de que estamos ante un *lenguaje poético*. Desde esta última perspectiva, dice Martínez García: “*Si abordamos la máxima de no juzgar desde una poética entendemos por qué no se puede obedecer, por qué no es posible someterse a ella. Pues no se dirige a nuestra voluntad sino a nuestra imaginación, a nuestra capacidad creadora. Sólo la imaginación puede salir a su encuentro. No obliga, pero compromete. Sólo puede cumplirse como llamada*”.

Y, en definitiva, a partir de la “tensión” entre *juicio* y *no juicio*, el autor da rienda suelta a su pensamiento para acabar discurriendo sobre la ley y la justicia.

IV. PALABRAS QUE UTILIZAMOS

6. Como actividad del ser humano que goza, o aspira a gozar, de una cierta proyección al exterior, especialmente sobre otros seres humanos, su expresión –particularmente a través de las palabras– adquiere tanta o más relevancia que el juicio en sí mismo.

Se atribuye a la antigua cultura china la práctica de, antes de emprender una discusión sobre cualquier cuestión, dedicar el tiempo que fuere necesario a ponerse de acuerdo en el significado de las palabras que se van a utilizar en el debate.

Sea o no cierta la procedencia, no parece dudoso el acierto de esa fórmula, porque creo que todos tenemos la experiencia de enconadas disputas en las que muchas veces los participantes quieren decir lo mismo, pero en términos que aparentemente son distintos. A veces, ligeramente distintos.

No obstante, en no pocos casos las “cuestiones de palabras” nos conducen muy lejos. Es revelador, a mi entender, el caso del llamado *matrimonio homosexual*, en el que no parece fácil mantener ninguna discusión, y en definitiva ninguna *posición*, si no es dejando bien sentado qué significa *matrimonio*. Cuestión que, en mi opinión, fue sabiamente resuelta por la liberal Francia cuando se acudió a una expresión que yo admitiría, como la de *pacto de convivencia* u otras similares.

Por eso, aunque parezca ocioso, no está de más, a mi entender, tener presente el significado de algunos términos. El uso común o coloquial de ciertas palabras, por repetido o incluso frívolo en algunas ocasiones, contribuye muchas veces a desdibujar su significado y, lo que es peor, a olvidar el *concepto* que se encuentra bajo las mismas.

a) En el lenguaje común, la palabra *juicio* lleva a pensar en un procedimiento judicial, es decir, un proceso. Casi siempre lo identificamos con un acto solemne, en la sala de un tribunal, concurriendo el juez, los abo-

gados, las partes enfrentadas, testigos, peritos, etc. Todo ello, con un ritual y unas fórmulas que tienen mucho de liturgia.

Pero *juicio* es, como primer significado, *la facultad por la que el hombre puede distinguir el bien del mal y lo verdadero de lo falso*.

De ahí que *juzgar* sea “formarse opinión sobre algo o alguien”.

b) En el fondo de esos conceptos, al menos como aspiración, está el de *justicia*. Dice nuestro diccionario que es una virtud que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece. Como acepción 4, justicia es aquello que debe hacerse “según derecho o razón”. Conviene recordar que *razón*, también según el diccionario, significa “facultad de discurrir”. Este último verbo se define como reflexionar, pensar, aplicar la inteligencia. Y como acepción 7, *razón* equivale a “justicia, rectitud en los actos”.

Respecto a los vocablos *juicio* y *razón*, acierta plenamente el lenguaje popular cuando habla de *estar alguien en su juicio*, o de *asentar el juicio*. O de estar una persona *en uso de razón*.

c) Equivale a la primera de esas palabras la de *discreción*, aunque esta, así como su derivado *discreto*, han ido perdiendo su sentido originario. Pero *discreción*, en su primera acepción, es “sensatez para formar juicio”.

Responde a la misma idea la palabra *criterio*, uno de cuyos significados es el de “juicio o discernimiento”. También en este caso, se suele utilizar el verbo “formar” (*formarse criterio*), que es la expresión con la que representamos la acción de componer un todo teniendo en cuenta sus partes.

d) Todos estos conceptos, además, tanto en castellano como en sus raíces latinas, encierran un mecanismo intelectual que se expresa con perfección, a mi juicio, en otra palabra, que es *discernir*. No se me oculta que no es vocablo de frecuente uso, pero refleja muy bien lo que como más profundo tiene la función de juzgar. En efecto, *discernir* es “distinguir algo de otra cosa, señalando la diferencia que hay entre ellas”. El juicio

se *elabora* mediante un análisis de las cosas y de los valores, basado sobre todo en distinguir entre la solución que nos inspiran unos problemas y la que, en cambio, atribuimos a otros aparentemente similares. Descubrir las diferencias entre conflictos constituye probablemente el más complejo de los pasos que encierra la función de *juzgar*.

e) Pero, desde luego, la palabra que mejor refleja la *natural* aptitud para emitir *juicio* es otra, cuyo uso no es habitual, ni siquiera entre los juristas. Procedente directamente del griego, significa “capacidad natural para juzgar rectamente”. Se trata del vocablo *sindéresis*, que etimológicamente sugiere la idea de “conservar”, “preservar”, “vigilar”; todo ello presidido por la idea de “globalidad”, es decir, la *visión del todo*. Volveré sobre esta noción, aunque no sin dejar de decir ya que Tomás de Aquino la llamó *razón natural*.

También viene a cuento el término *prudencia*, que expresa “sensatez, buen juicio”. El diccionario, desde luego muy influido por la doctrina católica, atribuye a la palabra *prudencia*, antes que ese significado, el de virtud cardinal “que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello”.

Repárese en que uno de los nombres que se atribuye a la ciencia del Derecho es *jurisprudencia*, término en el que se hermanan la virtud de la prudencia y el conocimiento de la ley.

Por otro lado, la *prudencia* es el rasgo con el que Maquiavelo caracterizó al buen príncipe.

f) La resolución que dicta un juez se llama *sentencia*. Pero debe tenerse presente que, en su primera acepción, esta palabra quiere decir “dictamen o parecer que alguien tiene o sigue”. Y no deja de ser significativo que, en su acepción 2, el diccionario dé a *sentencia* el significado de “dicho grave y sucinto que encierra doctrina o moralidad”.

Como concepto más amplio, el vocablo *veredicto* refleja la idea de “pacer, dictamen o juicio emitido reflexiva y autorizadamente”. A veces se usa ese término para las disputas no puramente jurídicas; no es raro, por ejemplo en época electoral, que se hable del “veredicto de las urnas”.

V. VOCABLOS Y LOCUCIONES QUE NOS OFRECE EL EUSKERA

a) Es posible que un denominador común de todas las lenguas sea el de contener en su vocabulario palabras y expresiones con las que los hablantes manifiestan su particular modo de entender los conceptos que, elevando un tanto el tono, podríamos llamar *jurídicos*. No me refiero, desde luego, al habla de los expertos, es decir, a los términos propios del mundo de los juristas, puesto que en ese círculo –al menos en Occidente– existe desde hace siglos una terminología que podría casi considerarse “universal”, en cuanto procedente de las admirables construcciones que el Derecho romano nos legó.

De lo que hablo ahora es de la forma en la que todo pueblo ha expresado o expresa lo que constituye el fondo del Derecho, es decir, las *ideas* que lo inspiran. Se trata a veces de nociones suministradas por la pura existencia del grupo social; por ejemplo, la *ley* como mandato organizador, los “poderes” de los que el individuo está dotado (arrancando de la propiedad o del “señorío” del patriarca sobre su grupo familiar). Vistas así las cosas, es decir, desde una perspectiva simplemente fenomenológica, la historia de los pueblos acredita que en todos ellos han existido palabras para dar nombre a personas o instituciones a las que el grupo social ha dado (o reconocido) la potestad de resolver los conflictos.

Por otra parte, cuando la colectividad y su idioma han alcanzado un grado suficiente de evolución, el ser humano ha sido capaz de dar nombre a abstracciones reveladoras de valores o ideales como la *justicia*, los *derechos*, los *deberes*. En ocasiones, esos conceptos abstractos tuvieron su ori-

gen en una especie de “máximas” o reglas capitales de la convivencia; por ejemplo, la de *dar a cada uno lo suyo*, la de *vivir de forma honrada* o la de *no dañar a nadie*. En principios como estos tuvo su modesto origen la luego portentosa obra de los juristas romanos.

b) Pero, como decía, no es a ideas o nociones muy “elaboradas” a lo que ahora quiero referirme. Hallándonos como nos hallamos en el marco de la Academia Vasca de Derecho, lo que ha inspirado mi curiosidad ha sido la forma en la que, en su lengua privativa, el pueblo vasco ha expresado y expresa, en su comunicación natural y cotidiana, algunas de las ideas que latan en la presente exposición.

Aun no siendo euskaldún, hace ya décadas que me suscitó probado interés todo lo relativo a la filología vasca respecto a conceptos que tienen que ver con el mundo del Derecho. Hablando con más propiedad, quizá debería decir su lexicología.

Mas, como es de suponer, tratar sobre ese extremo, aunque sea brevemente, me obligaba a acudir a una fuente autorizada. Y nada mejor que hacerlo con el auxilio de quien, en su *otra* personalidad, es Presidente de *Euskaltzaindia*.

c) El Profesor Andrés Urrutia me ilustra diciéndome que el vocablo eusquérico que con más fidelidad se ajusta a la palabra castellana *juicio*, en el sentido que inspira mi exposición, es *zentzu*. Es el término que equivale al “buen sentido”, cuya manifestación más profunda es la de distinguir lo bueno de lo malo y lo verdadero de lo falso. Significa también *sentido común*, expresión que el diccionario de español define como “conforme al *buen juicio natural* de las personas”.

El adjetivo *zentzuzko* equivaldría a “el que actúa con buen sentido”, esto es, la persona que tiene *ecuanimidad*. Procede recordar que el diccionario de la lengua castellana atribuye a este último sustantivo el significado de “*imparcialidad de juicio*”.

La cualidad o virtud en la que el *buen juicio* se inspira, esto es, las castellanas “prudencia” o “discreción”, hallan su expresión en la palabra vasca *zuhur*. Mejor dicho, dado que hablamos de una cualidad o condición, el vocablo adecuado es *zuhurtasuna*, palabra que se correspondería con la *sindéresis* a la que antes me he referido.

Zuhur, en su forma adjetiva, da lugar, por ejemplo, a la frase *gizon zuhurra da* (“es hombre prudente”).

d) Por otro lado, la formulación o exteriorización del juicio (es decir, la “decisión” o “veredicto”) se expresa con la palabra *epai*. El Profesor Urrutia me dice que ese vocablo deriva del verbo *ebaki*, cuyo significado natural es “cortar”.

Me he tomado la libertad de sugerir (con la censura posterior del propio don Andrés Urrutia) que la forma verbal se ajusta, a mi entender, a la idea de resolución de un conflicto. Sería del mismo modo que en castellano puede decirse que un veredicto *corta* una discusión o un debate, en el sentido de terminar con él, acabarlo o zanjarlo. Zanjar es “remover todas las dificultades e inconvenientes que puedan impedir el arreglo y terminación de un asunto o negocio”. Es por lo menos curioso que la palabra castellana *cortar*, en su acepción 16, signifique “decidir o ser árbitro en un negocio”. La palabra más culta sería “dirimir”.

e) En sentido parecido a *epai*, la palabra *iritzi* significa “dictamen” u “opinión”. El adverbio *iritzira* expresa la opinión que uno se forma “a primera vista”, en el sentido de “a ojo de buen cubero”. También podría decirse “en un pronto”, puesto que el diccionario de la Academia española otorga a esa castiza locución castellana el significado de “decisión repentina motivada por una acción u ocurrencia inesperada”. Distinto, en euskera, es el caso de otro adverbio, *iritziz*, que refleja una opinión fundada en razones, esto es, argumentada.

f) No parece necesario puntualizar aquí que la formación de la idea de “juicio justo” exige acudir a la palabra *zuzen*. De este vocablo deriva *Zuzenbidea*, que da nombre a la “ciencia del Derecho”, de la misma forma que se utiliza para hacer referencia a lo que conocemos como “Derecho positivo”, cuya manifestación fundamental es *la ley (legea)*. El término, por otro lado, da nombre a la Academia que me ha otorgado la distinción a la que ahora respondo.

g) En el terreno de los conceptos que, teniendo un significado “técnico”, el habla popular utiliza desde siempre, la expresión *derecho subjetivo* tiene una peculiar manifestación en euskera. A diferencia de casi todas las lenguas occidentales, el euskera no adopta las raíces latinas (parece que, en el fondo, con origen en el sánscrito) y se vale del vocablo *eskubide* –“camino de la mano”– para expresar la idea de “poder” que está presente en el *ius* de Roma.

A mi entender, todo lleva al pensamiento de que, en el habla tradicional, y como es propio de las lenguas muy antiguas (incluyo el latín que nos es más conocido), el lenguaje eusquérico relativo a conceptos jurídicos es más *figurativo* que *abstracto*. Habitualmente utilizamos esta distinción para referirnos al arte, concretamente a la pintura, pero debe observarse que el significado primero del adjetivo *figurativo* alude a la “representación o figura de una cosa”, esto es, a las realidades que se perciben. Es de esta forma, a mi entender, como lo “figurativo” se opone a lo abstracto, “lo que no pretende representar seres o cosas concretos y atiende solo a elementos de forma”.

Así se entiende que en un diccionario de uso común se traduzca *jabetza* por “propiedad” (derecho de), y también como “posesión”, es decir, un estado *de hecho*. Sin perjuicio de que el “poseer”, como “tener”, tenga su propia expresión en el verbo *eduki*. Que conduce al sustantivo *edukitza*.

Por otro lado, “heredero” es *oinordekoa*, que literalmente refleja la idea de sustituto (*orde*) en la raíz o línea familiar.

Del mismo modo, “testamento” (*hil burukoa*) equivale a “lo próximo o cercano a la muerte”.

Bidezorra (literalmente, “deuda de camino”) da nombre a la servidumbre de paso; sobre el dueño de la finca gravada por la servidumbre pesa una “deuda”, en el sentido más natural de sujeción o sometimiento.

h) De otro lado, son abundantes en euskera las locuciones que expresan ideas, sentimientos o situaciones que presuponen o desencadenan acciones humanas de *juicio*.

Limitándome también en este caso a la condición de lector, se me ha proporcionado una obra valiosísima (Donostia, 2003) titulada *Repertorio de locuciones del habla popular vasca, oral y escrita, en sus diversas variedades*. Su autor, Justo María Mocoeroa, recogió en fichas un altísimo número de expresiones populares que, ordenadas por “conceptos”, constituyen a todas luces un formidable acervo del habla del pueblo.

No puedo sino dejar constancia de las muchas locuciones que tienen su fundamento en el *juicio* o derivan de él.

Destaco las que tienen que ver con las instituciones jurídicas, tomo 2, páginas 2212-2231. Con conceptos como “Derecho y justicia”, “legalidad”, “propiedad”, “herencia”, “delincuencia”, “reparación del daño”, “seguridad pública”, “causa judicial”, “sanción judicial”.

A modo de ejemplo, en ese vasto repertorio reparo en expresiones como “a cada uno lo suyo”, “con todo derecho y justicia”, “por derecho natural y por ley”, “reparación o restitución”, “resarcir el daño”, “indemnizar”.

Además, se hallan locuciones inherentes o consecuentes al *juicio* dentro del apartado de *Moral*, a su vez integrante del capítulo que recoge expresiones propias de la actividad espiritual. Es en tomo II, páginas 1731-1739.

En este punto, merecen particular mención, aunque también se trate de simples ejemplos, la referencia a lo justo y lo legítimo, el principio de

que a cada uno lo suyo, administrar el Derecho y la justicia, la referencia a la vida honrada, el cumplimiento del deber, el pago al acreedor, lo ilícito, etcétera.

VI. ALGUNOS CASOS PARA PENSAR

8. Tal vez la mejor manera de comprender el significado del *juicio*, incluso como abstracción, consista en llevar el concepto al terreno del concreto enjuiciamiento de *casos* de la “vida real” en los que, a partir de una cierta controversia entre distintos sujetos, se hizo necesario acudir al criterio dirimente de un tercero.

Me van a permitir que relate brevemente seis *casos*. Fueron reales, aunque el último de ellos no parezca superar el carácter de anécdota jocosa.

Lo hago con el propósito de que esos *casos* nos sirvan de *bancos de pruebas* sobre las complejidades que requiere el *juicio*. Dicho de otro modo, fueron asuntos que nos permiten practicar la *sindéresis*. Y, expresándome de otra forma, se trata de episodios que nos brindan la oportunidad de pensar sobre lo que en esta intervención pretendo poner de relieve.

a) No hace mucho tiempo que supimos que el Tribunal Europeo de derechos humanos había dictado sentencia en un caso en el que varias cajeras de un supermercado de Barcelona habían sido descubiertas como autoras de hurtos en la caja. Se conoció todo por grabaciones de cámaras de video-vigilancia que los propietarios habían colocado en el establecimiento.

El Tribunal estimó la demanda de las cajeras contra el Reino de España, concediendo a aquellas una indemnización por lesión de su derecho a la intimidad. Creo que no puede dejar de decirse que, de los siete jueces del Tribunal, tres votaron en contra. Es decir, fue una sentencia adoptada por cuatro votos contra tres. Esto permite sospechar que no es infundada la perplejidad que la noticia pudo provocar a cualquier lector,

sobre todo al lego en Derecho, por lo contradictorio que parece que se conceda cualquier clase de compensación económica a quien acreditadamente se apropia de bienes ajenos.

b) Hace muchos años, a comienzos de los 70, fui miembro de un tribunal arbitral que resolvió un singular conflicto jurídico, en el que lo que se discutía era el significado de la expresión “metro cúbico”. Nadie dudaba, desde luego, que es la forma de dar nombre a una figura geométrica consistente en un cubo regular en el que cada uno de los lados mide un metro lineal.

Pero el asunto, como suele decirse, tenía su miga, porque el origen de la contienda estaba en un contrato concertado, por una parte, por el propietario de una cantera, muy próxima a Bilbao, cuya particularidad residía en que su piedra era la ofita. Una piedra particularmente apreciada para cierto tipo de obras. La otra parte del conflicto era la empresa a la que el propietario había arrendado la explotación de la cantera, de forma que esa empresa triturase la piedra y la vendiera en el mercado. En eso consistía su negocio.

La singular discusión sobre qué significa “metro cúbico” derivaba de que en el contrato de arrendamiento se había pactado que la empresa arrendataria pagaría al dueño X pesetas “por cada metro cúbico de ofita extraída”.

La controversia tenía sentido, porque un metro cúbico de ofita en estado natural, esto es, tal y como se presenta en la cantera, equivale a mucho más de un metro cúbico si la ofita se tritura o trocea. Los argumentos utilizados por el propietario de la cantera demostraban que, más o menos, un metro cúbico de ofita no triturada equivale a 2,5 metros cúbicos de ofita dividida en trozos de cierto tamaño. Esto, como consecuencia de la diferencia física que existe entre volumen y densidad. No se discutía el volumen (metro cúbico), sino la densidad de la piedra a la que debía aplicarse dicho volumen. Simplificando, en términos econó-

micos, se trataba de decidir si la empresa debía pagar al propietario diez millones de pesetas o veinticinco millones de pesetas.

En la decisión unánime de los árbitros pesó, aunque no de forma exclusiva, el argumento inspirado por el precio que entonces tenía en el mercado la tonelada de ofita triturada en fragmentos de la misma dimensión que la del caso discutido.

c) Hannah Arendt fue una filósofa originariamente alemana, de raza judía, buena conocedora del pensamiento de Kant y una de sus más solventes intérpretes.

Terminada la Segunda Guerra Mundial, Hannah Arendt, ya ciudadana norteamericana y residente en aquel país, publicó en varios medios, científicos y de comunicación, trabajos en los que criticaba duramente el comportamiento de los llamados *dirigentes judíos* que habían participado en alguna medida en el luego conocido como *holocausto*.

Todos sabemos, incluso a través del cine, que los nazis tuvieron la “habilidad” de hacer que en ciertas cuestiones sobre la denominada “solución final” intervinieran ciudadanos judíos. Por ejemplo, dejando que esos ciudadanos opinaran sobre la forma en que otros judíos habían de participar en decisiones de interés para el régimen hitleriano; o encomendando a esos otros judíos el control de ciertas actividades de los reclusos en algunos campos de exterminio.

Arendt, como digo judía, no vaciló al emitir sus opiniones sobre la conducta de los judíos “colaboracionistas”. Es decir, Arendt *juzgó* el proceder de una parte del pueblo judío, aunque no muy grande. Sus opiniones produjeron a la filósofa los imaginables sinsabores, que desde luego hicieron mella en su ánimo.

Pero no terminó ahí el compromiso de Arendt con el *juicio*, porque, bastantes años después, la filósofa padeció las consecuencias de su *libertad de juicio* con ocasión de sus manifestaciones sobre el proceso al que fue

sometido el jerarca nazi Adolf Eichmann en Jerusalén, en 1961. Como recordamos, aquel sujeto había sido “secuestrado” por los servicios secretos de Israel en su discreta vivienda de Buenos Aires. Fue llevado a Israel, condenado a muerte y ejecutado.

Escribiendo sobre la captura de Eichmann en Argentina, Arendt formuló el siguiente *juicio*:

“Quienes tienen el convencimiento de que hacer justicia, y solamente eso, es la finalidad de la ley, seguramente se mostrarán propicios a aceptar el acto de la captura, no en méritos de precedentes, sino, al contrario, por constituir un acto desesperado, sin precedentes y sin posibilidad de sentar precedentes, exigido por las deficiencias de las leyes internacionales. Desde este punto de vista, existía una verdadera y real alternativa al secuestro: en vez de capturar a Eichmann y transportarle en avión a Israel, los agentes de este país hubieran podido darle muerte, allí y entonces, en las calles de Buenos Aires. Esta solución se mencionó a menudo en las discusiones del caso, lo cual no deja de resultar un tanto extraño, fue fervientemente preconizada por aquellos que más abochornados se mostraron por el secuestro. La idea no carecía de cierta base, ya que los hechos del caso Eichmann estaban fuera de duda, pero quienes la proponían olvidaron que quien se toma la ley por su propia mano únicamente prestará un servicio a la justicia si está dispuesto a transformar la situación de tal manera que la ley pueda de nuevo entrar en acción a fin de convalidar, aunque sea a título póstumo, los actos cometidos por el justiciero privado”.

Todavía hoy conmueve la lectura de estos renglones, porque evidencian que *juicio*, en el sentido más puro que venimos dando a esta palabra, es capaz de sobreponerse a otro tipo de pulsiones más elementales. Aunque estas puedan ser comprensibles desde una perspectiva digamos que “humana”, deberían ser superadas por un *enjuiciamiento riguroso*.

d) Hace dos siglos, se desarrolló en Inglaterra un juicio muy interesante, conocido como caso *Scott v. Shepherd*. Shepherd lanza un petardo

encendido en un edificio (un mercado) lleno de gente. El petardo cae cerca de una persona (Willis) que, inmediatamente, y como acto natural de autoprotección, lo lanza lejos de él. Una tercera persona (Ryal) hace luego lo mismo. En este tercer lanzamiento, el petardo alcanza a Scott, le golpea en la cara y explota, causándole la pérdida de visión de un ojo.

La sentencia condenó a Shepherd. Puso de relieve que este ni lanzó el petardo a Scott, ni tuvo intención de causar tan grave daño a nadie; pero él no fue el menos responsable respecto a Scott. Añadió la sentencia que, en éste como en otros casos, es evidente que el autor está en la necesidad de someterse a las consecuencias de su acto. Y es obvio, por sentido común, que debe ser así.

A primera vista, la condena de Shepherd se nos presenta como una solución *justa*. No obstante, pudiera ocurrir que esta opinión no resultara tan sólida si pensásemos que, valoradas las circunstancias, las conductas de Willis y Ryal no fueron tan *explicables* como podría suponerse. No es desechable el argumento de que ni Willis ni Ryal tenían motivos *fundados* para llevar a cabo sus respectivos lanzamientos del petardo. Por ejemplo, porque ese objeto carecía de toda apariencia de peligrosidad, o porque lo que Willis y Ryal hicieron fue “continuar” la “travesura” (podría decirse “gamberrada”) de Shepherd. De hecho, hay un dato al que no se suele hacer referencia. Me refiero a que en el *case* en cuestión recayó un voto disidente del juez Blackstone, en el que se dijo que los sujetos Willis y Ryal “tenían derecho a protegerse a sí mismos retirando el petardo, pero debían haber tenido cuidado de hacerlo de forma que no dañara a otros”. El citado juez, refiriéndose a Willis y Ryal, escribió que ambos se habían excedido en los límites de su autodefensa y no habían mostrado suficiente prudencia al eliminar sus riesgos. Al lanzar el petardo dentro del mercado, en vez de apagarlo o lanzarlo a los espacios libres de la calle, incurrieron en un acto innecesario e imprudente.

Por lo demás, no me parece desdeñable el razonamiento del mismo juez Blackstone cuando dijo que, en estrictos términos jurídicos, la reclamación podría haber incluido a Ryal, que fue el autor inmediato de aquel desgraciado asunto. Procede recordar que, en efecto, Ryal fue el último lanzador del petardo, esto es, el que propiamente golpeó a Scott.

e) Hace casi un siglo, el semanario “*New Yorker*” publicó una serie de artículos relativos a hombres que, habiendo sido célebres en otro tiempo, se hallaban en aquel momento en la más absoluta oscuridad. Entre ellos se incluía a Sidis, niño prodigio que a los once años pronunciaba conferencias sobre alta matemática y que a los dieciséis se había graduado por Harvard, pero que luego se había retirado a una vida tranquila y sin publicidad. El semanario descubrió a sus lectores el paradero, la vida y las ocupaciones de Sidis, que había sido muy popular en otro tiempo. Parece que esta publicidad inesperada y el revuelo que causó determinaron la muerte de Sidis, poco tiempo después. Más adelante veremos que el suceso no quedó inadvertido en el enjuiciamiento de conductas similares de los medios de comunicación.

f) El sexto caso, el de la aparente anécdota, me tuvo como protagonista oyente. Hará unos veinte años, me llamó por teléfono quien había sido uno de mis compañeros en una escuela pública de Sestao. Después de hacer los oportunos recordatorios, porque no habíamos vuelto a vernos, me dijo –aunque yo ya tenía noticia– que él y otros dos colegas habían establecido un taller, pequeño pero productivo. Añadió que, por diversas razones, los tres socios estaban enfrentados, dos de ellos contra mi antiguo compañero de escuela. Me contó luego mi amigo que sus dos socios le habían citado un día a una reunión, terminada la jornada laboral, para tratar del problema que les enfrentaba.

Y entonces, mi amigo dijo algo así como: “*Yo fui a la reunión de buena fe; pero, no te fastidia, ellos fueron con un abogado*”. Desde luego, el verbo que utilizó mi amigo no fue precisamente “fastidiar”.

VII. INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CAPACIDAD NATURAL DE JUZGAR

9. La capacidad *natural* de juzgar ha estado o está institucionalizada en algunas figuras sociales en las que se ha reconocido no sólo dicha capacidad, sino la aptitud de su *juicio* para erigirse en decisión dirimente de una cierta contienda entre partes.

a) Así, solemos hablar de la *justicia del cadí*, que acostumbramos a representar como un venerable anciano que imparte justicia a la sombra de una palmera, sin libro alguno.

En algunas sociedades, la resolución de los litigios estaba encomendada a un tribunal de ancianos, revestidos sólo del mérito de su experiencia.

b) Tendría algo que ver con las anteriores figuras la del juez de paz español, que también puede ser (lo es habitualmente) un vecino no jurista. Es decir, un *juez lego*.

c) Quien tiene una mínima experiencia en materia de litigios sabe también que los conflictos de carácter privado pueden ser resueltos no por un juez, sino por un *árbitro*. Las partes que se someten a un arbitraje pueden acordar que la función de resolver se encomiende a una persona desprovista de lo que llamamos *formación jurídica*; es decir, a cualquier persona, sea cual sea su nivel cultural y su profesión, sin más limitación que la de hallarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, como dice la vigente Ley española de arbitraje. Se trata del *arbitraje de equidad*, en el que el árbitro adopta su decisión *según su leal saber y entender*. Quiere decir que la toma inspirado sólo en su criterio *natural* sobre lo que es justo. El preámbulo de la Ley se refiere a ese criterio como decisión “en conciencia”, “*ex aequo et bono*” o en la que el árbitro actuará como “amigable componedor”. Dicho de otra forma, consiste en la aplicación del *sentido común*, esto es, el “*buen juicio natural de las personas*”.

En el pasado, el *árbitro de equidad* recibió el nombre de “*buen componedor*”. Esta denominación, que hoy nos suena a arcaica, tiene sentido porque uno de los significados de “componer” es el de *arreglar*, que a su vez sugiere la idea de “sujetar a regla”, que es lo que en definitiva se hace al emitir un *juicio*. Por otro lado, también en el castellano actual sería correcto decir que un conflicto, cuando se acaba, *está arreglado*.

El diccionario castellano, al definir la palabra *arbitrar*, y con la advertencia de “dicho de un tercero”, entiende “resolver, de manera pacífica, un conflicto entre partes”. Parece claro que continúa presente la idea de que, cuando quien decide es un juez, se trata de una contienda, es decir, de una confrontación que tiene algo de *belicosa*.

De otro lado, *arbitrio* es, entre otras cosas, “sentencia o laudo del árbitro”. Es significativa la relación con la primera acepción de la misma palabra *arbitrio*, que es la “facultad que tiene el hombre de adoptar una resolución con preferencia a otra”.

Continuando en el mundo de las palabras, me parece significativo que el diccionario, dentro del vocablo *juez*, incluya la expresión “*juez arbitrador*”, sobre la que dice: “Juez en quien las partes se comprometen para que por vía de equidad ajuste y transija sus diferencias”.

Me parece que no sobra poner de manifiesto que, manteniendo la misma raíz latina, la palabra *arbitrariedad* signifique “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho”.

Precisamente en relación con lo que acabo de señalar, la etimología lleva a un mundo de contrastes, porque, en la palabra *albedrío*, el diccionario contiene una definición –aunque con la advertencia de que es anticuada– que dice: “Sentencia del juez árbitro”. Pero la primera acepción del término es la de “voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito, antojo o capricho”.

La resolución del árbitro tiene el histórico nombre de *laudo*. Procede del latino *laudare*, que aunque etimológicamente lleva consigo la idea de “alabar”, significa también hacer una manifestación elogiosa. En este caso, sin duda, en tanto en cuanto referida a aquella *parte* del conflicto a la que el árbitro da la razón; es decir, la parte vencedora en la disputa.

d) Pero es probable que lo que enseguida nos venga a la mente sea la institución del *jurado*. Los miembros de ese tribunal no son expertos en Derecho. Conviene recordar que la Ley española del jurado establece, como sencillos requisitos para desempeñar esa función, ser mayor de edad y saber leer y escribir. Se declara la incompatibilidad para ser jurado, no ya solo de los integrantes del poder judicial, sino también de los abogados y procuradores en ejercicio, así como la de profesores universitarios de materias jurídicas. Podemos ver que, dicho en términos coloquiales, son incompatibles las personas que *saben Derecho*.

Creo que nadie ignora que el actual jurado español declara en su veredicto si se estiman o no probados los hechos propuestos por el magistrado-presidente. También se pronuncia sobre la culpabilidad o no culpabilidad del acusado, así como sobre la remisión condicional de la pena que se impusiere y sobre la petición o no de indulto en la sentencia.

VIII. ELEMENTOS DEL JUICIO

También en este extremo es oportuno tomar en préstamo una expresión de la que nos servimos con frecuencia. Creo que han sido muchas las veces en las que, habiéndonos pedido opinión sobre una determinada controversia, hemos acudido (a veces como prevención) a locuciones como “*no tengo elementos de juicio*”, o “*no tengo suficientes elementos de juicio*”. Con estas palabras reconocemos una cierta incapacidad para manifestar nuestra opinión.

Cuando así ocurre, realmente estamos reconociendo que el *juicio* entraña “elementos”, esto es, partes integrantes del proceso mental que tiene su desenlace en un *criterio*.

10. El primero de esos elementos es, sin duda, el de la *capacidad natural*.

En este punto, poco tengo que decir, puesto que no es cuestión pacífica entre psiquiatras y psicólogos la de cuándo, en el sentido de a partir de qué momento de su vida, puede decirse que una persona cuenta con aptitud para *enjuiciar* con criterio.

a) No obstante, parece que existe cierta coincidencia en la estimación de que la edad de dieciocho años podría considerarse aceptable. De hecho, según la ley esa es la edad en la que se considera que el individuo cuenta con capacidad para tomar una decisión de especial relieve, como es la de participar en la vida política mediante el voto. De otro lado, esa mayoría de edad es la que atribuye al individuo la facultad para decidir sobre su persona y sobre sus bienes.

Siguiendo el pensamiento de Tomás de Aquino, nuestro Francisco de Vitoria, en sus celebradas *Relecciones jurídicas y teológicas*, escribió: “*Ahora bien, el hombre es dueño de sus actos mediante la razón y la voluntad, y así se dice que el libre albedrío es la facultad de la voluntad y de la razón. El hombre tiene dominio sobre sus acciones mediante el libre albedrío. Mas para que el hombre sea dueño de sus acciones se requieren dos cosas: una es que el hombre tenga facultad para discurrir y deliberar qué es bueno y qué es malo, qué debe seguir, de qué ha de huir y qué evitar. La otra es que, después de la deliberación, tenga poder para tomar o dejar lo que haya deliberado, pues nada vale la primera sin la segunda. Y no sería el hombre dueño de sus actos si, después de deliberar, tuviera que seguir necesariamente su determinación o no pudiera seguirla*”.

Vemos que el gran humanista pone el acento en el concepto de *deliberar*, que es “considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de una opinión”. Es el acto que precede, por ejemplo, a la emisión de un voto

cuando el *juicio* es obra de un conjunto de personas; sobre todo, si se trata de un tribunal.

Esa opinión, no obstante, es compatible con la de que en ocasiones tenga que considerarse cada caso concreto para formular un pronunciamiento sólido en cuanto a si un sujeto es o no, por ejemplo, plenamente responsable de sus actos. La literatura y el cine nos han familiarizado con expresiones como la de “*distinguir el bien del mal o lo justo de lo injusto*”.

La práctica notarial nos proporciona un buen ejemplo de lo que estamos diciendo. Antes de autorizar un contrato, o un testamento, o el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, el notario deja constancia de que, *también a su juicio*, los otorgantes del acto en cuestión gozan de la capacidad suficiente para hacerlo. Estaríamos aquí ante un *juicio* cuyo objeto es, precisamente, la capacidad de juzgar del sujeto que a su vez *es enjuiciado*.

Y es frecuente que en los contratos en documento privado se utilice una especie de cláusula de estilo en la que los contratantes “se reconocen” capacidad para concertarlo.

Pero como, por regla general, debe adoptarse un *canon* de aplicación universal, no encuentro ningún reparo para que la edad de dieciocho años sea también en este caso la determinante de la *capacidad de juicio*.

b) En todo caso, estamos en presencia de una facultad de la persona, esto es, de un ser de naturaleza racional. Por mucho que haya avanzado o avance la conocida como “inteligencia artificial”, considero inimaginable la atribución de *juicio* a algo así como un robot. Verdad es que ya tiene asiento entre nosotros la palabra *jurimetría*, que, combinando la inteligencia artificial y los sistemas de “aprendizaje” de las máquinas, pudiera ser –como algunas opiniones sostienen– una fórmula que ayudase a los jueces en la adopción de sentencias o de otro tipo de resoluciones. No obstante, y aun reconociendo que determinadas máquinas pueden desempeñar algunas funciones auxiliares en la toma de decisiones (por

ejemplo, aportando datos estadísticos o facilitando la lectura de textos), me parece que ni la imaginación más ardiente podría atribuir a un artefacto la *capacidad de decidir*, que según el diccionario es “formar juicio definitivo sobre algo dudoso o contestable”. El mismo diccionario es el que, en su acepción 2, equipara *decidir* a *resolver*.

11. El segundo de los elementos *del juicio* es el *cabal conocimiento de los hechos conducentes a la controversia*. Consiste en un objetivo frecuentemente nada fácil, porque se trata de conocer *todos* los hechos, no parte de ellos.

En el caso de las cajas del supermercado barcelonés, el Tribunal de Estrasburgo resolvió como lo hizo porque a las empleadas no se les había dado conocimiento de que algunas cámaras de vigilancia grababan sus actos. Es decir, no sólo los de los clientes.

Mi vida profesional como abogado me permite poner de relieve el considerable desafío que la cuestión implica. En efecto, quien es requerido para emitir un juicio se encuentra con la dificultad de que no le basta con la descripción de acontecimientos que haga una de las partes, o incluso las dos enfrentadas. Es necesario desarrollar una exigente tarea de imaginación, en la que quien pregunta tiene que suponer, muchas veces, *lo que pudo haber ocurrido*. Esto significa —como también la experiencia de abogado demuestra— que se hace necesario dedicar al “interrogatorio” un tiempo cuyo desenlace es, con frecuencia, muy poco ilustrativo. En ocasiones, decepcionante. Sobre todo, por la circunstancia ya apuntada de que quien inquiere formula preguntas cuyas respuestas tienen poco que ver con el nudo de la cuestión que se debate. Dicho de otra manera, el resultado de las preguntas no siempre se corresponde con lo que uno espera de ellas.

Lo mismo sucede en el terreno académico, pues cuando formulamos una opinión sobre cualquier problema *técnico*, siempre nos queda la duda de si hemos planteado de forma correcta y completa los hechos en los que tal problema deben enmarcarse. No hacerlo así sería tanto como “construir” un criterio sobre una base ficticia. Esto es, incurrir en un *prejuicio*.

Puede servir de ejemplo de lo que he dicho el caso de la piedra ofita que antes he propuesto. Parece claro que, para formarse juicio sobre la controversia, resultaba muy oportuno saber cuál era el precio por el que la empresa explotadora de la cantera vendía a sus clientes la piedra ya triturada o troceada. Del mismo modo, serviría de elemento de juicio saber cuál era el precio de mercado de ese producto. No sería inconveniente, desde luego, que el precio a los clientes finales se fijara en unidad de peso, pues es claro que una sencilla operación aritmética permite, por ejemplo, *convertir* en metros cúbicos las toneladas.

12. Un tercer elemento del juicio es *interpretar*.

Cuando hacemos uso de esta palabra, generalmente la asociamos con textos legales o, en general, con cualquier norma escrita. En ese caso, estamos en presencia de un juicio que con frecuencia requiere una cierta carga “técnica”, esto es, conocimientos jurídicos. No obstante, ahí no se agota el concepto, puesto que interpretar significa “dar sentido a algo”. Y no es raro que para emitir un juicio recto sea necesario interpretar conductas o modos de actuar. Este objetivo es mucho más amplio y más complejo que el de descubrir el significado de lo que se oye o se lee, porque los comportamientos suelen ser de más difícil interpretación que lo que se manifiesta con palabras. Entre otras cosas, porque hay que dar sentido a las omisiones; o sea, a lo que *no se hace*.

En todo caso, tanto se trate de palabras como de conductas, quien juzga se encuentra con el complejo acto de imaginación consistente en situarse en el marco en el que se produjeron los comportamientos o se dijeron las palabras, así como en el no menos comprometido de valorar las circunstancias de quien o quienes actuaron o se expresaron (entre otras, su formación o cultura).

Recordemos el caso del petardo lanzado por Sheperd en el mercado inglés. Él no sabía que el objeto iba a caer a los pies de Willis, del mismo modo que ignoraba cuál podría ser la reacción de cualquier persona en

presencia de un petardo encendido. Tampoco lo sabía Willis al desembarazarse del explosivo que cayó luego a los pies de Ryal.

Ciertamente, formular un *juicio* en aquel asunto implicaba tener en cuenta modos de actuar inimaginables de antemano y establecer una compleja relación –imaginaria– entre causas y consecuencias. Es decir, entre un hecho y sus últimos efectos. Es lo que llamamos *relación de causalidad*.

13. El último acto del *proceso de juzgar* es el de emitir una *conclusión*.

Y es aquí cuando puede ponerse en tela de juicio la idea de que existen *juicios universales*, esto es, de los que todos participamos por igual.

Podría pensarse que las *soluciones* alcanzadas por todos nosotros fueran iguales, en cuanto amparadas en la simple aplicación de la lógica, pero ese camino resulta ser muy tortuoso. Es suficiente proponer el ejemplo de uno mismo. No faltarán casos en los que, en presencia de un determinado conflicto, *hemos cambiado de criterio por pura reflexión*. Me dejarán decir, a modo de ejemplo, mi propio modo de ver las cosas ante la conocida como “custodia compartida” en casos de ruptura matrimonial.

IX. LOS OBSTÁCULOS DEL JUICIO

14. Pero son las dos últimas palabras de la definición de *sindéresis* las que más pueden inducir a confusión y las que, en el fondo, encierran la complejidad del *juicio*. Recordemos que *sindéresis* significa “capacidad natural para *juzgar rectamente*”.

Afirmar que un juicio determinado es “recto”, que es tanto como decir “correcto”, significa entender que existe una especie de *patrón* o *modelo* con el que ese juicio se compara.

Mas la realidad se encarga de enseñarnos que el *juzgar rectamente* no es algo así como someter una cosa a los cánones de exactitud que serían

propios, por ejemplo, de las unidades de longitud, superficie o volumen del sistema métrico decimal.

Vemos como algo *normal*, aunque a veces nos escandalice algún caso, cómo un conflicto concreto es resuelto por el Juzgado con la decisión X, mientras que la Audiencia opta por la solución Y. El Tribunal Supremo dice la última palabra, inclinándose por la decisión Z.

Esas discrepancias producen al ciudadano medio una falta de fe, o al menos escepticismo, sobre lo que él espera de la ley. Es decir, confía en soluciones *seguras* y, por lo tanto, uniformes en todos los tribunales. Como decía, en ocasiones ese escepticismo se torna en asombro y hasta en escándalo.

Todavía más, las posibles soluciones distintas de un mismo problema podrían poner en entredicho la afirmación que vengo formulando desde el principio. Es decir, la de que, siendo el juicio una facultad humana, pueda ocurrir que dos personas diferentes se formen un *juicio* distinto en torno a un mismo conflicto.

No menos elocuente es el caso en el que, dentro de un tribunal, algunos de sus miembros sostienen un *juicio* distinto del de los demás. El voto discrepante puede hacer que se tambaleen nuestras suposiciones, teniendo en cuenta que a todos los integrantes del tribunal se les supone la misma capacidad *natural* de juicio y que, además, todos ellos son personas en las que formarse criterio es un deber, avalado en principio por una destreza *técnica* similar en todos los miembros del tribunal.

Tan graves son esos reparos que, en el fondo, no harían sino poner de manifiesto que la noción misma de *justicia* no tiene nada de “natural”.

15. Por lo que acabo de decir, no estará de más que examinemos qué hechos o circunstancias pueden dar lugar a la diferencia de criterio entre lo que *juzga* el ciudadano A, o el B, o el C. Podemos poner esos nombres a distintos tribunales de un país o a los de naciones diferentes.

La primera posible causa de criterios diferentes (lo que he venido llamando *soluciones*) reside en la posesión, o no, de argumentos jurídicos que podríamos llamar “técnicos”. Es decir, estar o no dotado quien juzga de unos conocimientos que no están en poder del común de los mortales. Pongamos por caso, es lo que explicaría que un médico no tuviera la misma opinión que un ingeniero sobre los efectos perjudiciales de un medicamento.

La *técnica jurídica* tiene indiscutible importancia en la formación de *juicio* sobre algunos conflictos, pero quizá no tanta como el ciudadano medio supone. Este último, ciertamente, de ordinario no cuenta con conocimientos suficientes para entender el significado profundo de lo que significa el régimen económico matrimonial de gananciales, o el de comunicación de bienes, o sobre el usufructo, o acerca de las servidumbres, o en torno a diferencia entre heredero o legatario. Pero la experiencia demuestra que un individuo de mediana formación comprende con bastante facilidad el significado de los *conceptos jurídicos* en cuanto tiene la oportunidad (o se encuentra en la necesidad) de manejarlos.

En el plano académico, no han sido pocos los casos en los que algún alumno me ha puesto en un brete al explicar un concepto o una institución. Y tampoco han sido pocos los casos en los que una sensata opinión me ha hecho dudar sobre determinada regla jurídica. Pero, bien pensado, eso nunca me ha parecido alarmante. Es una prueba de que la capacidad de *juicio* puede ser estimulada, como si de un músculo se tratase.

16. Mi experiencia como abogado, y también como profesor, en esta circunstancia con sus peculiaridades, me permite decir que han sido bastantes los casos en los que el cliente –profano en Derecho– me hizo ver *sensatos criterios* sobre su propio problema, o *juiciosos comentarios* sobre una norma o un concepto de carácter *legal*. Tengo que reconocer que, con relativa frecuencia, el propio cliente sugirió una reflexión que me había pasado desapercibida.

Verdad es que, casi siempre, cuando alguien te plantea su problema, tiene una visión del mismo, por así decirlo, demasiado inspirada en criterios que podríamos llamar “morales”. Expresado de otra manera, enjuicia su propio conflicto en términos alejados de lo que las normas jurídicas imponen, casi siempre con toda lógica. Es particularmente frecuente el caso en el que, contándote el cliente su relación con otra persona (su cónyuge, su socio, su vecino), pone su esperanza en la rectitud de los demás, cuando a veces esa esperanza no está muy fundada. Es característico el ejemplo de quien te dice: “*Todo fue de palabra. No hicimos ningún documento, porque nos fiábamos el uno del otro*”.

En casos como este, me vi en la necesidad de hacer la oportuna advertencia al cliente en cuestión. Mostrándole los muchos tomos de jurisprudencia que tenía y sigo teniendo en mi despacho, le venía a decir algo así como: “*Todos estos libros están llenos de casos en los que una persona confió en la palabra de otra*”. Por si hubiera alguna duda, yo me encargaba de ilustrar al cliente con algunos ejemplos. Y no descarto que el interlocutor sintiera desencanto al enterarse —se supone— de que son muchas las ocasiones en las que la prueba de lo que dos personas han convenido es o tiene que ser mediante un documento en el que consten los términos del acuerdo. O incluso su propia existencia.

Digo todavía más. En mi experiencia no han faltado las ocasiones en las que el criterio *juicioso* me fue manifestado por (valga la expresión) el *contrario* de mi cliente. Me refiero a aquellos casos, no raros, en los que quienes visitan al abogado son el cliente de este y su “contrario”. Y es menester reconocer —repito— que a veces lo expresado por ese “contrario” estaba cargado de razones. Dicho de otro modo, su opinión (no de un jurista) me llevó a poner en duda la idea que yo me había formado sobre la *recta solución* del conflicto que enfrentaba a las partes.

17. La anécdota de mi amigo de infancia de Sestao (el que se lamentaba de que sus socios habían acudido a una reunión acompañados de un

abogado) pudo responder a la mala fama que en todo tiempo han tenido y tenemos los abogados. Está muy arraigada en la imagen popular la de que los abogados tenemos tendencia a buscar al gato más o menos patas de las que tiene, así como la de embarullar u oscurecer las cosas.

Pero no debe descartarse que en la mente de mi amigo estuviese la idea de que los socios de aquel caso tenían capacidad suficiente para poner fin a los problemas que les enfrentaban con el simple recurso a su *natural sentido* de lo que es justo. O, por el contrario, injusto.

Mi amigo me dijo que había acudido a la reunión *de buena fe*, esto es, “con verdad y sinceridad”. O sea, con un juicio ya formado sobre el conflicto existente entre los socios. Y acaso daba por supuesto que su criterio tenía que ser también el de sus compañeros de trabajo.

18. Las diferencias de opinión se producen con frecuencia porque los interlocutores están hablando sobre hechos también distintos, pues la versión que unos tienen no coincide con la de otro u otros de los que participan en la discusión.

Téngase presente que muchas veces el conocimiento de lo realmente ocurrido deriva de otro *acto de juicio* humano, como es el de otorgar o negar credibilidad a lo que manifiestan un testigo o un perito.

Dos excelentes películas norteamericanas me permiten ilustrar lo que acabo de decir.

Una de ellas es la que se tradujo al castellano con el título de *Doce hombres sin piedad*. O también *Doce hombres justos*. En ella, un jurado de doce miembros, designado para dictar su veredicto en un caso de asesinato, parece albergar al principio la misma opinión sobre la culpabilidad de un joven a quien se imputa homicidio sobre su padre. Pero el genial guión de la película muestra cómo el protagonista principal (representado por Henry Fonda) desmonta esa primera impresión, convenciendo a los demás miembros de la falta de credibilidad de un testigo que, sin querer dañar a

nadie, pretendió en el juicio ocultar su limitada movilidad y adquirir algún protagonismo ante el juez y ante el jurado. De la misma forma, ese miembro del jurado que había descartado un precipitado veredicto de culpabilidad destruyó ante los demás el testimonio de una mujer madura que, quizá por presumida, había ocultado su notable miopía.

En definitiva, ninguno de los dos testigos merecían ser creídos.

La otra película es la que se tituló en castellano *Veredicto final*, siendo su original inglés el de *The verdict*. Se juzgaba la posible responsabilidad civil de un prestigioso hospital de Boston, en el que una paciente había sufrido una dilatada anoxia con ocasión de una intervención quirúrgica. La falta de oxígeno en el cerebro la había reducido a un estado “vegetal”, es decir, de absoluta e irreversible inconsciencia. El abogado protagonista principal (excelente actor Paul Newman) se enfrentaba con el que parecía hecho incontrovertible, o sea, que la enferma había mentido o se había equivocado al decir la hora en la que había tomado su última comida antes de ingresar en el hospital. Era indudable, además, que la ciencia médica excluía la negligencia del anestesista que hubiera tomado por verdad la hora declarada de aquella última comida.

No obstante, esas apariencias quedan desvirtuadas en el también excelente guión de la película, cuando se acredita que había sido falsificada la hoja en la que la primitiva enfermera (ausente del guión hasta su final, porque se la había despedido del hospital) había escrito la verdadera hora que la paciente le dijo como la de la su última comida. La falsificación se había hecho para proteger al anestesista, agotado después de un día de intenso trabajo.

Repárese en que en aquel caso intervenía un jurado, que con su veredicto vinculaba al juez. No era un juicio penal, pero se ventilaba la culpabilidad o no de un centro sanitario, con la consecuencia —en caso afirmativo— de una indemnización a la víctima del daño. Recordarán que el

jurado no sólo encontró culpable al hospital, sino que le impuso (previa consulta del jurado al juez) una indemnización muy superior a la que el abogado de la paciente había solicitado. Esto, por cierto, no podría suceder en el Derecho español.

19. Introduce alguna complicación en el *juicio* la circunstancia de que, en ocasiones, no sea suficiente conocer los hechos, sino contar con una *explicación técnica* de los mismos. Una persona culta y muy solvente puede desconocer el significado de un concepto ajeno a su dedicación profesional. Por ejemplo, un término médico, o económico, o de la ingeniería.

Ese eventual desconocimiento (que, por otra parte, suele concurrir en los propios jueces) requiere la ilustración por parte de un experto. Esto es, de un *perito*.

Cuando así sucede, y ya lo he apuntado antes, la formación de un *juicio* exige una particular capacidad de “discernimiento”, esto es, de distinción entre unos casos y otros, aunque entre ellos pueda existir algún parecido a los ojos del “no experto”. Sobre todo, si el criterio de los peritos que intervienen no es coincidente en algún o algunos puntos.

Este es también un caso en el que quien tiene que emitir un *juicio* se ve en la necesidad de formarse criterio sobre la autoridad científica o profesional del perito y sobre la fundamentación de sus opiniones.

La capacidad para valorar las opiniones periciales, en las dos hipótesis que acabo de citar, no es patrimonio exclusivo de los jueces, sino al alcance de quien *juzga* con sensatez y con dedicación.

20. Además, parece innegable que los valores morales o sociales experimentan cambios. Algunos en otro tiempo dominantes son hoy negados, o puestos en tela de juicio, por una parte de la sociedad.

Pero, a mi entender, el problema en nuestros días no es tanto el de la subsistencia de ciertos valores, sino el de su *jerarquía*. Puede ocurrir que

en un caso determinado se tomen en consideración varios de ellos, pero de forma que su significado respectivo se difumine, como si todos ellos fueran equivalentes o del mismo rango, esto es, merecedores del mismo respeto y de la misma protección.

Si fuera como digo, estaríamos en presencia de un caso de *relativismo*, que es una forma de iniquidad. Si la justicia conduce a dar soluciones iguales a casos iguales, también puede ser procedente dar respuesta diferente a casos distintos.

21. En otras ocasiones, las discrepancias están lastradas por el interés, es decir, por la natural inclinación humana a dar por bueno lo que nos conviene o nos gusta.

Nadie tendrá duda de que una tara del *juicio recto* es la “no neutralidad”, que con toda corrección llamamos también *parcialidad*. La acepción 5 de esta última palabra, con la precisión propia del diccionario, dice que es “designio anticipado o prevención a favor o en contra de alguien o algo, que da como resultado la falta de neutralidad o insegura rectitud en el modo de juzgar o de proceder”. Incluso etimológicamente, *parcialidad* equivale a *ser parte* de un todo; en ese caso de una disputa. O, al menos, opinar como si se fuera *parte*.

Este obstáculo del juicio recto ofusca nuestros criterios, tanto sea en una opinión política como en relación con la decisión de un árbitro de fútbol.

El caso de Hannah Arendt es prototipo del *juicio recto*, porque ella, evidentemente *parte* del pueblo judío y de sus desdichas bajo el régimen nazi, no vaciló en mostrar su disconformidad con actos de sus congéneres al colaborar con los tiranos o al apresar a Eichmann en Buenos Aires para lo que era una segura pena de muerte en Jerusalén. Su *interés* no enturbió su opinión, consciente y libre.

Dicho de otro modo, Arendt tuvo la valentía de mostrarse como intelectualmente *neutral*. Esta palabra da nombre a quien “no participa de

ninguna de las opciones en conflicto”. Etimológicamente, *neutro* procede del latín (“ni uno ni otro”).

Este elogio de la actitud de Arendt lleva consigo la censura de un modo de proceder que, en mi opinión, está muy presente en la sociedad de nuestros días. Me refiero a la *indolencia*. El “indolente” es el que no se afecta o conmueve. Y eso significa insensibilidad o indiferencia. A mi juicio, ambas son dos actitudes reprochables, a veces tanto como la parcialidad en el *juicio*.

22. Una manifestación del *interés*, como vicio del juzgar rectamente, es la inclinación de la persona y de sus grupos a atribuir cualquier daño o cualquier contrariedad, por leves que sean, a la culpa “de otro”. El ser humano no se resigna fácilmente a aceptar que algunos episodios no deseados son fruto del mero hecho de vivir, de la providencia, del destino o, simplemente, de la casualidad.

En otros lugares he escrito sobre lo frecuente que es caer en la tentación de dar por sentado que “hay alguien” (o algo) al que atribuir nuestros males, aunque se trate de fenómenos atmosféricos (una nevada intensa, altura de las olas del mar). El caso es que la culpa no sea *mía* (o *nuestra*). Esta actitud puede predicarse de la persona aisladamente considerada, pero también puede corresponder a un “grupo”. Bien sea de clientes de un banco, bien de consumidores de carne o de leche, bien de pacientes de un hospital, bien de trabajadores por cuenta ajena. O de residentes en un lugar bullicioso las noches de los sábados o próximo a un aeropuerto.

Aquí están, a mi entender, las raíces de tanta litigiosidad, de tantas reclamaciones.

23. De lo que acabo de decir se desprende que otra perturbación del *buen criterio* es la constituida por el *prejuicio*.

La propia composición de la palabra *prejuzgar* denota que consiste en “juzgar las cosas antes del tiempo oportuno, o sin tener de ellas cabal conocimiento”. Mas donde acierta del todo el diccionario es al definir

el *prejuicio* como “opinión previa y tenaz, por lo general desfavorable, acerca de algo que se conoce mal”.

Pero, probablemente, todos participemos de la afirmación de que forma parte de la condición humana la resistencia de la persona a reconocer sus limitaciones. No solo a admitirlas frente a los demás, sino a percatarse ella misma de las que le afectan.

Esto hace que, en punto al prejuicio, uno sea el peor juez de sí mismo. Con frecuencia, no nos resulta nada fácil autoatribuirnos con seguridad la condición de exentos del riesgo de no tener ideas preconcebidas sobre cualquier disputa de las que nos rodean.

Las leyes procesales tienen buen cuidado de intentar evitar que el juez pueda estar *contaminado* (esta es la palabra) por el prejuicio, a cuyo fin se adoptan criterios objetivos que deben llevar a su abstención o, en su caso, a su recusación.

Es posible que uno de los más sutiles de esos criterios sea el consistente en haber participado, ese concreto juez, en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia (causa 11^a del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Todavía más, la causa 16^a, esto es, “haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad”.

El peligro de la *no objetividad* va mucho más allá en lo que respecta al *juicio* que cualquiera de nosotros pueda formarse en el ejercicio de lo que vengo llamando *capacidad natural de juzgar*; esto es, cuando nuestro criterio no está llamado a imponerse a los demás. En este caso, sólo la *recta razón* de cada uno puede evitar el desvarío de una *solución* que, como prejuicio, sea extraña a la conciencia de lo justo y de lo injusto. En esta circunstancia, por lo demás, no tiene cabida ni el más mínimo atisbo de duda. Ni siquiera de vacilación.

No será malo que todos nosotros, sobre todo los juristas, caigamos en la cuenta de en qué situaciones ha podido o puede el prejuicio nublar nuestros criterios y nuestras actitudes.

24. Mas el verdadero riesgo, a mi entender, reside en un fenómeno que parece haberse instalado de forma inquietante en la sociedad de nuestros días. Me refiero a la tentación, hoy tan hábilmente estimulada por ciertos *populismos*, de, por así decirlo, “juzgar lo juzgado”; esto es, poner sistemáticamente “en tela de juicio” —expresión muy elocuente— lo resuelto por un tribunal en casos particularmente propicios para avivar los sentimientos de la gente.

Se ha superado, por fortuna, la en el pasado ciega aceptación —no poco de superstición— de los pronunciamientos judiciales. Ahora damos por sentado que las resoluciones de los tribunales pueden ser objeto de *juicio* por parte de gentes ajenas a aquellos. Algunos conflictos que nuestra sociedad ha vivido o está viviendo en los últimos tiempos son particularmente propicios para “alimentar la opinión”, desencadenando entre las gentes una marcada inclinación a la construcción y el fomento de una especie de *juicios populares* en los que, con frecuencia, reina el “criterio ambiental”. Dicho de otro modo, se trata de situaciones en las que se acentúa el peligro de confundir una indocumentada *opinión* con el genuino *juicio*. No creo que se incurra en temeridad al formular la sospecha de que desde determinados grupos se estén alentando *estados de opinión* que, so capa de deseable progresismo, incitan a poner en cuestión algunos pronunciamientos judiciales.

El fenómeno, a mi entender, es gravísimo, acaso porque, probablemente incurriéndose en una deliberada confusión, se intenta hacer pasar por *juicio* algo que no lo es. No será necesario repetir que el *juicio*, por definición, implica un profundo conocimiento de *los hechos*. Repárese en que no estoy hablando, en absoluto, de estar en posesión de las “técnicas de enjuiciar” de las que están provistos los *juristas*, a quienes en el pasado se atribuyó irreflexivamente la función exclusiva de dirimir controversias.

No parece necesario puntualizar que el riesgo del que vengo hablando consiste, nada más y nada menos, en poner en entredicho el *imperio de la ley*. Expresión esta, por cierto, que me parece más genuina y más convincente que la alambicada locución “Estado de Derecho”, aunque sea la actualmente reinante. Tampoco será necesario hacer la obvia advertencia de que es en el imperio de la ley donde se cobija, entre otras, la legitimación de jueces y tribunales, dentro de un sistema procesal que permita sustentar la *ilusión* (la palabra es muy pensada) de que los tribunales, en un sociedad civilizada, gozan de la exclusividad de impartir justicia.

25. A pesar de lo que antes he dicho sobre el *prejuicio*, quizá proceda en ocasiones descargar a la palabra del sentido negativo que se le atribuye. Pero no porque pueda existir algún *prejuicio bueno*, sino porque el mundo del Derecho pone de manifiesto que hay criterios de *juicio* que se han abierto paso en las sociedades mejor organizadas como consecuencia del destierro de opiniones en otro tiempo intocables. Por ejemplo, en relación con la libertad de información.

El caso del norteamericano Sidis, en su día niño prodigio en matemáticas, puede ser ilustrativo. El pensamiento liberal clásico sugeriría que el proceder del “*New Yorker*” no debía ser objeto de reproche, puesto que el reportaje del semanario no contenía nada ofensivo sobre Sidis. Todavía más, lo que se reflejaba en la revista era un elogio sobre quien, siendo niño, había sido considerado como un talento prodigioso. Es decir, el artículo sobre Sidis podría haberse amparado en la llamada *libertad de información*.

Sin embargo, del análisis de aquel caso resultó algo que hoy nos parece *lo justo*. Es decir, que la persona tiene derecho a ver respetada su intimidad. De aquella sentencia norteamericana derivó un concepto jurídico al que pronto se dio nombre. Es el llamado “*right to be let alone*”, que podría traducirse como “derecho a que a uno le dejen solo”. Fueron bastantes los trabajos jurídicos que, en francés o en italiano, hablaron del “*droit d'être laissé tranquile*” o del “*diritto di essere lasciati soli*”. Como decía,

se trata, en suma, de una versión o manifestación del derecho que a veces llamamos “*a la privacidad*”.

En un terreno relativamente próximo, el de la *libertad de opinión*, podía haberse enmarcado el caso que había resuelto el Tribunal de Apelación de París el 19 de marzo de 1952. Se trataba de la publicación de un libro, *Nuremberg o la tierra prometida*, en que se injuriaba y difamaba a los judíos. La demanda fue entablada por dos asociaciones, una de resistentes y otra de judíos. Sin embargo, esta sentencia fue después anulada, en lo referente a la responsabilidad civil, por la Sala de lo criminal del Tribunal de Casación (sentencia de 11 de febrero de 1954), pero no porque negase la capacidad de las asociaciones para obtener la reparación del perjuicio causado a sus miembros, sino por no haberse acreditado la existencia de ese perjuicio con la publicación del libro en cuestión. No se ha demostrado —dijo el Tribunal de Casación— que “dichas asociaciones hayan sido directa y personalmente dañadas por el delito objeto de este proceso”. Remitido el caso a otro tribunal de instancia (en aplicación de la técnica del “reenvío”), el de Orléans estimó la demanda y condenó al autor del libro al pago de la indemnización solicitada —aunque se trataba sólo de un franco simbólico—, por apreciar que las injurias dirigidas a los judíos causan directa e individualmente un daño moral a cada uno de los miembros de la asociación.

Es también significativa una sentencia norteamericana de comienzos del siglo XX.

Se trataba de la publicación incontestada de la fotografía de una joven en un folleto publicitario de una empresa de venta de harina. El tribunal desestimó la demanda de la ofendida, en la que esta solicitaba la oportuna indemnización. El razonamiento del tribunal giró en torno al pensamiento siguiente: “Hay muchas obligaciones que son demasiado delicadas y sutiles para ser puestas en vigor mediante *el rudo método* de indemnizarlas en caso de violación. Acaso los sentimientos ofendidos en-

cuentran la mejor protección posible en el derecho moral y en una opinión pública favorable”.

No obstante, de casos similares al citado derivó la construcción doctrinal de una figura jurídica que toda persona informada conoce. Se trata del denominado *derecho a la propia imagen*, cuya violación suele dar lugar a una indemnización a favor, por ejemplo, de la persona representada en una fotografía periodística. Son de todas conocidas reclamaciones en ese sentido, con el reciente ejemplo de la publicación incontestada de la foto de un niño en una clase del colegio.

No estará de más poner de manifiesto que la fotografía del caso norteamericano que he referido era absolutamente púdica. La señorita estaba muy dignamente vestida y el “ambiente” era el de un campo lleno de flores.

De la misma forma que en los ejemplos anteriores, la evolución de los criterios *culturales* ha dado lugar a significativos cambios en la forma de emitir *juicios*, en materias muy variadas. Son muy notables, pongamos por caso, actitudes hoy muy difundidas sobre la filiación extramatrimonial, la aceptación de la diversidad racial, el rechazo del ruido, etc.

26. Pero temo que el principal obstáculo para la formación de un juicio recto resida –en la sociedad actual– en la existencia de tantos intereses empeñados en “construir” opiniones para los demás.

En su sobrecogedora novela *1984*, Orwell pone en boca de un sujeto, representativo del *Gran Hermano* (cuando habla a su víctima, ya al final de su tortura), una frase que –tenga lo que tenga de verdad– estremece cuando la releemos. Dice el dirigente: “*El ser humano es infinitamente maleable*”. Téngase presente que “maleable” es tanto como *manipulable*. Y *manipular* significa “intervenir con medios hábiles y, a veces, arteros en la política, en el mercado, en la información, etc., con distorsión de la verdad o la justicia, y al servicio de intereses particulares”.

Sospecho que los llamados *medios* albergan la convicción de que es verdad lo que dijo el *Gran Hermano*: que un *juicio* insistentemente repetido con “eficacia” puede convertirse en criterio llamado a enseñorearse de la colectividad. En definitiva, que ese *juicio* llegue a ser una verdad incuestionable.

Si no existe una considerable pluralidad de *medios*, se sofoca la capacidad de juzgar rectamente, en tanto en cuanto no *se informe*, sino que *se forme*. Es decir, se componga *un todo* con lo que no son sino *partes de ese todo*. Con ello, entre otras cosas, se estimula la pereza intelectual y se fomenta el conformismo, que es lo contrario de *formarse juicio*. Puede ser manifestación de ese conformismo un modo de pensar también muy afincado entre nosotros, es decir, el *relativismo*. Este conduce enseguida al *todo vale* o al *habría que ponerse en su lugar*.

El peligro de que los criterios nos vengan dados por *otros* alcanza caracteres de enorme gravedad si tenemos en cuenta lo fácil que es inocular en la sociedad falsedades e insidias mediante las llamadas “redes sociales”. Fenómeno sobre el que, por fortuna, parece que cabezas pensantes han empezado a formular ya serias denuncias y advertencias.

Algo parecido está ocurriendo en relación con el riesgo de los hoy tan socorridos *algoritmos*, cuya manipulación puede dar lugar a un falso conocimiento de la realidad. También a efectos de una defectuosa formación del *juicio*.

Justamente cuando se escriben estas líneas, está siendo noticia de actualidad la del escándalo que ha suscitado el conocimiento de que una conocida “red social” proporcionara a terceros algunos datos relativos a muchos millones de ciudadanos estadounidenses con ocasión (o con motivo) de las últimas elecciones presidenciales de aquel país. Es decir, la red social en cuestión hizo uso —se supone que sin autorización de los afectados— de datos relativos a la intimidad de muchísimas personas, con supuesto impacto

en la vida política de Estados Unidos. Y parece que algo similar sucedió en lo que se refiere a algunas elecciones políticas de otros países.

Expertos en la materia están poniendo de relieve el significado de los llamados “estudios psicométricos”, conducentes al conocimiento del llamado *perfil* de cada uno de los usuarios de una “red”. El procesamiento de información sobre tendencias o inclinaciones de los usuarios de la red conduce –dicen algunos de esos expertos– a que ciertas empresas o determinadas organizaciones planifiquen sus estrategias respecto de *cada ciudadano* en función de lo que este puede apetecer o preferir. En relación con los medios de comunicación, en concreto, se habla de la posibilidad de que algún tipo de noticias no llegue al conocimiento de concretos usuarios, pero no ya por lo que esas noticias puedan “satisfacer” a tales usuarios, sino, al revés, por lo que les puedan desagradar o contrariar.

A todo esto, esos mismos expertos subrayan que los datos relativos a los “estudios psicométricos” son objeto de análisis y selección por medio de la conocida como *inteligencia artificial*. Se dice que es en más del cincuenta por ciento de los casos.

En buena medida, son sobrecogedoras las consecuencias que pueden derivar del conocimiento –por quien fuere– de las inclinaciones de cada uno de nosotros en materia de consumo, sobre los periódicos que leemos, en torno a los libros que compramos o acerca de canales de radio o televisión. Todavía más grave, fármacos que tomamos, especialistas médicos a los que acudimos, asociaciones u organizaciones de las que formamos parte. Todo ello muy relacionado, a su vez, con nuestros pagos bancarios.

No parece necesaria demasiada imaginación para suponer lo fácil que resulta (se entiende la expresión) influir en nuestros *juicios*.

27. No es frecuente que las resoluciones judiciales se manifiesten sobre la *forma* en la que se lleva a cabo el mecanismo intelectual de *juicio* que es propio de un tribunal.

No obstante, hace poco que tuvimos conocimiento de una sentencia (de 21 de febrero de 2017) en la que la Sala Segunda del Tribunal Supremo formula algunas consideraciones sobre lo que decía, esto es, el razonamiento que conduce al *juicio* y los ingredientes que conducen (deben conducir) a la *decisión*.

Cierto es que lo que la Sala manifiesta parecería, a primera vista, sólo aplicable –precisamente– a una resolución judicial. Y también podría parecer que lo declarado por el Supremo únicamente rige en un ámbito sancionador como es el Derecho penal; esto es, situaciones en las que lo que se juzga es si el comportamiento de una persona incurrió en violación de norma o normas tipificadoras de un *delito*. Pero esto es sólo apariencia, a mi entender, pues lo que dice la Sala Segunda me parece predicable de cualquier tipo de controversia.

Más aún, creo que el discurso de la sentencia podría extenderse sin dificultad a cualquier *juicio*, es decir, también a las hipótesis en las que cualquiera de nosotros, sin ser jueces, llevamos a cabo la actividad intelectual conducente a un *juicio*.

Dice la sentencia en cuestión:

“En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

– en primer lugar, debe analizarse el “juicio sobre la prueba”, es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además haya sido introducido en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

- en segundo lugar, se ha de verificar “el juicio sobre la suficiencia”, es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- en tercer lugar, debemos verificar “el juicio sobre la motivación y su razonabilidad”, es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable; por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.”

En el texto que acabo de reproducir existen, desde luego, “elementos” que son propios –podríamos decir que privativos– de lo que, con cierto abuso de las palabras, podríamos llamar *juicio judicial*. Pero lo que en el conjunto sobresale nos permite formular generalizaciones.

En primer lugar, *todo juicio* entraña la necesidad de tener como probados (no imaginados o sospechados) los *hechos* conducentes a la conclusión.

En segundo lugar, quien emite un *juicio* tiene que argumentarlo, para así dotarlo de una dosis suficiente de *razonabilidad*. Es decir, no será *juicio*, a mi entender, una opinión que no supere la “prueba” de la *sindéresis*, que a estos efectos tendría que entenderse como *poder de convicción*; esto es, fuerza suficiente para que la opinión formada pueda merecer una razonable *aceptación social*. Dicho de otro modo, que sea apto para ser compartida por una parte significativa del conjunto de la sociedad.

La aptitud de un juicio para *convencer* a quienes lo oyen se convierte, así, en la nota más exigente para el que lo formula. Este, por así decirlo, tiene que resistirse a las tentaciones de lo que en la sociedad, en un determinado momento, pueda ser “popular” o, simplemente, “bien visto”.

28. Ahora me refiero a un fenómeno que no es “obstáculo” del *juicio*, sino una circunstancia a tener en cuenta en nuestros días.

Creo no exagerar al hacer la afirmación de que, en los tiempos que corren, parece existir un *apogeo de los derechos* y un *eclipse de los deberes*. Quiero decir que, a mi entender, factores sociológicos, culturales y políticos han conducido a una cierta *inflación* de los derechos subjetivos (en el lenguaje común, *derechos*, sin adjetivo).

No estará de más recordar que el gran “artífice” de la noción de *derecho subjetivo*, esto es, Ihering –aunque no fuera el creador del concepto–, fue el primero que, con ironía y gracejo, se cuidó de advertir del riesgo de convertir en *derechos* cualesquiera situaciones que satisfagan un *interés*. El gran jurista hablaba del peligro de llegar a proponer un *derecho* a bailar, a rascarse o a sudar.

Efectivamente, pesa sobre nosotros el riesgo de convertir en *derechos* todas las situaciones en las que la persona se siente movida por un *interés*, por trivial que sea. Peligro que, desde un punto de vista técnico, se agrava cuando incurrimos en confusión entre la noción de derecho subjetivo y la especulación sobre cuántas y cuáles son las *facultades* que lo integran.

En cuanto al primero de esos riesgos, el propio Ihering tuvo la agudeza de puntualizar que derecho subjetivo e interés solo entran en contacto cuando el segundo, es decir, el interés, es *digno de tutela jurídica*.

Son muchos los casos en los que incorrectas comprensiones del *derecho subjetivo* –a veces, caricaturas– se nos han mostrado o se nos muestran.

Menciono al respecto el ejemplo del supuesto *derecho a no haber nacido*, al que dedico unas palabras.

Durante las tres últimas décadas, han abundado en nuestros tribunales acciones judiciales impensables en el pasado, aunque en su día vaticiné —no era muestra de especial agudeza— lo que, como suele decirse, se veía venir.

Me refiero a demandas de responsabilidad cuyo origen está en una “novedad” debida a los portentosos avances de la Medicina. Esta última hace posible ahora detectar y diagnosticar dolencias congénitas del feto, que permiten prever que la criatura nacerá afectada de una *enfermedad* (se permite la expresión) más o menos lacerante.

Como decía, nuestros tribunales, en varios órdenes jurisdiccionales, se han visto y se ven en la necesidad de resolver reclamaciones entabladas por los padres de una criatura contra médicos, u otros profesionales sanitarios, así como contra centros e instituciones del mismo carácter (sanitario). Las demandas en cuestión giran en torno al argumento de que el profesional que atendió a la embarazada no se percató de la patología que aquejaba al feto. Esta circunstancia, añaden los demandantes, privó a la mujer de la posibilidad (legalmente reconocida en ciertos casos) de recurrir al aborto e impedir así el nacimiento de un hijo *enfermo*. En ocasiones, las demandas van más lejos, imputándose al médico la *culpa* consistente en no haber aconsejado a la gestante la práctica de una prueba genética preconceptiva (o en su caso preimplantatoria). Otras ocasiones, lo que se imputa al profesional de la Medicina es, genéricamente, la infracción del deber de informar.

Demandas de este carácter tuvieron su origen en Estados Unidos, aunque luego se abrieron paso en muchos otros países. Desde luego, en todos los que se ha admitido el llamado *derecho al aborto*. Son procesos de nada fácil denominación en español, circunstancia por la que es habitual que utilicemos la denominación en inglés. Son las llamadas *acciones de wrongful birth*, en muchas de las cuales los tribunales españoles han dictado sentencia estimatoria.

Situados en este punto, y al margen de consideraciones de orden moral, no parece encontrarse reparo jurídico alguno. Cuestión distinta es la de que, en esos casos, la que conocemos como *relación de causalidad* plantee el difícil problema de dar por sentado que, en efecto, si la gestante hubiese conocido la patología del feto, habría abortado.

Pero, dentro incluso de la misma hipótesis (negligencia médica) por no diagnosticar, o hacerlo de forma incorrecta, también se acuñó en Estados Unidos la expresión *wrongful life* para dar nombre a reclamaciones en las que *el propio nacido*, el afectado por la dolencia, demanda al profesional o a la institución sanitaria por haberle *hecho nacer* con una enfermedad que, dice el demandante, hace insufrible su vida. En algunas ocasiones, son los padres los que, dentro de esta figura, ejercitan la demanda en representación del hijo menor o incapacitado.

Curiosamente, la primera demanda de *wrongful life* que se entabló en Estados Unidos fue la promovida por una persona (sana) que demandó a su padre alegando que este le había causado el *daño* consistente en “haberle hecho nacer” de una relación ilegítima. Fue el caso *Zepeda v. Zepeda*, en el que un tribunal de Illinois (1963) denegó la indemnización solicitada, por miedo a ser inundado de reclamaciones de cualquier persona que hubiese nacido en condiciones consideradas por ella como adversas o desagradables. Casos como éste fueron calificados después como *dissatisfied life cases* (pleitos de “vida insatisfactoria”), con el común denominador de que en ellos el actor alega el trauma emocional resultante del estigma de la ilegitimidad.

Que yo sepa, en España no se han producido casos *puros* de acción de *wrongful life*, aunque no faltan ejemplos en los que los padres del *nacido* formulan la demanda en su propio nombre (el de padres), así como en representación del hijo.

Lo que en esta intervención quiero destacar es que en las *acciones de wrongful life* llegó a utilizarse por el demandante la expresión que antes decía, es

decir, el *derecho a no haber nacido* (esto es, *right not to be born*). El demandante, que se considera víctima de una vida “indigna de ser vivida”, demanda a quien o quienes, según él, y como decía más arriba, *le han hecho vivir*.

Ante situaciones como esta, que me parece que a todos estremecen, los tribunales han expresado muchas veces la incapacidad del Derecho y de los jueces para dar una respuesta *jurídica*. Se ha dicho que sólo la filosofía, la teología, la ética, pueden pronunciarse. Un tribunal norteamericano dijo algo así como: “*Esto es mucho más de lo que los jueces pueden digerir*”.

Por eso, a modo de réplica, se acuñó una expresión como la de “*santidad de la vida humana*”, con la que los objetores han intentado poner de relieve que toda pretensión debe decaer ante la apreciación de que la vida es un valor o un bien tan noble que la sola referencia a un supuesto *derecho a no haber nacido* constituye una extralimitación que el Derecho no puede permitir.

En este punto, es difícil sustraerse a la tentación de *juzgar* con criterios morales o, para decir mejor, *trascendentes*. Me parecen dignas de ser citadas las palabras del juez Levin en el caso *Zeitzev*, de Israel, cuando al referirse a la *santidad de la vida* dijo: “La condición de cualquiera que ha tenido la oportunidad de ver la gloria de la salida del sol y la belleza de las nubes azules y experimentar la vida con toda su fuerza y su sabor sabe que es siempre mejor que la de aquel a quien se ha negado tal oportunidad”.

Cuestión distinta es que el *juicio natural* acepte que, en casos como los citados, sea procedente la condena del médico a satisfacer a los padres una indemnización pecuniaria llamada a reparar los gastos que aquellos se vieran obligados a afrontar para la debida atención de la criatura enferma. No debe confundirse este concepto con el de considerar que el nacimiento de la criatura constituyó, como tal, *un daño*.

La posible incertidumbre de quien *juzga* se disipa, creo, con la contemplación del caso en el que se imputa al profesional de la Medicina el

error que lleva al desenlace del embarazo de una mujer, no querido por esta. Nace un niño sano, pero no querido. Entran en estos supuestos los casos de esterilización de hombre o mujer defectuosamente ejecutada (operaciones de vasectomía o ligadura de trompas que, por ser realizadas de forma incorrecta, conducen a una concepción no deseada ni previsible), así como los de intervención de aborto que resulta fallida. Este grupo de hipótesis se suele calificar por la doctrina anglosajona como casos de *wrongful conception* o *wrongful pregnancy* (“embarazo injusto” en traducción rigurosa). Los tribunales españoles han tenido también ocasión de pronunciarse sobre asuntos como los que acabo de describir.

29. Descendiendo a un terreno menos espinoso, es decir, de simple significado económico, el fenómeno de la *inflación* de derechos se manifiesta también, a mi entender, cuando observamos ciertas reclamaciones de quienes se parapetan en su condición de *parte débil* de una relación contractual. El llamado *Derecho de los consumidores* es campo abonado para este tipo de demandas. Sirvan como ejemplo los muchos pleitos que en los últimos tiempos se vienen entablando contra entidades bancarias como consecuencia de la proliferación de los conocidos como “productos financieros”.

A estos efectos, me parece muy ilustrativo el trabajo que Learreta Olarra, en un libro reciente (*Culpa y responsabilidad*, páginas 647-667), ha dedicado al análisis de la evolución jurisprudencial experimentada en casos en los que el demandante alega haber sufrido error al concertar un contrato. En un afortunado juego de palabras, Learreta discurre sobre la *diligencia* que en todo caso es exigible y debe esperarse de quien concierda un contrato y la *indulgencia* que en muchos casos se manifiesta, por parte de los tribunales, a favor de ese contratante. No cabe duda de que se trata de un terreno muy propicio para que los tribunales se muestren seducidos por el atractivo de “lo popular”.

Al final de su estudio, Learreta formula unas observaciones que me parecen muy atinadas. Escribe:

“Es *indulgente*, dice el Diccionario de la Lengua Española, quien está inclinado a perdonar y disimular los yerros o a conceder gracias, mientras que la *indulgencia*, como cualidad del *indulgente*, se define en su primera acepción como facilidad en perdonar o disimular las culpas o en conceder las gracias. Allí lo que se perdona o disimula es el yerro, la equivocación, mientras que aquí parece que la cualidad deviene un tanto más profunda, pues lo que se tolera es la culpa. Para el Derecho, no es ocioso recordarlo, el yerro y la culpa no caminan siempre juntos, y según venimos diciendo, aquel se admite al punto de invalidar el consentimiento comercial si se presenta carente de culpa, mientras que esta difícilmente es redimida, desde luego no a los efectos que nos ocupan.

La evolución jurisprudencial que venimos de describir es expresiva de una presencia en el juicio de excusabilidad, ya significativa, de elementos extraños a la búsqueda de un estándar de conducta ideal que pudiera asociarse con el ciudadano ejemplar, con el olvidado buen padre de familia. No es preciso insistir en los deberes legales que incumben a ciertos contratantes caracterizados por su condición profesional, a la que es inherente el riesgo, pero sí recordar que la imposición de una específica obligación legal de una de las partes de informar sobre aspectos concretos del contrato no libera a la otra de su deber de *diligencia*, de cuidado en el modo de proceder.

El rebaje jurisprudencial del estándar de conducta que mide la *diligencia* exigible a un sujeto que contrata equivale en la práctica a disculparle por acciones u omisiones que, de haber sido el juicio más riguroso, le habrían acarreado un reproche, puesto que las consecuencias eventualmente lesivas de sus actos le habrían sido imputadas, siquiera en parte, por evitables. Y la menor *diligencia* exigible comporta la *indulgencia* judicial hacia el demandante, a quien se le termina por perdonar la falta de lectura o de interés en lo que firma, su temeridad de inexperto transformado para la ocasión u ocasiones en aventurado inversor, o la ausencia

de la elemental capacidad crítica que en la vida común permite distinguir lo sencillo de lo complejo.

Pero lo grave, a mi parecer, es que cuando la *indulgencia* se transforma en patrón general de la valoración judicial de la conducta del ciudadano, y pasa además a ser de público conocimiento, la negligencia y la falta de cuidado en la contratación quedan estimuladas con intensidad, puesto que son recompensadas a través de la deseada anulación del negocio fallido y la sencilla recuperación de la inversión equivocada. La denominada litigación industrial así lo corrobora.

No deja de llamar la atención que Marín Castán, actual Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, dijera hace no mucho tiempo que además, aunque el Derecho de la UE y nuestra Constitución contengan principios claros y terminantes de protección a los consumidores, hay que evitar lo que el pensador francés Pascal Bruckner llama la *tentación de la inocencia*, esto es, pensar que el consumidor, por inocente, siempre tiene la razón, a la vez que afirmaba que no parece, pues, que entre las verdaderas causas de la crisis se encuentre el que la gente haya vivido por encima de sus posibilidades sino, más bien, el que la indisciplina y descontrol de los mercados hizo que mucha gente viviera por encima de sus posibilidades y más de algún alto ejecutivo por encima de sus capacidades. Y me resulta llamativo porque el autor francés al que el Presidente de la Sala Primera menciona, al hablar de la tentación de la inocencia, reflexionó agriamente sobre la irresponsabilidad convertida en forma de conducta, la queja como recurso social, y la negación del deber, todo ello con nula *indulgencia* hacia el consumidor victimista, ansioso de protección más o menos oficial frente a sus propias torpezas.”

Me parecen muy acertadas las reflexiones de Learreta. Diríase que algunas resoluciones judiciales están, más que por el ánimo de *juzgar*, guiadas por el designio de *descargar* a ciertos contratantes del que considero mínimo deber de diligencia, que es el de desplegar el cuidado de

leer bien y entender lo que se firma en el contrato. Dicho de otro modo, podría casi decirse que se instaura un *derecho a no leer* o un supuesto *derecho a no entender*. Por cierto, estimo que la alegación de “no haber entendido” es todavía más grave que la de “no haber leído”, puesto que el *deber de atender los asuntos propios* (en definitiva, una expresión de la *diligencia*) exige, para que pueda ser apreciado un “error”, requisitos de los que entiendo que el ciudadano no puede desprenderse.

No entenderlo así constituye, también a mi juicio, una especie de “franquicia” para muchas demandas caracterizadas por el *desenfado*, muchas veces lindante con el *descaro*.

Acaso estemos en presencia de una manifestación más del empeño, que parece muy generalizado, de salir a la palestra en alivio de los deberes, curiosamente coincidente tantas veces con el propósito de dar más y más vigor a los derechos.

X. ELOGIO DEL JUICIO

30. Y termino ya, formulando una opinión que quizá no todo el mundo comparta.

Hace un par de años que, en un libro en el que yo discurría sobre la supuesta *belleza* del Derecho, manifesté la opinión de que el *juicio*, entendida la palabra en la forma en la que hoy lo he hecho, goza del atributo de *bello*, en tanto en cuanto constituye una de las más significativas cualidades del ser humano.

Es cierto que, sometido hoy el *juicio* a las veleidades de la llamada “opinión pública”, está notoriamente capitidisminado, es decir, sujeto al riesgo de la desestimación o, al menos, de la subestimación. Entre otras cosas, el *juicio* se encuentra en nuestros días subyugado por el formidable peso del relativismo que nos rodea. Expresado con otros términos, no

parece que hoy en día haya mucho espacio para el *juicio*, puesto que parecen existir bastantes “poderes” (no del todo identificables, pero sí en muchas ocasiones) interesados en impedir que la persona pueda desarrollar de verdad su capacidad de *enjuiciamiento*, esto es, de someter a examen y *juicio* las cuestiones que le rodean. Por el contrario, parecen hoy dominar las constantes (aunque a veces subrepticias) llamadas a la *tolerancia*, a la *comprensión* y a la ciega aceptación de *por qué no va a ser así*.

Pero, precisamente por eso, cada día me parece más necesario que los juristas (con argumentos, no con consignas) despleguemos todos los esfuerzos para que la capacidad de enjuiciar recupere toda la potencia que, a mi entender, tuvo en un pasado todavía no muy lejano.

No juzgar, desde luego, es “cómodo”. En algún caso, puede proporcionar alguna ventaja material, pero sobre todo exime de pensar cuando se trata de una actitud dominante dentro de la sociedad. Lo mismo sucede cuando uno se forma su criterio al amparo de algún *prejuicio*. Lo que de otro modo podría considerarse comprensión o transigencia constituye, ciertamente, una posición “confortable”.

31. No obstante, como decía, propongo encarecidamente la conveniencia de estimular el *juicio* sobre cualquier disputa que toda persona conozca, porque me parece que es piedra angular de una sociedad avanzada la de hacer *natural* en su seno la exquisitez intelectual que significa razonar siempre *como si todo ciudadano fuese juez*.

A estos efectos, me parece que sería muy bueno que padres y profesores de niños y adolescentes fueran conscientes de lo importante que es el *juicio natural* al que me refero. Creo que conviene que sean conocedores, en toda su crudeza, de acontecimientos en los que ellos, niños y adolescentes, son protagonistas de tantas noticias como las que nos proporciona la vida actual: agresiones a compañeros de colegio, a profesores e incluso a padres. Frecuentemente, agresiones sexuales. Considero acon-

sejable que no se limiten a ser conocedores de esos hechos –si es que lo son–, sino que se les inculque el *juicio* en toda la profundidad de la palabra. Sería así cuando se pudiese hablar de *juicioso*, aplicada la palabra, por ejemplo, a un adolescente de dieciséis años.

Pero es que, además, el juicio en edades tempranas propicia lo que podríamos considerar una especie de adiestramiento de la *capacidad* sobre la que el *juicio* se asienta.

32. Vistos los requisitos que el ejercicio de la *capacidad natural de juzgar* comporta, examinados los obstáculos que debe superar y teniendo en consideración, desde luego, los reparos que pueda suscitar, acaso parezca que su puesta en práctica no pasa de ser un *ideal*, casi una ilusión. No obstante, o precisamente por eso mismo, insisto en la opinión de que el *juicio* (criterio, prudencia) debe ser reconocido y estimulado.

Vecindad civil y Derecho interregional privado: una reforma necesaria*

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA
Catedrático Emérito de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

I. LA PROPOSICIÓN DE LEY DE LAS CORTES DE ARAGÓN

El Congreso de los Diputados, en votación plenaria celebrada el día 15 de noviembre de 2016, acordó la toma en consideración de la “Proposición de Ley de las Cortes de Aragón, por la que se modifica el Código Civil en relación con el estatuto personal y vecindad civil”. Lo hizo sin ningún voto en contra, con 289 votos a favor y 54 abstenciones.

La Proposición aragonesa se había presentado formalmente el día 19 de julio, a la vez que otras cuatro proposiciones procedentes de parlamentos autonómicos. Todas ellas, excepto la aragonesa, han decaído por disconformidad del Gobierno con su tramitación. En esta legislatura solo la proposición aragonesa ha sido tomada en consideración por el Congreso y tramitada hasta la presentación de enmiendas en la Comisión de Justicia, a la que se le ha atribuido competencia legislativa plena. El siguiente paso es el informe de la Ponencia ya constituida.

* Texto de la lección inaugural del profesor D. Jesús Delgado Echeverría con motivo de la apertura del curso 2017-2018 de la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia (25-10-2017).

Tuve conocimiento de esta proposición cuando, en febrero de este año, fui convocado por la Comisión de Justicia para informar (junto con una docena de expertos) sobre esta proposición. Si me había enterado por la prensa aragonesa del acuerdo de las Cortes de Aragón en diciembre de 2014 lo había olvidado. Sin embargo, la aprobación de aquella proposición en las Cortes aragonesas nos deparó un hecho insólito: El Presidente acabó la sesión proclamando: “Votos emitidos, sesenta. A favor, sesenta. Se aprueba por unanimidad de la Cámara”.

Unanimidad. Ni un solo voto en contra, ni una abstención entre los parlamentarios aragoneses. Y en Madrid, ya lo he dicho, una mayoría abrumadora (289 votos a favor), sin votos en contra, con solo 54 abstenciones.

Cuando Andrés Urrutia me propuso dar la conferencia inaugural del curso de la Academia Vasca de Derecho, yo tenía muchas razones para aceptar, no la menor la amistad con Andrés y con tantos otros juristas vascos, cuya acogida en foros como este desde hace muchos años es para mí siempre motivo de satisfacción y de agradecimiento. Pero además, creía que tenía un tema fácil y un éxito seguro: iba a hablar sobre una ley nueva (pensaba que a estas alturas ya estaría aprobada y por amplia mayoría), poco problemática, sobre materia que nos es común a todos los foralistas, en realidad, a todos los civilistas españoles. Es decir, una cuestión de actualidad, con un texto para comentar y la atención asegurada por parte de todos los oyentes que habrían de aplicar las nuevas normas.

La ley no está aprobada y no estoy en condiciones de hacer pronósticos sobre su suerte. Las enmiendas presentadas y, más aún, las divergentes opiniones de los expertos convocados por los grupos parlamentarios, hacen ver que las modificaciones planteadas no son percibidas del mismo modo por juristas y políticos de distinta vecindad civil, y que es precisamente la vecindad civil del opinante o su arraigo en distintos lugares de España el dato que mejor explica las divergencias, más allá de las diferentes ideologías políticas. Asunto, por tanto, delicado y acaso susceptible de ignición espontánea.

Pido, por tanto, su benevolencia. Puesto que no puedo analizar una ley vigente, opto por presentar algunas reflexiones sobre la vecindad civil que la tramitación de la todavía nonata me ha suscitado. Obviamente, no voy a explicar el tema de la vecindad civil en su totalidad (la lección académica ocupaba al menos dos horas en los programas tradicionales de Parte General del Derecho civil). Un tema que el análisis pormenorizado de leyes y sentencias revela muy complejo, pues salen al paso a cada momento cuestiones técnicas de difícil respuesta. Esta complejidad creo que no debe ser minusvalorada ni atribuida necesariamente a determinadas opciones de principio o de política legislativa. Cualquiera que sea la opción, habrá problemas.

Me centraré en la actual regla del art. 15, apartado 5, número 2º del Código civil, que dice: “(La vecindad civil se adquiere...) 2º Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo”. La proposición aragonesa suprimiría este inciso, dejando por supuesto el que prevé la adquisición de vecindad civil “por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad”, acentuando así el carácter consciente y voluntario de una adquisición de vecindad civil por residencia, que conlleva la pérdida de la ostentada previamente. Además, en una disposición transitoria, prevé una declaración de recuperación de la vecindad civil perdida ejercitable en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor de la ley.

También incluye la proposición una ampliación de las opciones de los menores de edad al llegar a los catorce años y durante cierto tiempo, de la que no me ocuparé aquí.

II. EN LA COMISIÓN DE JUSTICIA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Como he dicho, la Comisión de justicia llamó a comparecer en calidad de expertos a una decena de juristas españoles, que tuvimos ocasión de exponer nuestra opinión ante los miembros de la misma. Constan nuestras intervenciones en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, que puede consultarse cómodamente en el excelente portal del mismo en Internet. Hay de todo.

Cerrado el periodo de enmiendas (que se amplió trece veces), las referidas a la adquisición por residencia de dos o de diez años proceden de tres grupos parlamentarios: Ciudadanos, Popular y Partit Demòcrata català (integrado en el Grupo Mixto). El Grupo Parlamentario Socialista no formuló ninguna enmienda al texto tramitado. Tampoco el Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. Los Grupos de Esquerra Republicana, Vasco y otros miembros del Grupo Mixto propusieron enmiendas de adición, referidas a la regulación de la nacionalidad, para facilitar la adquisición de la española por los saharauis. El Grupo Vasco, también una de adición referida a la “derogación de la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012”.

Centrémonos en las enmiendas atinentes a nuestro tema. Los tres enmendantes (Ciudadanos, Partido Popular y Partit Demòcrata català) coinciden en mantener la actual regulación del apartado 5 del art. 14 (en contra, por tanto, del meollo de la proposición aragonesa) pero mientras el primero y el último suprimen también la disposición transitoria de la propuesta (sobre recuperación), el Grupo Popular la mantiene con pequeña modificación no sustancial. ¿Podemos suponer, al menos como hipótesis, que mientras la derecha prefiere mantener la adquisición automática por residencia de diez años, la izquierda se inclina por la volun-

tariedad constatada de la adquisición (o, quizás, simplemente que no lo tiene claro y acaso no le importa mucho)?

Los enmendantes del Partit Demòcrata català añaden una regla nueva al final del apartado 5 del art. 14, que a mí me parece interesante: “Los ciudadanos cuando comparezcan ante notario podrán manifestar su voluntad de mantener su vecindad civil de origen. En este caso el notario o fedatario público lo recogerá en un documento público independiente y lo comunicará al registro civil a los efectos oportunos.» Más adelante comentaré esta posible intervención notarial.

III. LA ADQUISICIÓN DE LA VECINDAD POR RESIDENCIA. ¿VOLUNTARIEDAD?

La regla de adquisición automática de la vecindad por mero transcurso del tiempo tiene sus pros y sus contras. La hoy vigente tiene incluso una ambigüedad poco deseable sobre el papel de la voluntad en este caso, que autores y tribunales traducen a veces en una especie de presunción de voluntad (por el hecho de residir voluntariamente, y porque puede destruirse por la declaración temporánea en contrario). La jurisprudencia sigue dando sorpresas, debidas muchas veces a la incertidumbre de los hechos y las dificultades de prueba, en pleitos que se plantean típicamente a la muerte del sujeto (por sus herederos) o, en los últimos decenios, al romperse un matrimonio y liquidarse el régimen matrimonial. Pero no es mi intención ocuparme de la interpretación y aplicación del precepto, sino de algunas cuestiones previas o de principio.

La propuesta aragonesa de suprimir la regla de adquisición y correlativa pérdida automáticas no es una ocurrencia de los últimos tiempos. Fue una de las conclusiones del Congreso Nacional de Derecho civil celebrado en Zaragoza en octubre de 1946, aprobada por aclamación como todas las demás, sin que surgieran discrepancias significativas desde ninguna de las delegaciones. Merece la pena transcribirla íntegra.

En el apartado d) de la Conclusión Primera se había acordado “La promulgación urgente de una ley de carácter general que resuelva los problemas de derecho interregional que surgen de la coexistencia de diferentes regímenes civiles españoles”.

La Conclusión Segunda dice así en sus primeros párrafos:

“En la elaboración de la Ley general a que alude el apartado d) de la conclusión anterior, por la que se amplíen y modifiquen los artículos del Código civil vigente, se atenderá, entre otros, a los siguientes principios:

a) La regionalidad o vecindad civil debe ser fácil y sencillamente conocida y consignada en todos los actos del Registro civil y en los documentos de identidad.

La vecindad civil se determinará según las normas generales establecidas para la adquisición de la nacionalidad española, en lo que sean aplicables y mediante justificación o prueba.

En ningún caso será adquirida nueva vecindad civil por la simple residencia o vecindad administrativa y sin declaración expresa del sujeto, la cual habrá de ser inscrita en el Registro civil y anotada en las actas de nacimiento y matrimonio.

Quienes hayan perdido su vecindad civil originaria por la simple vecindad o residencia administrativa, podrán recuperarla, manifestándolo por escrito al encargado del Registro civil del lugar del nacimiento, dentro del plazo de un año, a partir de la publicación de la ley general aludida.

Los preceptos de dicha Ley, que hagan referencia a regionalidad o vecindad, serán aplicables con estricta reciprocidad entre los territorios de diversa legislación civil”.

IV. EL ORIGEN DE LA CUESTIÓN: EL CÓDIGO CIVIL DE 1888

El cambio de vecindad civil por residencia sin declaración expresa fue visto siempre con desaprobación desde los territorios con Derecho civil propio, como una artimaña por parte del legislador estatal para restar personas aforadas y sumarlas al Derecho llamado común. De hecho, esta intención parece segura en la primera regulación del Código, la de 1888. La rectificación producida en 1889 fue de gran envergadura, pues introduce la regla de “recíproca aplicación a las provincias y territorios españoles de diferente legislación civil”, pero sigue ocupándose directamente de cómo se gana vecindad “por residencia de diez años en provincias o territorios de Derecho común” (por cierto, estos territorios de Derecho común incluían las colonias americanas que diez años más tarde se independizarían).

De no ser por esta *vis atractiva* que el legislador quiso establecer a favor del Código civil y en perjuicio de los forales o especiales no se entendería esta regla de adquisición automática (de la vecindad de derecho común) por residencia de diez años. Al fin y al cabo, entonces los Derechos forales, que “se mantendrán por ahora” como decía el Código, estaban llamados a reducirse en unos apéndices o directamente a desaparecer. Por ello resultaba coherente con el intento unificador el restringir el número de ciudadanos que gozaban de los derechos forales.

La “vecindad civil” es un artificio que inventó o construyó el legislador español decimonónico sin comprender plenamente lo que hacía, para salir del paso ante una situación de pluralidad de Derechos civiles que no había previsto que perdurara y que no le gustaba. Añadido de inmediato que el artefacto jurídico ha cumplido bastante bien su función hasta ahora y puede seguir cumpliéndola. Tan no sabían lo que hacían que en realidad ni en 1888 ni en 1889 habla el Código de “vecindad civil”. En ambas ediciones el artículo 15 establece a qué personas se aplican “los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas y los de sucesión testada o intestada declarados en este Código”.

Las “leyes que se aplican” son las mismas que según el artículo 9 “obligan a los españoles aunque residan en el extranjero”, con el añadido de las que regulan “las sucesiones legítimas y las testamentarias” que se regularán “por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate” (artículo 10, redacción de 1888). Lo que se conocía entonces como “estatuto personal”.

En 1888 “vecindad” (sin el adjetivo de civil) aparece en el núm. 3º del artículo 15 para indicar que aquellas leyes del nuevo Código se aplicarán “a los que, procediendo de provincias o territorios forales, hubieren ganado vecindad en otros sujetos al derecho común”. ¿Cómo se “gana vecindad”? Nada decía el Código. Puede pensarse en la aplicación del Derecho castellano histórico (pues de ganar vecindad de derecho común trata exclusivamente) o en la de la Ley municipal de 1870, con resultados discutibles e inciertos en todo caso. La importantísima rectificación que dio lugar a la edición de 1889 sigue sin utilizar el sintagma “vecindad civil”, lo que motivó que la doctrina hiciera varias propuestas para el nombre de esta figura, entre ellos “ciudadanía o provincialidad civil”, “ciudadanía foral” o “regionalidad”; de “condición (civil) foral de navarro” habla hoy la Compilación navarra. Triunfó finalmente el de “vecindad civil”, que es el que aceptó en 1952 Federico de Castro, a pesar de que “tiene el grave defecto de no ser verdadera vecindad, pues ni da, ni quita, ni se basa en la condición de vecino” (II, 468). La rectificación la hace la Comisión de Codificación en 1889 tan a disgusto como expresan sus palabras en la exposición de motivos, al responder a los que “atentado aún más grave contra los fueros creyeron hallar en el artículo 15” y a los que “no tranquilizó bastante” la interpretación que la Comisión quiso hacer del mismo. “La Sección –dice– ha procurado aclararlo y fijar su verdadero sentido, de suerte que no pueda quedar duda al más suspicaz de que por él no se introduce novedad alguna en el régimen jurídico de las provincias forales”.

Lo que hizo la Comisión estuvo bien y el paso del tiempo lo ha consolidado, pero, contra lo que ella dice, sí que introduce novedad y nove-

dad muy importante: el ámbito de aplicación personal de los Derechos civiles coexistentes en España no lo determina cada uno de estos Derechos según sus propias normas (como ocurre básicamente en el Derecho internacional privado), sino un legislador único por encima de todos ellos. Esto sigue siendo así y es dato fundamental en nuestro Estado plurilegislativo de acuerdo con la Constitución. Pero ya se ve que la Comisión de 1889 no tenía nada claro el alcance de su obra, cuando introduce el siguiente párrafo, que es el antecedente directo del que hoy regula la adquisición de la vecindad civil por residencia: “Para los efectos de este artículo se ganará vecindad: por la residencia de diez años en provincias o territorios de Derecho común, a no ser que, antes de terminar este plazo, el interesado manifieste su voluntad en contrario; o por la residencia de dos años, siempre que el interesado manifieste ser esta su voluntad. Una y otra manifestación deberán hacerse ante el Juez municipal, para la correspondiente inscripción en el Registro civil”. En realidad, el gran cambio legislativo que constituye a la vecindad civil como institución nueva y decisiva para la aplicación a los españoles de ciertas normas de los Derechos civiles coexistentes lo realiza, de manera indirecta, la frase entonces final del artículo: “Las disposiciones de este artículo son de recíproca aplicación a las provincias y territorios españoles con diferente legislación civil”.

V. EL DECRETO DE DURÁN Y BAS, 1899

Así quedó en el Código hasta 1974. Durante ochenta y cinco años “vecindad civil” fue una denominación doctrinal discutida. El mayor apoyo para llamarla así lo dio el R. D de 12 de junio de 1899, que llegó en el último momento, a punto de cumplirse el plazo de los diez años, para que los residentes a la entrada en vigor del Código en territorio distinto al de su procedencia pudieran evitar la adquisición de nueva vecin-

dad civil y la correlativa pérdida de la que tenían. Porque podrá discutirse doctrinalmente sobre el grado de voluntariedad de la adquisición de la vecindad civil por residencia, pero el hecho es que el Estado español, durante casi diez años, no se preocupó de que fuera posible para los ciudadanos manifestar su voluntad al respecto. El ministro firmante subraya la “necesidad de resolver con urgencia”, pues se aproxima la terminación del plazo que se abrió el 17 de agosto de 1889. Es decir, quedan poco más de dos meses.

El Decreto lo firma el jurista catalán Durán y Bas, quizás lo más importante que hizo en el poco tiempo que desempeñó el Ministerio de Gracia y Justicia en un gobierno presidido por Silvela en el que el hombre fuerte era el General Polavieja. El Gobierno de “después del desastre”, propenso a las “concesiones descentralizadoras” planteadas en el manifiesto de Polavieja¹, que quiso tener especial atención a los regionalismos y, en particular, a los sentimientos catalanistas. Duró poco, Polavieja salió del gobierno el 28 de septiembre y con él, el 1 de octubre, Durán y Bas.

No sabemos la utilización que los ciudadanos hicieron de los cauces de manifestación de voluntad sobre la adquisición o no de una vecindad civil por residencia. ¿Cuántos vizcaínos aforados, navarros, aragoneses, catalanes... residentes fuera de su tierra acudieron a los registros civiles? ¿Para declarar que querían adquirir la vecindad de su nueva residencia o, por el contrario, para no adquirirla a pesar del paso del tiempo? No lo sabemos, ni para aquellos años ni para fechas recientes. A Durán y Bas le parecía tan importante conocerlo que el art. 6º de su Decreto establecía: “Los Jueces municipales, como encargados del Registro civil, elevarán semestralmente a la Dirección General de los Registros civil y de la propiedad y del Notariado un estado debidamente autorizado, compren-

¹ El manifiesto de Polavieja fue leído por el diputado Rafael Gasset en el Congreso de los Diputados el 14 de agosto de 1898 (Diario de Sesiones, 10 de septiembre de 1898, págs. 1745-1749).

sivo, en relación, de las inscripciones de la vecindad civil que se hubieren extendido dentro de dicho periodo, con expresión de las circunstancias 1ª y 3ª del artículo 20 de la Ley del Registro civil, y en su caso de la legislación a que el interesado estaba anteriormente sometido”.

Es posible que los Jueces municipales de la época cumplieran este deber estadístico durante algún tiempo. Pero el hecho es que estos datos, si existen, son inaccesibles. Al menos, no he tenido nunca noticia de su existencia y no he sido capaz de encontrar rastro ni en las Bases de datos del Instituto Nacional de Estadística ni en las del Consejo Superior del Poder Judicial. Tampoco donde sería más esperable su presencia, en el Anuario de la Dirección de los Registros y del Notariado. No aparecieron en su primer número, de 1905, ni en los últimos (en los que sí aparecen datos detallados sobre nacionalidad). Cabe pensar que al Estado nunca le interesó mucho esto de la vecindad civil, que era y sigue siendo indicador indiscreto de la existencia de unos derechos forales con gente detrás, gente que vive sus Derechos, los usa y los quiere conservar. Derechos, ordenamientos jurídicos civiles, cuya existencia sigue sin gustar en la mayor parte de los despachos y oficinas de Madrid.

VI. LA PRÁCTICA SOCIAL DE LAS DECLARACIONES DE ADQUIRIR O CONSERVAR

Como no hay estadísticas conocidas, todo lo que digo a continuación no responde sino a impresiones subjetivas recibidas a lo largo de mi vida. Una hipótesis es que los ciudadanos cuyo Derecho civil es el del Código nunca se han ocupado de conservar este Derecho cuando han pasado a residir en territorios forales. Quizás porque conocen menos su Derecho civil que los aforados el suyo y porque les importa menos. Los aforados, por su parte, tampoco han acudido al registro civil en la mayor parte de los casos en que podían hacerlo: posiblemente por desconocimiento (pocos ciudadanos,

incluso licenciados en Derecho, saben que tienen determinada vecindad civil y las consecuencias de ello) y por pereza a acudir a los juzgados. Estos, en su función de registro civil, tampoco lo ponen fácil, al menos en los últimos tiempos. Conozco más de un caso (y algún amigo me ha confirmado otros) en que un aragonés residente en Madrid ha acudido al Registro civil de su domicilio con intención de declarar su voluntad de conservar su vecindad civil aragonesa y ha encontrado toda clase de dificultades, incluida la negativa de que eso se pueda hacer, por no haber ningún formulario para ello o porque –le dijeron– no lo permiten las leyes. Posiblemente, mera ignorancia del funcionario; no presumo malquerencia. Algún ciudadano ha insistido y ha conseguido hablar con el juez, otros han desistido.

Es anécdota lo que les voy a contar de mi abuelo Echeverría. Nacido en Pamplona en 1888, de familia procedente del valle del Roncal, su primer destino como ingeniero de caminos, canales y puertos le llevo a Almería. Allí se casó. Luego su trabajo le llevó a otras muchas capitales en la península y en Canarias. Cuando falleció en Zaragoza en 1970 sus hijos encontraron en un cajón de su escritorio certificado manuscrito del Registro civil de Almería documentando su declaración de querer conservar su vecindad civil navarra. Quedó inscrita con el número uno en la Sección de Ciudadanía y vecindad civil que el Decreto de Durán y Bas había creado en 1899, a pesar del tiempo transcurrido (creo que la inscripción era de 1914). La certificación, como digo, la mantuvo bien guardada y la conservó toda su vida. Le importaba mucho.

Creo que los navarros son, posiblemente, los españoles que más han utilizados estos servicios del Registro civil. A finales de los sesenta y principios de los setenta había en la Audiencia Territorial de Zaragoza un magistrado navarro que, conocedor de que algún coterráneo suyo había pasado a residir en esta ciudad (de lo que le avisaba la Casa Navarra), le mandaba recado recordándole que no dejara de acudir al Registro civil para no perder su vecindad y, con ella, su Derecho.

Otra anécdota. A principios de los setenta di una conferencia sobre Derecho aragonés en el Centro aragonés de Barcelona. La concurrencia fue numerosa y muy interesada por el tema. Mi charla incluyó las inevitables referencias a la vecindad civil. Al acabar de hablar y abrirse un turno de preguntas, se levantó visiblemente excitado uno de los asistentes, persona mayor, que dijo ser vicepresidente del Centro, que llevaba más de veinte años en Cataluña y que no había oído nunca esto de la pérdida de la vecindad civil por el paso del tiempo. Su consternación era grande porque, según decía, los Estatutos de la Casa de Aragón exigen el requisito de ser aragonés para acceder a los cargos directivos. ¿Es que, quiere decirme Vd. que no puedo ser vicepresidente de la Casa de Aragón? Ante su descon-suelo, aquel joven profesor universitario le contestó, creo, prudentemente: por supuesto que puede ser vicepresidente, los Estatutos piden ser aragonés y Vd. lo es por los cuatro costados, por sus raíces y por su voluntad de no dejar de serlo; Vd. será aragonés hasta su muerte, como todos los socios de este Centro. Pero el Derecho del Estado regula la llamada “vecindad civil” de tal manera que para la aplicación de ciertas normas del Derecho aragonés requiere que, en su caso, hubiera hecho una declaración en el Registro civil. A estos efectos, siento decirle que, de acuerdo con las leyes vigentes, ha perdido su vecindad civil aragonesa. Ya, Vd. no lo sabía. También tengo que decirle que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, principio igualmente vigente y operante, a pesar de las críticas del aragonés universal Joaquín Costa (que, por cierto, da nombre a la calle barcelonesa en que se sitúa el inmueble del Centro aragonés).

Esta última parte no creo que le gustara, pensaba que el suyo debería ser para siempre el Derecho aragonés. Me interesa añadir que a la salida un joven notario amigo, aragonés y de izquierdas, con notaría en Hospitalet de Llobregat si no recuerdo mal, me reconvino amablemente. Lo que debían hacer los aragoneses residentes en Cataluña era integrarse en la sociedad catalana, lo que incluía su lengua y su derecho. Eran los tiempos en que decían que “son catalanes todos los que viven y trabajan en

Cataluña”. Eran las fechas (o poco antes, no recuerdo bien) de las consignas de “Llibertat, amnistia, estatut d’ autonomia”, que yo también he compartido en castellano.

Ya he dicho que solo puedo contar impresiones y anécdotas para tratar de calibrar cómo han manifestado los españoles su voluntad ante los cambios de vecindad civil por residencia. Impresiones y experiencias de otros juristas pueden completar lo que voy diciendo, o acaso contradecirlo totalmente. Incluso todas las impresiones pueden estar equivocadas. Lo grave es que no podamos conocer hechos que constan en registros públicos y que deberían publicarse en sus estadísticas, ¿Podría la Comisión de Justicia de las Cortes solicitar de la Dirección General de los registros estos datos desagregados por territorios y años? Cabría entonces relacionarlos también con los de flujos migratorios interprovinciales. Mi hipótesis es que las declaraciones forman un porcentaje muy pequeño sobre el total posible y que la mayor parte son para conservar la vecindad civil previa². En fin, que un poco de estadística fiable y otro poco de buen análisis sociológico no estarían de más en la elaboración de cualquier política legislativa.

VII. VALOR SIMBÓLICO Y CONTENIDO TÉCNICO DE LA VECINDAD CIVIL

Las anécdotas e impresiones de que he dejado constancia más arriba muestran sobre todo el valor simbólico de la vecindad civil, su apelación

² Santiago Álvarez decía en 2007 (publicado por primera vez en 2003) que “el número de registradores, notarios, profesionales de la justicia e incluso profesores de Universidad que habiendo pasado algunos años (dos, al menos) por razones laborales en Navarra o Cataluña han hecho declaración de adquisición y de conservación de vecindad civil no es pequeño; y ello con independencia de (que) su vinculación con tales Comunidades se limite a lo que fue “su primer destino” (vínculo de la “casualidad”)”. Por el contexto, se entiende que las declaraciones se hicieron con la finalidad de que el Derecho navarro o el catalán fuera el aplicable al matrimonio o a la sucesión de estos funcionarios expertos en leyes. Trasciende cierto aroma como a uso de información privilegiada y quizás de amistades.

a los afectos, a los sentimientos de pertenencia, a las identidades colectivas. Algo nada desdeñable y en todos caso inevitable, una vez que la invención de la “vecindad civil” en los años ochenta del siglo XIX hizo de esta la expresión jurídicamente formalizada la más conspicua de las diferencias en el Derecho entre los ciudadanos del unitario y centralista Estado español (junto con los conciertos vascos y la ley paccionada navarra, que apelan más directamente a las Diputaciones forales y a los poderes públicos que a los individuos y las familias). Las “vecindades forales”, contrapuestas al “Derecho común”, son testimonio de la diversidad y designan a aquellos que tienen un Derecho diferente, suyo propio. Según épocas y territorios, un claro y acaso el mayor signo de identidad cultural de estos, aunque siempre de alcance limitado y no muy relevante en los movimientos e idearios regionalistas y nacionalistas.

Pero, obviamente, la vecindad civil tiene una dimensión técnico-jurídica precisa, de alcance bastante más limitado que su proyección emocional. Esta dimensión técnica es la que interesa primordialmente a los juristas, aunque no deberían desatender sus implicaciones simbólicas, especialmente al hacer o enjuiciar propuestas de política legislativa. Como concepto jurídico, es una condición de la persona (estado civil para muchos juristas), una relación jurídica ente el Estado y sus ciudadanos que determina la sumisión de estos a uno de los ordenamientos civiles vigentes en el territorio español y, por tanto, un criterio para la aplicación de un Derecho territorial u otro. No analizaré ni discutiré estas caracterizaciones de la vecindad civil: me interesa centrarme de inmediato en sus aspectos prácticos más relevantes, en las consecuencias que tener una u otra vecindad acarrea a los ciudadanos. A la cabeza vienen inmediatamente dos, que afectan a la inmensa mayoría de los ciudadanos en algún momento: su régimen económico matrimonial y el de su herencia. Más exactamente, si atendemos a la realidad, afectan a los herederos, que son quienes con más probabilidad se interesarán por la vecindad civil que tuvo su causante; también a los ex cónyuges (o sus herederos), llegado el caso de liquidar el régimen.

Las normas sobre la vecindad civil no mandan ni prohíben nada a los que ostenta una u otra. No prescriben una conducta ni amenazan con sanciones. Con alguna salvedad, las normas actúan principalmente como criterios legales dirigidos a los jueces para que, atendiendo a las normas de derecho interregional privado, identifiquen el sistema normativo (uno de los Derechos civiles coexistentes en España) que han de aplicar en un pleito. Normalmente, muchos años después de que acaecieran los hechos (nacimiento, residencia) que atribuyeron la vecindad civil y que en muchos casos serán alegados por personas distintas de aquel de cuya vecindad se trata. No digo nada nuevo, se trata de normas constitutivas (o definitivas), que no mandan nada y no pueden ser obedecidas ni desobedecidas. Consecuencias jurídicas de las mismas solo son posibles en colaboración con otras normas, señaladamente las de conflicto, que a su vez tampoco son normas de conducta.

Respecto de estas normas constitutivas atributivas de vecindad civil, lo esperable es que el ciudadano las ignore en su concreción legal y, si piensa en ello, que suponga que le atribuyen la vecindad que cree tener. De ordinario, no habrá ningún motivo para hacer más averiguaciones y en la inmensa mayor parte de los casos acierta, aunque no tiene ni puede tener un documento que lo confirme (solo los que acudieron alguna vez a declarar a un registro civil pueden tenerlo, incluidos los extranjeros nacionalizados). Si esto es así, parece un buen criterio de política legislativa establecer normas que no le sorprendan, que no defrauden su ingenua confianza.

VIII. NORMAS ATRIBUTIVAS DE COMPETENCIA

La regulación de la vecindad civil incluye también normas de otro tipo, no constitutivas sino atributivas de competencia o de poderes. La terminología no está bien establecida entre civilistas, pero ya se entiende que me refiero a las que conceden opciones circunstanciadas (los padres respecto

de los hijos en los primeros seis meses de la vida de estos, estos en ciertos años de su edad, el cónyuge durante la convivencia matrimonial), entre las que podemos incluir las de declarar la voluntad de adquirir la vecindad correspondiente al lugar de residencia después de dos años, o antes de diez la de no adquirir. Aquí la posición del ciudadano ante la ley es totalmente distinta. Aquí el ciudadano tiene que conocer la ley. Por supuesto, no digo que tenga la obligación de conocerla, sino que conocer la ley es un presupuesto necesario para la acción. Tampoco parece que tenga muchos incentivos para este conocimiento, teniendo en cuenta además que el mismo, referido a las reglas del artículo 14 Cc., por muy completo que fuera, no le permitiría por sí prever las consecuencias de sus actos: ha de conocer todas las reglas del derecho interregional privado. Suponiendo que entienda las reglas o se las expliquen bien, rara vez podrá contestarse a la simple pregunta: entonces, ¿qué es mejor?, ¿qué me conviene?, ¿qué es lo correcto? ¿Opto, declaro...? ¿Para qué? ¿Y qué pasa si no hago nada?

En algunos casos, a optar o declarar inclinarán los sentimientos, el valor simbólico y emocional de la pertenencia designada por la vecindad. En otros, el motivo será la intención de utilizar algún instrumento jurídico solo así a su alcance (pienso en testamentos, pactos sucesorios, libertad de testar). Comportamiento plenamente razonable y lícito, ni asomo de fraude: cuando el ordenamiento confiere al particular un derecho a cambiar o fijar su vecindad mediante opción o declaración y este lo ejercita, no puede volverse en su contra que al actuar conociera y quisiera las consecuencias legales de sus actos. Carecería de sentido razonable pretender que los actos jurídicos solo valen si el agente desconoce sus consecuencias.

A la anterior afirmación no obsta que el legislador, en algún caso de opción (y en todos en cierta medida), haya dictado la norma despreocupándose de sus consecuencias y movido por su comprensible deseo de quedar bien ante la sociedad. Es decir, que la función de su norma es principalmente la de legitimar al legislador (autolegitimación, legitima-

ción del poder que, al fin y al cabo, es la principal función que cumplen todas las leyes cuando las miramos con los ojos del sociólogo: es la opinión de Vincenzo Ferrari, que comparto). ¿Alguien conoce algún caso en que padres de distinta vecindad civil hayan acudido al registro para “atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos en tanto no transcurran los seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción (art. 14.3.2 Cc.)? Algunos parece que hubo en que mujeres casadas ejercitaron la opción que la disposición transitoria de la Ley 11/1990 de 15 de octubre les brindaba para recuperar la vecindad civil que hubieran perdido por seguir la de su marido, sin duda muy pocos, porcentaje ínfimo de las mujeres casadas que hubieran podido hacerlo. Para la finalidad de la norma y la satisfacción de las mujeres (recuérdese que aquella ley era una reforma “en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo”), bastaba con su publicación en el BOE, es decir, con su valor simbólico de reconocimiento de que la norma anterior y derogada no era justa con ellas. Dicho sea de paso, creo que este valor simbólico es el principal que podría tener la norma transitoria incluida en la propuesta en tramitación sobre recuperación de la vecindad civil perdida por residencia de más de diez años en territorio de otra vecindad. Con la peculiaridad, para mí paradójica, de que algún Grupo parlamentario la apoya para regir durante un tiempo limitado a la vez que se opone a cambiar la regla de pérdida por los diez años de residencia.

En cualquier caso, la utilización de cualquiera de las normas de opción no puede recibir el reproche de que quien realiza el acto jurídico conoce y quiere las consecuencias jurídicas de su actuación, o de que actúa precisamente porque quiere conseguir alguna de estas consecuencias (es decir, la aplicación de normas del Derecho civil correspondiente a la vecindad que adquiere o retiene).

Como no puede recibir reproche de este tipo la conducta de quien constituye voluntariamente la situación de hecho que el Derecho toma

en cuenta para la consecuencia de adquirir una vecindad civil (y el racimo de consecuencias jurídicas subsiguientes). Es decir, quien reside diez años en territorio distinto del de su anterior vecindad y no dice nada, adquiere la nueva vecindad con todas sus consecuencias aunque en el caso podamos imaginar, saber y aun probar que todo lo hizo con la intención de disponer libremente de su herencia en forma que su anterior vecindad le impedía.

No es posible el fraude de ley en la adquisición de la vecindad civil, en el sentido que tiene la expresión en el art. 6 o en el art. 12 Cc.: no es posible un “resultado prohibido por el ordenamiento jurídico” o la “elusión de norma imperativa española”, cuando se ejercitan correctamente, sea cual sea la intención, facultades o derechos conferidos por normas españolas que tienen las consecuencias jurídicas predispuestas por normas españolas

IX. CONSECUENCIAS SOBRE EL DERECHO APLICABLE

Estas consecuencias posteriores de la vecindad, en particular la determinación del régimen económico y la regulación de la herencia, son las que más importan en la práctica. Tan es así que este era el planteamiento explícito del legislador de 1888 y 1889, que no regulaba la vecindad civil como cualidad o condición de los sujetos (como sabemos, ni siquiera utilizaba el sintagma ‘vecindad civil’) sino que establecía directamente que “los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas y los de sucesión testada e intestada declarados en este Código, son aplicables...” (art. 15 Cc.; cfr. art. 9.1 Cc. y base 2ª de la Ley de Bases de 1888) a las personas nacidas en cierto territorio, a los hijos de estas y, por último, “a los que hubieren ganado vecindad”. El terreno acotado de las consecuencias era el estatuto o ley personal: capacidad, familia y sucesiones. Así sigue siendo, aunque de forma bastante más limitada. Por eso creo que toda reflexión sobre política legis-

lativa, toda propuesta de reforma en su caso, debe tener en cuenta primordialmente estas consecuencias, es decir, no puede dejar de considerar el Derecho interregional en su conjunto y las normas de Derecho civil sustantivo a las que sus reglas conducen. De lo que se discute realmente en los conflictos judiciales o extrajudiciales para los que es relevante la vecindad es de la validez de un testamento, de legítimas o de liquidación de régimen matrimonial. Claro que los juristas podemos imaginar un proceso declarativo cuyo objeto único sea la declarar la vecindad civil del actor, sin ninguna (otra) pretensión, pero no es fácil que lo veamos.

Así se planteaban las cosas en el Congreso Nacional de 1946: sus conclusiones sobre la regionalidad o vecindad civil se encuadraban en “la promulgación urgente de una ley de carácter general que resuelva los problemas de derecho interregional que surgen de la coexistencia de diferentes regímenes civiles españoles”. En efecto, si la vecindad civil de los sujetos hubiera de dejar de ser decisiva en la determinación del Derecho aplicable a su herencia o a al régimen de bienes de su matrimonio, bien podría o debería tener una regulación distinta, incluso desaparecer, por haber dejado de realizar la función para la que nació en 1888. Por supuesto, no estoy haciendo ninguna propuesta en este sentido. Creo que la vecindad civil puede seguir realizando con éxito esta función de determinación del Derecho civil aplicable, pero creo también que todos los cambios, también los que se van produciendo por pequeñas intervenciones inconexas de los legisladores, deben analizarse y enjuiciarse en el marco general del Derecho interregional y de la aplicación de los distintos Derechos civiles coexistentes. Creo también, como anuncié, que es necesaria y urgente una reformulación legislativa del Derecho interregional, con el criterio básico de que los ciudadanos puedan prever con razonable seguridad las consecuencias de sus acciones y omisiones en el ámbito del Derecho civil y puedan confiar en la eficacia de los instrumentos jurídicos que el Estado pone a su disposición en cualquiera de los Derechos civiles coexistentes.

X. LOS RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

El problema del régimen económico matrimonial muestra claramente la imbricación ineludible de los problemas de vecindad, de Derecho interregional y de Derecho civil sustantivo. La preocupación tan extendida entre los profesionales del Derecho por que sea conocida a través de la publicidad registral el régimen matrimonial de todas las parejas casadas va más allá de la conveniencia de que los cónyuges sepan lo que hacen para atender también a las expectativas de los terceros. Recientes reformas del registro civil (cuya entrada en vigor sigue retrasándose), de la ley de jurisdicción voluntaria y de la del notariado propician esta publicidad, incluida la del régimen legal, si bien con alcance limitado y discutible. No entraré aquí en detalles. Me limito a dar noticia y comentar una propuesta de norma sustantiva para el Código civil que, por sí sola, cambiaría totalmente el panorama: me refiero a la Propuesta de Código civil aprobada por la Asociación de Profesores de Derecho civil en sus asambleas de Cuenca (2015) y Aranjuez (2017). La versión consolidada está anunciada para finales de este año, que no diferirá sustancialmente de la accesible desde hace meses en la página Web de la APDC, pero sí en este punto concreto, fruto de una enmienda de última hora. Como indica Rodrigo Bercovitz en su prólogo, de imprescindible lectura, a la trigésima sexta edición (2017) del Código civil de la editorial Tecnos (de la que cuida y a la que prologa desde hace treinta y seis años), en la propuesta de la Asociación, “manteniendo la regulación de los tres tipos de régimen económico matrimonial actuales, de gananciales, de separación y de participación, se renuncia a establecer uno de estos regímenes como supletorio con carácter general, obligando así a los cónyuges a elegir el régimen que prefieran” (pág. 28). La motivación de esta propuesta es múltiple y quizás predomina la sensación de que ya no es dominante, o claramente dominante, la opinión que considera preferible el régimen de gananciales sobre el de separación de bienes, aunque tampoco se observa mayoría clara a favor de establecer este último como supletorio

en el Código civil. Que elijan, entonces, los cónyuges, sin que el legislador muestre preferencia alguna. Con ello es claro que se privilegia la voluntad informada de los contrayentes, que habrán de buscar la información de que carezcan si no se la proporcionan completa los funcionarios intervinientes. Para empezar, y quizás sea lo principal, se les hará conscientes de que casarse tiene consecuencias económicas graves, sobre cuyo diseño habrán de ponerse de acuerdo. Además, va de suyo que su decisión se haría constar en el registro civil, que publicaría así el régimen matrimonial de todos los casados a partir de la fecha de entrada en vigor de la norma, y no solo de los que otorgan capitulaciones. Como efecto colateral, los contrayentes se enterarían también de la posibilidad de capitular y cómo hacerlo.

¿Y qué tiene que ver esto con la vecindad civil, el Derecho interregional o los Derechos civiles distintos del Código? Muchísimo, incluso más de lo que parece a primera vista. Conviene recordar que en la tradición del Derecho castellano no se conocía la práctica de otorgar capítulos para regular el régimen matrimonial. El de gananciales era más bien necesario que supletorio. Las cartas dotalas, tampoco muy frecuentes en el siglo XIX, eran compatibles con el régimen de gananciales y lo completaban, no lo excluían. El Código de 1888 no predisponía un régimen de separación de bienes que los esposos pudieran pactar, sino tan solo una separación de bienes decretada por providencia judicial en ciertas situaciones anómalas en el matrimonio, de las que la más importante era la separación judicial de los cónyuges. El Código dio entrada a la posibilidad de capitulaciones, solo para antes del matrimonio, a regañadientes y como muestra de buena voluntad y pretendida transacción con los Derechos forales, cuando se preveía la derogación de estos por el Código. Con toda clase de reticencias y con la prohibición del art. 1317 (“malquerencia apenas encubierta”, se dijo) de que “los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges se someterán a los fueros y costumbres de las regiones forales y no a las disposiciones generales de

este Código (la cosa es aún peor si atendemos a la versión de este artículo en 1888, de lo que aquí podemos prescindir). Por cierto, el art. 1317 subsistió a la reforma de 1975 y solo desapareció en 1981.

Pasan los años y el Código admite las capitulaciones matrimoniales otorgadas después del matrimonio (1975, quizás entonces pensando sobre todo en matrimonios separados de hecho) y, luego, en 1981, ofrece junto al de gananciales, como regímenes-tipo por los que los cónyuges pueden optar en cualquier momento, el de separación de bienes y el de participación. Además, lo más importante es que las prácticas sociales cambian y desde hace decenios crece el número de instrumentos capitulares otorgados tanto antes como después del matrimonio en territorios sujetos al Código civil, con contenidos nuevos, distintos de los tradicionales en los Derecho forales (lo mismo que ocurre en estos territorios), pero animados por un espíritu de “libertad civil” que era propio de los Derechos forales y hoy está generalizado en toda España. Ya anunció Joaquín Costa que el mejor camino para unificar el Derecho civil es el del reconocimiento de la libertad (como los vascos han podido apreciar en el paso de un Derecho vizcaíno, un Derecho guipuzcoano, otro de la Tierra de Ayala, a la manifestación de un Derecho civil vasco: es el reconocimiento de la libertad, no la imposición, lo que une). Por este camino de progresivo reconocimiento y práctica social de la libertad de capitular puede aparecer hoy como razonable y deseable para el Código civil el establecimiento de regímenes matrimoniales no impuestos, sino elegidos. La “*professio iuris*” del art. 9-2 Cc. —en terreno de Derecho interregional privado, que es también de interregional— ya avanzó en este camino, aunque con pocas consecuencias prácticas, que la actual posibilidad de matrimonio ante notario podría activar.

Los actuales Derechos civiles distintos del Código civil admiten generosamente las capitulaciones matrimoniales, además de presentar como supletorios regímenes que bien han podido servir de modelo para otros

legisladores. En definitiva, que cualquier ciudadano español, sean cuales sean las variantes de vecindad civil o de territorio que consideremos, puede regular las consecuencias económicas de la vida matrimonial con gran libertad, de acuerdo con su cónyuge. Este acuerdo, al menos como opción sobre un tipo de régimen, requiere información previa y debe ser propiciado por los poderes públicos. Todos los ordenamientos españoles podrían incorporar una regla similar a la prevista por la propuesta de Código civil elaborada por la APDC. Además, una norma de Derecho interregional (competencia exclusiva del Estado) podría establecer que “la persona autorizante del expediente matrimonial, o el encargado del Registro cuando no hubiera precedido aquel, indagará la vecindad civil de los contrayentes y, de acuerdo con la misma y las otras reglas de Derecho interterritorial, expondrá a estos las consecuencias del matrimonio en cuanto al régimen económico del mismo, la obligación de optar por uno de ellos si es el caso, les indicará cuando proceda cuál sería el régimen legal supletorio y las posibilidades de modificarlo y se encargará de que se consigne en el Registro civil el régimen económico matrimonial de los contrayentes”³.

Quizás en la propuesta de Código civil de la APDC haya algo parecido, pues el texto entrecomillado es una reelaboración de mi enmienda en el seno de la Asociación. Soy consciente de sus muchos hilos sueltos, al menos de algunos, pero no es el momento de aspirar a un cosido neto. Los hilos pueden tejerse de muchos modos para llegar en definitiva a una regulación que propicie el conocimiento real por parte de los cónyuges y de los terceros de los regímenes económicos de los matrimonios españoles, pactados o elegidos conscientemente por estos antes de la boda o modificados luego con igual publicidad.

³ Un antecedente de esta idea puede verse en el apartado 3 del art. 193 del Código del Derecho foral de Aragón: “Quienes, por razón de su cargo o profesión, intervengan en todo expediente matrimonial procurarán que se consigne en el Registro Civil el régimen económico de los contrayentes y les informarán sobre las posibilidades y consecuencias en orden al régimen económico matrimonial de acuerdo con la legislación aplicable”.

Con una regulación como la propuesta, la vecindad civil vería limitada su importancia en la determinación del régimen matrimonial, pues lo conocido y publicado sería, directamente, el régimen matrimonial de todos los matrimonios españoles. Pero, además, quedaría constancia de la vecindad civil de los españoles en el momento de su matrimonio.

XI. DERECHO DE SUCESIONES

En el Derecho de sucesiones las cosas son algo distintas. Al final, el gran problema son las legítimas y este problema no es fácil. Tampoco es el único. En la sucesión intestada pueden ser distintos los herederos, por ejemplo, el cónyuge en vez de los ascendientes, o sucesores troncales que desplacen a los ordinarios, o la Comunidad autónoma en ausencia de parientes con derecho a heredar. En la voluntaria, la validez de los instrumentos (testamentos, contratos) dependerá del Derecho aplicable.

Obviamente, no tengo todas las soluciones. Lo que me propongo de nuevo es mostrar cómo para valorar las reglas de la vecindad civil tenemos que tener en cuenta las del Derecho conflictual y las de los Derechos sustantivos. Hasta hace poco los problemas sobre herencias para los que fuera relevante la vecindad civil del causante se planteaban a la muerte de este, en pleito entre varios posibles herederos que alegaban la aplicación de ordenamientos distintos, y encontraban la mayor dificultad en la prueba de aquella vecindad, que dependía de hechos lejanos y no tan fáciles de conocer y calificar. En caso de haber testamento o pacto era cuestionable también la vecindad del causante cuando los otorgó y los cambios posibles de la misma. Si fueron voluntarios, surgía el fantasma del fraude de ley. Hoy, además, la ingeniería jurídica de la planificación de la herencia empieza a jugar también con la pieza de la vecindad civil. Pueden no gustarnos tales planificaciones. A mí no me gustan nada cuando van dirigidas a eludir impuestos. Déjenme confesar que creo que el impuesto de sucesiones es

una pieza necesaria del Estado social, precisamente porque creo que la herencia es la institución de derecho privado que más contribuye a la desigualdad económica y de oportunidades entre los ciudadanos, de modo que destinar una parte de la herencia a la sociedad más allá de la propia familia me parece cumplimiento obligado de la función social que la Constitución exige tanto a la propiedad como a la herencia. No pretendo que todos compartan esta opinión, aunque sí me gustaría que fuera mayoritaria en una sociedad decente. Lo que quiero mostrar una vez más es que las opiniones sobre las reglas de la vecindad civil y el Derecho interregional pueden estar muy condicionadas por las opiniones sobre el Derecho, la justicia y la moral en otros asuntos. Por ejemplo, sobre los impuestos. Por ejemplo, sobre las legítimas. Nada malo de por sí esta diversidad de opiniones, simplemente hay que tenerla en cuenta y mejor dar a conocer la opinión propia para propiciar un debate racional.

El caso es que las opiniones sobre testamentos mancomunados, pactos sucesorios, fiducias sucesorias y legítimas van cambiando en toda España. En el mismo prólogo de Rodrigo Bercovitz a que antes me refería advierte el presidente de la APDC y promotor de la propuesta de Código civil que, “a pesar del propósito conservador que inspira la propuesta en todas sus partes” es en el Derecho de sucesiones donde se aprecian “cambios de mayor calado”, para los que se han tenido en cuenta “las soluciones ofrecidas por los Derechos civiles forales o especiales”. En particular, se han introducido los pactos sucesorios y el testamento mancomunado, en la sucesión legal se ha antepuesto al viudo respecto de los ascendientes y “por lo que a las legítimas se refiere, opta por una ampliación de la libertad de disposición del causante. Lo que implica una reducción cuantitativa de las legítimas, cuya extensión varía además en función de que exista un único o varios legitimarios”.

Cambios como los propuestos por la APDC muestran de nuevo que es el camino de la libertad civil el que conduce más fácilmente al acercamiento

to y acaso a la unificación. Y de nuevo nos ilustran de la importancia men-
guante de la vecindad de causante (al fallecer o al tiempo de disponer de
sus bienes) cuando en cada vez más casos las consecuencias pueden ser
(casi) las mismas sea cual sea el Derecho aplicable. Todas las piezas del table-
ro cambiarían si modificáramos los puntos de conexión, por ejemplo, lla-
mando en primer término a la residencia habitual del difunto, como con
muchos matices hace el Reglamento europeo para las sucesiones interna-
cionales. Por cierto, una hipotética extensión del Reglamento a los conflic-
tos internos no llevaría a prescindir de la vecindad civil, como no ha pres-
cindido el Reglamento de la nacionalidad actual o pretérita del causante; a
la vez que daría entrada a amplias posibilidades de elección de ley, lo que
me parece muy deseable y acorde con el principio de “libertad civil”.

Hay otros ámbitos del Derecho civil, aparte de regímenes matrimonia-
les y Derecho de sucesiones, en que puede ser relevante la vecindad, pero
me parece que tienen importancia muy inferior. Las reglas sobre filiación,
patria potestad y protección de menores, que antes dependían de la ley
personal, nos remiten hoy a la residencia habitual del hijo o del menor,
cuando no a Convenios internacionales (por la remisión del art. 16 Cc. a
las “normas contenidas en el capítulo IV”). Lo mismo las de “protección
de mayores”. Seguiremos hablando de usufructos viduales y en los libros
(raro será en la práctica) surgirá alguna vez la capacidad de obrar del ara-
gonés mayor de catorce años, o casado, o la vecindad de alguno de los suje-
tos interesados en la saca foral. Quizás haya más supuestos.

XII. ¿ESPAÑOLES “DIFERENTES”?

Régimen económico matrimonial, sucesiones, otros asuntos de
Derecho civil, pueden ser importantes en la vida privada de los españo-
les. Las reglas de unos y otros son distintas, pero no extrañas o incompati-
bles con los valores y las creencias de otros españoles. ¿Hay algún

inconveniente en que los españoles que viven en cierto lugar sigan otras normas españolas, distintas de las que siguen los que allí llevan más tiempo? Las diferencias en estos asuntos de derecho civil nunca son tan relevantes como para que resulte de algún modo poco deseable que en una parte de España unos españoles, por su vecindad civil, sigan en estos asuntos un Derecho español distinto del que siguen generalmente los del lugar. Hablar de integración de los diferentes es delicado. Puede ser un problema cuando se trata de extranjeros, sobre todo si su religión y sus costumbres son distintas de las nuestras y acaso contrarias a principios de convivencia que nosotros consideramos básicos. ¿Problema, la integración de españoles en España, en cualquier parte de España? Aun sin contestar a esta pregunta, cuya respuesta para mí es obvia, ¿podría el problema consistir en que su régimen matrimonial o su testamento es algo distinto al de los que habitan allí desde hace más tiempo?

He oído comentar a menudo a mis amigos vascos que, muchas veces, basta con cruzar una calle para cambiar de Derecho civil. Doy por supuesto que no hay problemas de convivencia entre los habitantes de uno y otro lado de la calle y que, si los hay, no será porque sus regímenes matrimoniales puedan ser distintos o porque sus herencias se rijan por otras reglas. ¿Hay algún inconveniente en que quien se traslada a vivir a la otra acera se siga rigiendo en estas materias por el Derecho que tenía? ¿Hay algún inconveniente en que quien establece allí su domicilio procedente de cualquier parte de España siga rigiéndose por su Derecho civil?

La regla según la cual la vecindad civil se pierde automáticamente por residencia continuada de diez años en territorio de distinto Derecho civil nació para propiciar el aumento de ciudadanos sujetos al Código civil en detrimento de los Derechos forales. Es anómala, porque supone la pérdida de una condición personal que, sin ser sanción, tampoco está producida por una declaración de voluntad del sujeto. No se pierde por llevar tiempo residiendo fuera del territorio de procedencia, puesto que

acompañará al español que vive en el extranjero toda su vida, lo mismo que a sus descendientes, mientras sigan siendo españoles. Se pierde porque se adquiere otra vecindad.

La fácil adquisición de la vecindad civil del lugar de residencia tiene buen sentido, como oportunidad para que un español pueda gozar de un Derecho civil distinto del suyo anterior: los Derechos forales no son privilegios que se adquieran por nacimiento, reservados solo para los descendientes de quienes ya los gozan. Es bueno que las instituciones de cualquiera de los Derechos civiles coexistentes estén al alcance de cualquier español que tenga alguna relación con cualquiera de ellos. Pero mejor no como imposición, contra su voluntad o, simplemente, sorprendiendo su ignorancia. La regla de los diez años es defendible si se interpreta que su fundamento es la voluntad del sujeto, que no hay, propiamente, imposición. Pero entonces será voluntad presunta, lo que nos lleva a terrenos muy resbaladizos. Puede argüirse que la voluntad está implícita en el establecimiento de la residencia; que, en cualquier caso, si no quería tenía la posibilidad de manifestarse en contrario. Débiles argumentos si se comparte la creencia, como cuestión de hecho, de que los ciudadanos en tal situación, generalmente, ignoran las normas sobre vecindad civil y, generalmente, se sorprenderían si les dijeran que cambian de vecindad civil, y de Derecho, por el mero transcurso del tiempo. Si esta es la situación de hecho —perfectamente comprobable o falsable si se quisiera—, lo razonable sería establecer una norma acorde con lo que presumiblemente creen los interesados, es decir, que la vecindad que se tenía no se pierde tan fácilmente.

A menos que haya razones prudenciales para una regulación de efectos sorprendivos. Podría haberlas. No de justicia, en mi opinión (ni en un sentido ni en otro), una vez bien establecido el igual valor de todos los Derechos civiles coexistentes en España y la reciprocidad de las reglas de Derecho interregional. Acaso de seguridad jurídica, pero no son tampo-

co muy claros: la inseguridad –como imprevisibilidad de las consecuencias legales– se da por el mero hecho del traslado de la residencia y el transcurso del tiempo; la regla de adquisición automática no impide que los casados mantengan su régimen económico matrimonial ni que queden atrás testamentos o pactos sucesorios que pueden ser válido y eficaces mucho tiempo después. Por sí, no produce mayor seguridad jurídica la regla que impone la adquisición por el paso del tiempo que la que la deja a la voluntad declarada del interesado.

En cualquier caso, lo que creo que debemos excluir como buenas razones para imponer la adquisición de una vecindad civil son las apreciaciones sobre la necesidad de “integrar” obligatoriamente a otros españoles “diferentes”.

XIII. VOLUNTARIEDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA. DECLARACIONES ANTE NOTARIO

Voluntariedad y seguridad jurídica parecen ser los dos criterios más importantes a tener en cuenta. Ambos podrían quedar bastante mejor satisfechos con algunos ajustes técnicos, tanto si se cambia como si se mantiene la regla de los diez años. Se trata de establecer cauces que hagan fácil declarar oportunamente la propia voluntad y dejar constancia de tal voluntad en el registro civil. El Decreto de Durán y Bas fijaba como única posibilidad la declaración “ante el Juez municipal del pueblo de su residencia, el cual procederá a levantar la correspondiente acta en forma de inscripción, que extenderá en el libro del Registro civil llamado de Ciudadanía, y que en adelante se denominará de *Ciudadanía y vecindad civil*.” La competencia del registro la había establecido el Código civil en 1889 (nada decía en 1888), al añadir en su art. 15 que “una y otra manifestación habrán de hacerse ante el juez municipal, para la correspondiente inscripción en el Registro civil” (vid también art. 326 Cc. en su revisión de 1889). Desde entonces ley y re-

glamento registral han cambiado de muchas maneras. También el Código civil, que desde 1974 dice tan solo (art. 14.3. 2º) que “ambas declaraciones *se harán constar* en el Registro civil...”, lo que ha permitido sostener doctrinalmente que es posible la declaración de voluntad de adquirir o no adquirir por comparecencia ante notario. Como es sabido, la Dirección General de los Registros ha negado siempre este cauce. La Ley del Registro civil de 2011, aún no en vigor, parece mantener y aun endurecer esta línea (arts. 68 y 92), si bien la entrada del notario como funcionario autorizante del acta previa a la celebración del matrimonio (art. 58) abre algunas grietas.

Los notarios conocen mucho mejor que yo los problemas y dificultades de las actas de notoriedad para hacer constar en el Registro civil el régimen económico matrimonial legal; las sucesivas prórrogas de la *vacatio* de la Ley del Registro civil de 2011 y la incertidumbre sobre su futuro nos ofrece un panorama de confusión, pero también de oportunidad. En el terreno en que se mueven estas reflexiones, que no es el de la interpretación práctica de leyes y reglamentos vigentes, sino el de política legislativa, mi propuesta sería dar entrada en la legislación española con fuerza y claridad a la competencia del notario para la autorización de actas de declaración de adquirir o no adquirir una vecindad civil por residencia, que naturalmente habrían de hacerse constar en el Registro civil. Normalmente, es al entrar en contacto con los notarios, en razón de los actos que el particular quiere realizar (venta de inmuebles, capitulaciones, testamentos), cuando este cae en la cuenta de la trascendencia de la vecindad civil y puede recibir la información y asesoramiento necesarios para obrar en consecuencia. Aclaro que lo que propongo no es que las manifestaciones incidentales sobre su vecindad civil que hacen los comparecientes en ciertas escrituras tengan más trascendencia que la que hoy tienen, sino que los notarios (además de los encargados del Registro civil) tramiten los expedientes de las declaraciones del art. 14-5- 2ª Cc., que habrían de concluir con su inscripción en el Registro. Es evidente que con ello se facilitarían la emisión de tales declaraciones y los interesados tendrían más información

sobre sus opciones y las consecuencias de las mismas. La voluntad real de los ciudadanos quedaría mejor respetada, reconocida y servida dándoles así facilidades para manifestarla, mientras que las reglas y prácticas administrativas actuales más parecen dirigidas a desincentivar las decisiones de los interesados para conducirlos a una imposición automática.

La libertad que desde 1889 se reconoce a los españoles para que opten por uno u otro de los Derechos civiles coexistentes, en los supuestos del actual art. 14-5-2º, creo que hoy debería operar en el Derecho español con mayor amplitud. Las diversas opciones introducidas en 1974 y 1990 van en el mismo sentido de la autonomía conflictual. Si en el siglo XIX el Estado (o los juristas) podían suponer que los Derechos forales eran una concesión temporal (“se conservarán por ahora”) que convenía reducir e ignorar en lo posible, en beneficio de un “Derecho común” considerado superior, al menos desde la Constitución de 1978 las relaciones entre los Derechos civiles autonómicos y el Derecho estatal han cambiado completamente y se rigen por la propia Constitución y los Estatutos. Los conjuntos normativos civiles que la Constitución denomina “Derecho civil foral o especial” están en pie de igualdad entre sí y con el Derecho civil estatal que no es competencia exclusiva del Estado. Tal igualdad o paridad de todos los Derechos civiles españoles (sin que ninguno de ellos pueda considerarse más representativo de una concepción “española” del Derecho, cuyas normas hubieran de tener un *plus* de imperatividad) debería llevar a mayores posibilidades de disposición sobre la propia cualidad de la “vecindad civil” y a un más libre acceso a las instituciones de cada uno de los Derechos civiles (pactos sucesorios, testamentos mancomunados...) por quienes tienen cierto contacto vital con ellas. “Profesiones iuris” y otros formas de autonomía conflictual podrían tener amplio campo de acción, mayor que el posible en el Derecho internacional privado, pues en el interregional no se presentan los obstáculos y limitaciones supuestos por el orden público y la pluralidad de jurisdicciones.

XIV. POR UNA LEY DE DERECHO INTERREGIONAL CIVIL

Cada día es más visible la necesidad de una reformulación legal del Derecho interregional o interterritorial español. Ya en 1946 se consideraba urgente la aprobación de una ley de derecho interregional (que incluyera la vecindad civil). Entonces, porque se preveía y proyectaba un inmediato cambio en la forma y sustancia de los Derechos forales y su relación con el Código civil. Ahora, porque este cambio, ya consolidado en 1974, tiene fundamento y garantía constitucionales, a la vez que las situaciones de interregionalidad son mucho más frecuentes, por la multiplicación de relaciones entre particulares, por la mayor densidad de los derechos civiles autonómicos e incluso por la mayor complejidad introducida en los puntos de conexión, una vez que ni la mujer sigue la vecindad del marido ni los hijos la del padre.

Además (y esto por sí solo sería razón suficiente para una nueva regulación legal), las reglas actuales, es decir, aquellas del Derecho internacional privado español a las que remite el artículo 16 Cc. (literalmente, las “contenidas en el capítulo IV”, es decir, los artículos 8 a 12 del Código, aunque cabe interpretar ampliamente esta remisión), ya han dejado de ser las normas aplicables al tráfico internacional, regido hoy por el Derecho convencional y los reglamentos europeos. Normas, estas del Código, residuales y anticuadas, de las que no es de esperar que el legislador español se ocupe. Lo que habría de hacer, por tanto, es regular directa y sistemáticamente el Derecho interregional, de acuerdo con sus características propias. En mi opinión, la ley abarcaría solo el Derecho conflictual privado o, más precisamente, civil. Las cuestiones de competencias legislativas en materia civil, supletoriedad del Derecho estatal o conflictos de Derecho público son previas o colaterales y la ley que propongo no trataría de modificar la situación actual.

Convendría partir de las siguientes premisas:

1) Competencia estatal exclusiva para la regulación de los conflictos de leyes (art. 149-1-8ª CE). El TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta competencia exclusiva en sus Ss. 156/1993, de 6 de mayo y 226/1993, de 8 de julio, que afirman la “uniformidad de régimen en materia de Derecho interregional privado que la Constitución inequívocamente dispuso”.

2) Pluralidad de legisladores autonómicos. Las normas de los “Derechos civiles forales o especiales” (sean leyes, costumbres o principios) valen hoy como normas autonómicas, con la misma fuerza de obligar que las leyes del Estado.

3) Limitación de la competencia autonómica en razón de la materia. El principio de competencia implica un juicio de validez de las normas autonómicas, lógicamente previo a la solución de los conflictos de leyes internos.

4) Sujeción de todas las normas autonómicas a los principios constitucionales, lo que lleva consigo otro juicio lógicamente previo a la solución del conflicto de leyes. Además, excluye la excepción de orden público en los conflictos internos.

5) Unidad del poder judicial. Todos los jueces y tribunales forman parte de una organización judicial única y están sujetos a las mismas leyes orgánicas y procesales. Una consecuencia de esta unidad del poder judicial es que los fallos pronunciados por cualquiera de sus órganos tendrán eficacia en todo el territorio español, lo que excluye cualquier problema sobre conflicto de jurisdicciones y sobre el reconocimiento o ejecución de sentencias pronunciadas en el territorio de otra Comunidad Autónoma.

A diferencia, por tanto, de lo que ocurre en el Derecho internacional privado, hay en el conflicto de leyes civiles españolas pluralidad, cierta-

mente, de legisladores y de legislaciones de Derecho civil, pero relacionadas estas entre sí en un sistema vertebrado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía. Hay, específicamente, unidad de normas de conflicto, siempre de procedencia estatal, establecidas “desde arriba” y no concurrentemente por los diversos legisladores civiles autonómicos. Hay, además, unidad de jurisdicción.

Al proceder la norma de conflicto de un poder legislativo único, situado por encima de los ordenamientos que entran en colisión, el Derecho sustantivo que resulte aplicable será necesariamente el mismo cualquiera que sea el punto del territorio nacional en que el caso se presente al Juez; Juez, por otra parte, que lo es siempre del Estado español –y no de la Comunidad Autónoma con cuyo territorio coincida parcialmente el partido judicial–, y que aplicará el ordenamiento civil correspondiente, no como extranjero, sino como uno de los españoles. No son pensables conflictos de jurisdicción ni problemas de reconocimiento de sentencias. Por otra parte, las normas autonómicas forman parte todas del mismo Ordenamiento español y están sujetas a los mismos principios constitucionales.

XV. IGUAL VALOR DE LOS DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES

Hay un rasgo que quiero subrayar, porque es el fundamento de mi sugerencia de ampliar el ámbito de la autonomía conflictual, que considero fundamental en una nueva ley: la paridad e igual valor de los Derechos civiles españoles coexistentes. Ninguno de ellos es expresión mejor o superior de una moralidad o una calidad política que lo haga preferible. No hay normas materiales imperativas en el sistema conflictual. Todas las regulaciones o instituciones a las que podría acceder un ciudadano español son acordes con los valores, los principios, las creencias, de los españoles. Incluida la libertad de disponer para después de la muerte en cualquiera de las versiones vigentes.

Pienso que el Derecho civil es más derecho de los ciudadanos que lo practican que mandato de la autoridad; antes conjunto de oportunidades de acción ofrecidas a los particulares para que construyan su propia vida que imposición del poder; libertad civil encauzada mejor que muros o prohibiciones. Por supuesto que hay en el Derecho civil normas imperativas, límites, prohibiciones, imposiciones. Para lo que estoy argumentando, da lo mismo si son o deben ser estos límites anchos o estrechos, si las prohibiciones han de ser muchas o pocas y cuáles: lo decisivo es que las limitaciones y prohibiciones propias de cada uno de los Derechos civiles coexistentes son igualmente correctas. Igual virtud en el ciudadano e igual satisfacción para el Estado hay cuando los actos de aquel están sujetos a uno u otro de los Derechos civiles españoles. No veo cómo podría argumentarse que solo son correctos cuando los realizan los nacidos en ciertos territorios, pero no si otros españoles los escogen voluntariamente.

En el siglo XIX, imponer unos Derechos a parte de la población y excluir a otros podría ser coherente con una concepción de los Derechos forales como residuos históricos, acaso privilegios, que el Estado tolera temporalmente, pensando siempre en su abolición, porque no le queda más remedio: esto es lo que expresaba originariamente el art. 14, también el 1317 Cc. Pero cualquier variante de esta argumentación sería incompatible con la Constitución de 1978, que garantiza la pluralidad de Derechos civiles en España en posición de paridad e igual valor.

Naturalmente, una ley de Derecho interregional habría de tener en consideración también razones prudenciales, de continuidad histórica, de aceptación por los destinatarios y otras varias. La autonomía conflictual podría limitarse a los ordenamientos con los que el sujeto ha tenido alguna vinculación, bien por haber gozado antes de cierta vecindad civil, bien por ser el Derecho que rige su régimen matrimonial (lo que es posible sin haber tenido nunca la correspondiente vecindad) o por otras razones. Sería vana pretensión por mi parte tratar de señalar ni siquiera las líneas maestras

de una futura ley de Derecho interregional, que no es posible llevar a buen puerto sin el previo esfuerzo inteligente y conjuntado de expertos civilistas e internacionalprivatistas, no sólo del ámbito académico. También sería muy deseable en algún momento la participación en el proceso legislativo de las Comunidades autónomas con Derecho civil propio, aunque hubiera que inventar los cauces. Nada de esto es fácil, pero es necesario.

XVI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago *Estudios de Derecho Interregional*. Santiago de Compostela, 2007.

ÁLVAREZ RUBIO, Juan José, “La necesaria reforma del sistema español de derecho interregional”. *Cursos de Derecho Internacional Vitoria-Gasteiz*, 1997.

ÁLVAREZ RUBIO, Juan José, “Derecho interregional, conflictos internos y Derecho comunitario privado”, *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*. Valencia 2012, pp. 41-56.

ÁLVAREZ RUBIO, Juan José, “Una renovada dimensión de los conflictos internos: la Ley 5/2015, de Derecho civil vasco y la interacción entre bloques normativos”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 68, n° 2, 2016, págs. 23-49.

BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, “Quin hauria de ser el papel del veïtnage civil en el Dret interregional del futur”, *Revista Jurídica de Catalunya*, n° 4, 2010, p. 69.

BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, “El derecho interregional: realidades y perspectivas”, en *La codificación del derecho civil de Cataluña: estudios con ocasión del cincuentenario de la compilación*, coord. por Carles Enric Florensa i Tomàs Josep María Fontanellas i Morell, 2011, págs. 553-574.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo, “Conflictos interregionales entre los Derechos sucesorios españoles”, *Revista de derecho civil aragonés*, 1999, págs. 169-198.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo, “Derecho interregional, Código Civil y Reglamento Europeo de Sucesiones”, *Revista jurídica del notariado*, n° 86-87, 2013, págs. 479-508.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo, “Conflictos de leyes y efectos del matrimonio”, *Instituciones de derecho privado*, coord. por Víctor Manuel Garrido de Palma, Vol. 1, Tomo 1, 2015 (Personas), págs. 951-990.

FONT I SEGURA, Albert, “La sucesión hereditaria en Derecho interregional”, *Anuario de derecho civil*, vol. 53, n° 1, 2000, págs. 23-82.

FONT I SEGURA, Albert, *Actualización y desarrollo del sistema de derecho interregional*, Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2007.

FONT I SEGURA, Albert, coord., *La aplicación del derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Barcelona: Atelier, 2011; con trabajos de María Elena Zabalo Escudero, María Esperança Ginebra Molins, Rafael Arenas García, Santiago Álvarez González, Luis Garau Juaneda, Joaquim Joan Forner i Delaygua, Albert Font i Segura y Beatriz Añoveros Terradas.

FONTANELLAS MORELL, Josep M., *La “professio iuris” sucesoria*, Madrid, 2010.

FONTANELLAS MORELL, Josep M., “La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria”. *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela* [en línea]. 2 mayo 2012, vol. 20, no. 2 [consultado: 1 diciembre 2017]. Disponible en: <http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/view/131/60> ISSN 2174-0690.

IRIARTE ÁNGEL, José Luis, “Conflictos de leyes internos. Notas fundamentales de la situación actual”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho* año 7, n° 18, 2009, págs. 53-94.

IRIARTE ÁNGEL, José Luis, “Conflictos internacionales e interregionales de leyes en relación con el Derecho civil foral de Navarra: cuestiones sucesorias”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año n° 93, n° 761, 2017, págs. 1501-1527.

PÉREZ MILLA, Javier, *Conflictos internos de leyes españolas, en la frontera*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2010

ZABALO ESCUDERO, María Elena, “Derecho interregional de sucesiones en España: conflictos y oportunidades”, *Revista valenciana d’estudis autonòmics*, n°

54, 2, 2010 (Número dedicado a: “Los derechos civiles en España y en Europa”), págs. 220-241.

ZABALO ESCUDERO, María Elena, *Vecindad civil, conflicto móvil y Derecho civil aragonés*, Discurso de ingreso en la Academia aragonesa de jurisprudencia y legislación pronunciado el día 15 de junio de 2005. Academia aragonesa de jurisprudencia y legislación, Zaragoza, 2005.

ZABALO ESCUDERO, María Elena, “Autonomía de la voluntad, vecindad civil y normas para resolver los conflictos de leyes internos”, *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 Aniversario de la Ley del Notariado*. Tomo V. Derecho internacional privado e interregional. Consejo General del Notariado. 2012, pp. 407 a 419.

ESTUDIOS
AZTERLANAK
FIELD STUDIES

Perspectiva global del trabajo infantil: regulación y cumplimiento internacional de la normativa y futuros desafíos

IDOIA ARICETA LÓPEZ

Alumna de 4º de Relaciones Internacionales y Derecho
Universidad de Deusto

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 09/04/2018

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 12/11/2018

Resumen: El trabajo infantil es un fenómeno global que necesita ser tratado desde una perspectiva internacional, regional y nacional. La OIT ha liderado la lucha contra el mismo a través de sus convenios y recomendaciones y de su programa IPEC. Pese a ello, 168 millones de niños se encuentran todavía en situación de trabajo infantil, de los cuales 85 millones trabajan en las consideradas peores formas del trabajo infantil. En concreto, en este estudio se analiza la situación global del cumplimiento de la normativa internacional, centrándose en el análisis de México, Malawi y Viet Nam como países representativos de la variedad de situaciones existentes.

Palabras clave: Trabajo infantil, edad mínima de admisión al empleo, Organización Internacional del Trabajo.

Laburpena: Haurren lana mundu-mailako arazoa da eta ikuspuntu desberdinetatik begiratuta aztertu behar da gaia, nazioartekoa, herrialdekoa naiz nazio-ikus-puntutik hain zuzen ere. Lanaren Nazioarteko Erakundea (LANE) izan da lehenia lehia horren aurka egin duena bere hitzarmen eta gomendio eta IPEC izeneko programaren bitartez, hau da, haurren lana desagerrarazteko nazioarteko programaren bitartez. Hala eta guztiz ere, oraindik 168 milioi haur lanean ari dira, eta horietatik 85 milioik lana egin daitekeen egoera txarrean lan egiten dute. Zehatz-mehatz esateko, azterlan honen helburua da gaiari buruz dagoen nazioarteko araudia betetzen den eta horren egoera aztertzea. Horretarako, arreta berezia jarri da Mexiko, Malawi eta Viet Nam moduko herrialdeetan, adierazgarriak baitira horietan bizi diren egoera desberdinen arteko aniztasuna.

Gako-hitzak: Haurren lana, lanean hasteko gutxiengo adina, Lanaren Nazioarteko Erakundea.

Abstract: Child labour is a global phenomena that needs to be addressed from international, regional and national perspectives. Through its conventions, recommendations and the IPEC programme the ILO has been the leading actor in the fight against child labour. Nevertheless, 168 million children are still in child labour, from which 85 million work in the worst forms of child labour. This study analyzes the global compliance of the international legal order, focusing on the cases of Mexico, Malawi and Viet Nam as countries that exemplify the existing variety of realities.

Key words: Child labour, minimum age for admission to employment, International Labour Organization.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES AL TRABAJO INFANTIL. 1. Ámbito internacional. 2. Ámbito europeo. 3. Ámbito nacional. III. CUMPLIMIENTO GLOBAL DE LA NORMATIVA: COMPARACIÓN POR PAÍSES. 1. Ideas globales sobre la edad mínima. 2. Análisis de supuestos específicos. 2.1. *México*. 2.2. *Malawi*. 2.3. *Viet Nam*. IV. FUTUROS DESAFÍOS. V. BIBLIOGRAFÍA. VI. NORMATIVA.

I. INTRODUCCIÓN

La acción mundial contra el trabajo infantil se ha visto acelerada en los últimos años, logrando importantes progresos. Dicha acción no se centra en la eliminación de todo tipo de trabajo realizado por niños, sino en aquellas tareas que por sus características atentan contra la salud, el desarrollo personal y la educación de los niños. Por ello, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) entiende por trabajo infantil aquel trabajo que priva a los niños de su niñez, su potencial y su dignidad, y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico¹.

Dentro del trabajo infantil, la OIT destaca las denominadas “peores formas de trabajo infantil” como principal foco en la lucha para su eliminación, por considerar que por la naturaleza o las circunstancias en las que dichas actividades se desarrollan repercuten más negativamente en el desarrollo, físico, mental o moral de los niños.

El progreso realizado en las últimas décadas contra el trabajo infantil y en especial contra las peores formas de trabajo infantil es innegable. Según el Informe Mundial de 2015 Sobre el Trabajo Infantil de la OIT, 168 millones de niños se encuentran en situación de trabajo infantil, lo que supone entorno al 11 % de la población infantil, frente a los 246 millones

¹ Para más información acerca de qué se considera trabajo infantil puede consultarse la sección *¿Qué se entiende por trabajo infantil?* del IPEC. (Disponible en <https://goo.gl/AqaF>).

de 2000. A su vez, 85 millones de niños trabajan en las consideradas peores formas de trabajo infantil; ello constituye una increíble disminución desde 2000 cuando la cifra se situaba en 171 millones. Por lo tanto, en los últimos quince años el trabajo infantil ha sido disminuido en un tercio, mientras que los logros en la lucha contra las peores formas de trabajo infantil han sido mayores, reduciendo las cifras a la mitad.

Por otro lado, la lucha no se centra únicamente en eliminar el trabajo infantil, sino que también en otro aspecto fundamental: garantizar el trabajo decente para los jóvenes debido a la incidencia recíproca que existe entre ambos. El trabajo infantil impide el acceso a la educación necesario para el trabajo juvenil decente, a la vez que una mala perspectiva de trabajo juvenil actúa como desincentivo para invertir en la educación de los niños, no habiendo tantos alicientes para su cese en trabajos infantiles². Por lo tanto, un enfoque común del doble desafío es necesario para avanzar en la lucha contra el trabajo infantil.

En cuanto a las causas que se sitúan detrás del fenómeno del trabajo infantil, la pobreza es sin duda la fundamental. Es por ello que la lucha contra el trabajo infantil se centra en la erradicación de la misma. Esta pobreza puede ser una situación estructural que la familia del niño, o él mismo, esté sufriendo, pero también puede tratarse de una coyuntura familiar de crisis de ingresos.

Dado que la pobreza no es la única causa de este fenómeno, una perspectiva efectiva ha de tener en cuenta también otra serie de factores que influyen negativamente en el trabajo infantil. La falta de educación es uno de los factores adicionales que influyen, al igual que los valores o patrones culturales que concurren en una determinada sociedad y que

² Para más información acerca de la incidencia recíproca entre el trabajo infantil y el empleo juvenil pueden consultarse el *Informe mundial de 2015 sobre el trabajo infantil: Allar el camino hacia el trabajo decente para los jóvenes* de la OIT (Ginebra, 2015), (disponible en: <https://goo.gl/Th1Zhd>) y AGRA VIFORCOS, B. (2016, pp. 218-234).

pueden predisponer a una familia o comunidad a aceptar o fomentar el trabajo infantil, junto con la discriminación y la exclusión³.

Por consiguiente, «un enfoque general y coherente del trabajo infantil debe (...) aspirar a reducir la pobreza, ofrecer una educación de calidad, y adoptar medidas de protección social, incluida la protección de los derechos de los trabajadores, para responder a la realidad multidimensional del trabajo infantil»⁴.

En cuanto a los actores que intervienen en este fenómeno no todos están a favor de la erradicación del trabajo infantil. Así, encontramos una doble perspectiva en torno al trabajo infantil, cuyas diferencias radican en la visión sobre la infancia subyacente⁵. Por un lado, se encuentra la perspectiva abolicionista, y por otro lado la proteccionista.

La perspectiva abolicionista defiende la erradicación del trabajo infantil, y, por ello, conlleva políticas y normativas que tiendan a su eliminación. La infancia es concebida como una etapa de preparación para la vida adulta en la cual el niño ha de ser protegido frente a todo aquello que pueda entorpecer su salud, desarrollo personal y educación. En cuanto a los actores internacionales que defienden esta perspectiva ha de destacarse la labor de la OIT, y en especial de su programa, Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), y de UNICEF. Otros actores globales fundamentales son también la Organización Mundial de la Salud, el Banco Mundial, las ONGs internacionales y los propios gobiernos de los países.

En cambio, la perspectiva proteccionista defiende el reconocimiento social y la protección del trabajo infantil, siendo el trabajo un derecho de los niños. Al contrario que los abolicionistas no conciben la infancia como una simple preparación para la vida adulta, sino que reclaman una

³ OIT: *Un futuro sin trabajo infantil* (Ginebra, 2002).

⁴ OIT: *La eliminación del trabajo infantil: un objetivo a nuestro alcance* (Ginebra, 2006).

⁵ RAUSKY, M. E. (2009, pp. 681-706).

infancia activa en la cual puedan contribuir por sí mismos a la mejora de su situación. Los actores fundamentales de esta perspectiva son los denominados Niños y niñas trabajadores del sur (NATs).

Con todo, el presente artículo centra su visión en la labor realizada por la perspectiva abolicionista por entender que es la forma idónea de proteger a los niños frente a aquellas actividades que puedan poner en peligro su salud, desarrollo personal y educación. En ese sentido, se analizará, en primer lugar, la normativa aplicable al trabajo infantil en tres niveles: internacional, regional y estatal. A continuación, se abordará de forma general la situación de los diferentes países en cuanto a la edad mínima de admisión al empleo, seguido de un análisis de los casos de México, Malawi y Viet Nam como representativos de la variedad de realidades existentes. Finalmente se mencionarán los futuros desafíos que la lucha contra el trabajo infantil podría tratar, a la vez que se proponen métodos privados alternativos a los públicos para tratar el problema.

II. DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES AL TRABAJO INFANTIL

La normativa que respalda la protección de la postura abolicionista del trabajo infantil se estructura en tres niveles principales: internacional, regional y estatal. Los instrumentos jurídicos sobre esta materia son abundantes, por lo que en este artículo se abordan únicamente las normas fundamentales de cada uno de esos niveles.

La eliminación del trabajo infantil en su perspectiva normativa tiene varios rasgos comunes en todos los niveles de regulación. Por un lado, se establece la edad mínima de acceso al empleo de los menores, la cual en ocasiones puede ser rebajada por características o necesidades específicas del país. Esta edad mínima suele estar vinculada a la edad en la que cesa la escolarización obligatoria.

Por otro lado, se establece una serie de actividades que debido a sus características o las circunstancias en las que se desarrollan se consideran nocivas para todos los menores, quedando prohibida su realización a los menores de dieciocho años generalmente. Puede quedar prohibida su realización, o condicionada, a que se den una serie de requisitos que salvaguarden la integridad, salud y desarrollo del menor. Son las denominadas trabajos peligrosos o peores formas de trabajo infantil.

Tanto la edad mínima como las peores formas de trabajo infantil están vinculadas a la incidencia que pueden tener en el desarrollo del menor. Es por ello que las regulaciones suelen contener apartados que garantizan la educación del menor, unas circunstancias específicas de trabajo (tales como la regulación acerca del tiempo destinado al trabajo o medidas reforzadas de prevención de riesgos laborales) y un régimen sancionador. Todo ello para asegurar la salud física y psíquica del menor, al igual que su formación profesional y humana.

1. Ámbito internacional

Múltiples instrumentos jurídicos internacionales han sido establecidos para la protección de los menores ante el trabajo. La OIT es el organismo internacional fundamental en la protección y elaboración de normativa con vocación universal en lo relativo al trabajo infantil. No obstante, las diferencias económicas, sociales y culturales existentes impiden adoptar un patrón único⁶. Es por ello que la OIT recoge fórmulas que permiten la flexibilidad de las disposiciones a aplicar, con el objetivo de lograr una mayor ratificación para alcanzar la deseada vocación universal.

Por lo tanto, las normas establecidas por la OIT tienen carácter de norma mínima y no pretenden tanto «promover una unificación de las

⁶ RUANO ALBERTOS, S. (2001, pp. 34-44).

legislaciones de los distintos países, sino del respeto por los mismos de unas normas consideradas como básicas a nivel internacional»⁷.

Así, este organismo ha establecido una amplia regulación respecto al trabajo infantil, tanto de manera general como centrándose en sectores específicos. En este artículo se analizarán únicamente las dos normas fundamentales, los Convenios n° 138 y 182, con sus respectivas recomendaciones, y no los instrumentos de sectores específicos⁸.

El Convenio n° 138 de 1973 se refiere a la edad mínima de admisión al empleo. Este Convenio ha sido complementado por la Recomendación n° 146 del mismo año. El Convenio reemplaza gradualmente los convenios previos relativos a la protección de los menores en sectores concretos, por lo que tiene una vocación universal y no limitada como los anteriores. Además establece como objetivo la total abolición del trabajo de los niños.

El Convenio establece en su artículo 1 que «todo Miembro para el cual esté en vigor el presente Convenio se compromete a seguir una po-

⁷ RUANO ALBERTOS, S. (2001, p. 36).

⁸ Las regulaciones para determinados sectores pueden consultarse en “Convenios y Recomendaciones de la OIT sobre trabajo infantil”. Los instrumentos que ha sido superado son: Convenio n° 5 de 1919 sobre la edad mínima en la industria; Convenio n° 7 de 1920 sobre la edad mínima en el trabajo marítimo; Convenio n° 10 de 1921 sobre la edad mínima en la agricultura; Convenio n° 33 de 1932 sobre la edad mínima en trabajos no industriales; Convenio (revisado) n° 59 de 1937 sobre la edad mínima en la industria; Convenio n° 112 de 1959 sobre la edad mínima de pescadores; Convenio n° 123 de 1965 sobre la edad mínima en el trabajo subterráneo; Recomendación n° 124 de 1965 sobre la edad mínima en el trabajo subterráneo. Los instrumentos en situación provisoria son: Recomendación n° 41 de 1932 sobre la edad mínima en trabajos no industriales; Recomendación n° 52 de 1937 sobre la edad mínima en empresas familiares; Convenio (revisado) n° 58 de 1936 sobre la edad mínima en el trabajo marítimo. Los convenios dejado de lado son: Convenio n° 15 de 1921 sobre la edad mínima de pañoleros y fogoneros; Convenio n° 60 de 1937 sobre la edad mínima de trabajos no industriales. El único instrumento retirado en la materia es: Recomendación n° 96 de 1953 sobre la edad mínima en minas de carbón. (Disponible en: <https://goo.gl/e0h9hR> y <https://goo.gl/25CeA3>).

lítica nacional que asegure la abolición efectiva de trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores». Se destaca así la necesidad de que los Estados adopten políticas internas activas para asegurar los objetivos del Convenio, relacionados continuamente con el objetivo principal de salvaguardar el adecuado desarrollo del menor.

Como regla general se establece la edad en que cesa la obligación escolar como edad mínima de admisión al trabajo, o en todo caso, los quince años mínimo (artículo 2.3). A lo largo del Convenio hay múltiples excepciones que disminuyen o elevan la edad dependiendo de las condiciones del país y de las características del trabajo. Así pues, el artículo 2.4 permite «especificar inicialmente una edad mínima de catorce años» para aquellos Estados Miembros «cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados».

Otra disminución de la edad mínima es la recogida en el artículo 7 referida a los trabajos ligeros, siempre y cuando estos no «sean susceptibles de perjudicar su salud o desarrollo [ni] sean de tal naturaleza que puedan perjudicar su asistencia a la escuela (...)». Se permite así establecer los trece años como edad mínima en lugar de quince, e incluso mayores de quince que están aún sujetos a la obligación escolar. Además, si el Estado Miembro está acogido a la reducción a catorce años del artículo 2.4 se permite rebajar a doce y catorce años estas edades.

El precepto de los trabajos ligeros ha sido duramente criticado por algunos autores por entender que abre «las puertas a posibles abusos cobijados bajo la apariencia de trabajos ligeros [,pues] no defin[e] qué trabajos deb[en] considerarse como ligeros, ni determin[a] las actividades en que se deb[a] prohibir el empleo, ni establec[e] el número de horas en las que p[uede] llevarse a cabo, ni disp[one] las condiciones para la realización del mismo. Cuestiones fundamentales que hubieran evitado

posibles arbitrariedades pero que se obviaron en aras de obtener el mayor número de ratificaciones posibles»⁹.

Por su parte, el artículo 3 eleva la edad mínima a los dieciocho años para las consideradas peores formas de trabajo infantil. Se trata de «todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores» y que son desarrollados por el Convenio n° 182 de 1999. La edad podrá ser rebajada a dieciséis «siempre que queden plenamente garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes, y que estos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada y específica en la rama de actividad correspondiente».

Por otro lado, varios artículos admiten limitaciones a las reglas generales. El artículo 4.1 posibilita «excluir de la aplicación del (...) Convenio a categorías limitadas de empleos o trabajos de los cuales se presenten problemas especiales e importantes de aplicación», siempre y cuando no sea un tipo de trabajo a los que se refiere el artículo 3. De igual manera, se permite la limitación inicial del campo de aplicación del Convenio en su artículo 5 para aquellos Estados «Miembro[s] cuya economía y cuyos servicios administrativos estén insuficientemente desarrollados», siendo indisponible para determinadas categorías de trabajo¹⁰.

Además no será de aplicación el Convenio al trabajo efectuado «en las escuelas de enseñanza general, profesional o técnica o en otras instituciones de formación ni al trabajo efectuado por personas de por lo menos

⁹ RUANO ALBERTOS, S. (2001, p. 39).

¹⁰ Artículo 5.3 del Convenio n° 138 de la OIT: «Las disposiciones del presente Convenio deberán ser aplicables, como mínimo, a: minas y canteras; industrias manufactureras; construcción; servicios de electricidad, gas y agua; saneamiento; transportes, almacenamiento y comunicaciones, y plantaciones y otras explotaciones agrícolas que produzcan principalmente con destino al comercio, con exclusión de las empresas familiares o de pequeñas dimensiones que produzcan para el mercado local y que no empleen regularmente trabajadores asalariados».

catorce años de edad en las empresas, siempre que dicho trabajo (...) sea parte integrante de» uno de los programas descritos en el artículo 6¹¹.

A la vista del análisis efectuado puede observarse la flexibilidad buscada por la OIT para lograr un instrumento con la mayor universalidad posible. Provisiones más cerradas e inflexibles hubieran dificultado notablemente e incluso imposibilitado la ratificación del Convenio por muchos de los Estados Miembros actuales.

En cuanto a la Recomendación n° 146, que complementa al Convenio n° 138, establece que se «debería fijar la misma edad mínima para todos los sectores de actividad económica» y que los Estados «Miembros deberían fijarse como objetivo la elevación progresiva a dieciséis años de la edad mínima». También establece que «en los casos en que la edad mínima (...) sea aún inferior a quince años, se deberían tomar medidas urgentes para elevarla a esa cifra».

La Recomendación también recoge unas directrices para que los Estados Miembros las apliquen en su política nacional, una serie de condiciones de trabajo y unas medidas de control¹².

¹¹ Artículo 6 del Convenio n° 138 de la OIT: « (...) y sea parte integrante de: (a) un curso de enseñanza o formación del que sea primordialmente responsable una escuela o institución de formación; (b) un programa de formación que se desarrolle entera o fundamentalmente en una empresa y que haya sido aprobado por la autoridad competente; o (c) un programa de orientación, destinado a facilitar la elección de una ocupación o de un tipo de formación».

¹² Destacan, sobre todo, la necesidad de «la extensión progresiva de otras medidas económicas y sociales destinadas a aliviar la pobreza dondequiera que exista y a asegurar a las familias niveles de vida e ingresos tales que no sea necesario recurrir a la actividad económica de los niños»; «la limitación estricta de las horas dedicadas al trabajo por día y por semana, y la prohibición de horas extraordinarias, de modo que quede suficiente tiempo para la enseñanza o la formación profesional (incluido el necesario para realizar los trabajos escolares en casa), para el descanso durante el día y para actividades de recreo»; y medidas para «facilitar la verificación de las edades».

El Convenio n° 182 de 1999, por su parte, se refiere a la prohibición de las peores formas de trabajo infantil. La Recomendación n° 190 del mismo año complementa este Convenio. Este Convenio parte del artículo 3 del Convenio n° 138 ya analizado, para así concretar cuáles son los trabajos o empleos «que por su naturaleza o las condiciones en que se realice[n] pueda[n] resultar peligroso[s] para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores».

De acuerdo con el artículo 1, todo Estado Miembro «deberá adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia». Este Convenio, al contrario que el n° 138, utiliza el término «niño» para designar a toda persona menor de dieciocho años tal y como remarca en su artículo 2, por lo que será de aplicación a todos los menores de esta edad.

La explicación de la expresión «las peores formas de trabajo infantil» queda recogida en el artículo 3, y abarca «(a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; (b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; (c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y (d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños». Por lo tanto, la eliminación de estas formas de trabajo para todo menor de dieciocho años se establece como una prioridad de la OIT y de la comunidad internacional.

El apartado d) del artículo 3 recoge una fórmula abierta que deberá ser determinada por la legislación nacional. La Recomendación n° 190, por

su parte, recoge una serie de trabajos que los Estados Miembros deberían de considerar añadir en sus legislaciones nacionales al determinar las peores formas de trabajo infantil. Así, «debería[n] tomarse en consideración, entre otras cosas: (a) los trabajos en que el niño queda expuesto a abusos de orden físico, psicológico o sexual; (b) los trabajos que se realizan bajo tierra, bajo el agua, en alturas peligrosas o en espacios cerrados; (c) los trabajos que se realizan con maquinaria, equipos y herramientas peligrosos, o que conllevan la manipulación o el transporte manual de cargas pesadas; (d) los trabajos realizados en un medio insalubre en el que los niños estén expuestos, por ejemplo, a sustancias, agentes o procesos peligrosos, o bien a temperaturas o niveles de ruido o de vibraciones que sean perjudiciales para la salud, y (e) los trabajos que implican condiciones especialmente difíciles, como los horarios prolongados o nocturnos, o los trabajos que retienen injustificadamente al niño en los locales del empleador».

La Recomendación también recuerda que podrá autorizarse el «el empleo o el trabajo a partir de la edad de 16 años» en lo referente al apartado d) del artículo del Convenio n° 182, tal y como ya señalaba el artículo 3.3 del Convenio n° 138.

Al margen de las normas aprobadas por la OIT deben considerarse otros dos instrumentos jurídicos internacionales. Por un lado, destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948. La alusión al trabajo infantil no se hace de manera directa, sino a través del artículo 26 relativo a la educación. Este artículo establece que «toda persona tiene derecho a la educación (...). [Además], la instrucción elemental será obligatoria (...), [y] (...) tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales (...)».

Por otro lado, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, establece en el artículo 32 «el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempe-

ño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social». Además, se establece que «los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo». Así pues, dispone una triple vía de la normativa a desarrollar, consistente en «a) Fijar una edad o edades mínimas para trabajar; b) Dispon[er] la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; c) Estipular las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva».

2. Ámbito europeo

En lo que al ámbito europeo se refiere, tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea siguen las mismas directrices que las fijadas por la OIT en sus Convenios.

De este modo, el Consejo de Europa por su parte regula en el artículo 7 de la Carta Social Europea, de 1961, el «Derecho de los niños y adolescentes a protección». Para garantizar tal derecho las partes se comprometen entre otros «a fijar en 15 años la edad mínima de admisión al trabajo, sin perjuicio de excepciones para los niños empleados en determinados trabajos ligeros que no pongan en peligro su salud, moralidad o educación». También se comprometen a «fijar en 18 años la edad mínima para la admisión al trabajo en ciertas ocupaciones consideradas peligrosas o insalubres» y «a prohibir que los niños en edad escolar obligatoria sean empleados en trabajos que les priven del pleno beneficio de su educación».

Por lo tanto, en la Carta Social Europea pueden verse los mismos criterios que los empleados por la OIT: la edad escolar obligatoria o los quince años como edad mínima; la posibilidad de realizar trabajos ligeros por debajo de esa edad; y la prohibición de que los menores de dieciocho participen en las peores formas de trabajo infantil.

Por otro lado, la Unión Europea establece en el artículo 32 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo. Una vez más, siguiendo la misma línea que los demás instrumentos internacionales y europeos mencionados prohíbe el trabajo infantil, establece que «la edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye la escolaridad obligatoria» y que «los jóvenes admitidos a trabajar deben disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación».

Las provisiones señaladas son desarrolladas en la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo¹³. A grandes rasgos, la Directiva «parte del establecimiento de una edad mínima de acceso al empleo y afronta la protección del trabajador menor de edad, básicamente, a partir de tres vías»¹⁴. En primer lugar, se establecen trabajos en los que la contratación de menores queda prohibida debido a la naturaleza de la actividad o a las circunstancias concurrentes en ella. En segundo lugar, se refuerzan las medidas de prevención de riesgos laborales para aquellos trabajos en los que participan menores de edad. Finalmente se establecen limitaciones en relación al tiempo de los menores en el trabajo, entre las que destacan las regulaciones a cerca de las horas extraordinarias, el descanso mínimo semanal, el descanso mínimo entre jornadas y las horas nocturnas.

La Directiva 94/33/CE es, por lo tanto, el instrumento jurídico internacional que regula en mayor profundidad el trabajo infantil y la protección

¹³ DOUE de 20 de agosto de 1994, L 216.

¹⁴ RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S. (2007, p. 231).

de los jóvenes en el trabajo, pero sin olvidar la necesidad de que los Estados Miembros cumplan realmente con las obligaciones impuestas por ella.

3. Ámbito nacional¹⁵

Partiendo de artículo 39.4 de la CE, en España «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», protección que alcanza al trabajo infantil. Así pues, el artículo 6.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET)¹⁶ prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años, que coincide con la edad mínima de escolarización. De igual manera, el artículo 9.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo establece que los menores de dieciséis años no podrán ejecutar trabajo autónomo ni actividad profesional, ni siquiera para sus familiares¹⁷. Por lo tanto, la edad mínima española está por encima de lo exigido por la normativa internacional y europea en un año.

Ahora bien, la edad mínima de acceso al empleo en España admite una excepción respecto a la intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos en el artículo 6.4 del TRLET, de forma que deberá ser autorizada por la autoridad laboral en casos excepcionales, «siempre que no suponga peligro para su salud ni para su formación profesional y humana».

Asimismo se establecen una serie de previsiones como condiciones mínimas e inderogables que han de cumplirse cuando el menor de edad trabaje. Concretamente, se prohíben el trabajo nocturno (artículo 6.2) y las

¹⁵ Para un análisis más profundo de la normativa española sobre el trabajo infantil y su adecuación y comparativa con la normativa internacional y europea pueden consultarse: RUANO ALBERTOS, S. (2014) y MELLA MÉNDEZ, L. (2013).

¹⁶ BOE de 24 de octubre de 2015, n° 255.

¹⁷ BOE de 12 de julio de 2007, n° 166.

horas extraordinarias (artículo 6.3), y se establecen limitaciones respecto de la jornada laboral máxima¹⁸, pausas¹⁹ y periodos de descanso²⁰.

Por otro lado, el artículo 27 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL)²¹ establece medidas específicas respecto de la protección de los menores. En su apartado segundo se habilita al Gobierno para establecer «limitaciones a la contratación de jóvenes menores de dieciocho años en trabajos que presenten riesgos específicos». Hasta que el Gobierno no establezca tal regulación, seguirá siendo de aplicación el Decreto de 26 de julio de 1957, sobre Industrias y Trabajos prohibidos a mujeres y menores por peligrosos e insalubres²². Este Decreto ha sido duramente criticado por su desfase ya que «los avances técnicos han permitido procesos más seguros (...) pero también porque la nueva industria ha generado nuevos factores que demandan un adecuado tratamiento», por lo que no se adapta a la realidad española.

III. CUMPLIMIENTO GLOBAL DE LA NORMATIVA: COMPARACIÓN POR PAÍSES

1. Ideas globales sobre la edad mínima

El número de países que ha ratificado cada uno de los convenios fundamentales de la OIT en esta materia es muy diferente. El número de ratifica-

¹⁸ Artículo 34.3 del TRLET: «Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos».

¹⁹ Artículo 34.4 del TRLET: «En el caso de los trabajadores menores de dieciocho años, el periodo de descanso tendrá una duración mínima de treinta minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media».

²⁰ Artículo 37.1 del TRLET: «La duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos».

²¹ BOE de 10 de noviembre de 1995, n° 269.

²² BOE de 26 de agosto de 1957, n° 217.

ciones relativas al Convenio n° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil es más elevada, reflejando una mayor preocupación de los Estados en esta materia²³. Así pues, la ratificación del Convenio n° 182 es mayor, con un total de 181 ratificaciones, frente a 6 países que no lo han ratificado²⁴.

En cuanto se refiere al Convenio n° 138, el número total de ratificaciones asciende a 170 países, siendo un total de 17 los que no lo han ratificado²⁵. Estas ratificaciones pueden dividirse en tres categorías atendiendo a la edad mínima de acceso al trabajo establecida en cada país. Así pues, un total de 51 países establecen como edad mínima los catorce años, 76 países los quince años, y finalmente tan solo 43 países los dieciséis años.

Por consiguiente, son 51 los países que se acogen a la excepción de especificar inicialmente una edad mínima de catorce años que recoge el artículo 2.4 del Convenio n° 138 por tener su economía y medios de educación insuficientemente desarrollados. Por otro lado, tan solo un total de 43 cumplen con el objetivo de dieciséis años que se establece en el artículo 7.1 de la Recomendación n° 146.

Teniendo en cuenta la división de estos datos por continentes, se observa que en Oceanía es donde la ratificación del convenio es menor²⁶. Además, África es el continente en el que se concentran los países con menor edad establecida, mientras que la mayoría de los países que establecen la edad superior de dieciséis años se encuentran en Europa. Parece posible,

²³ Datos disponibles en: <https://goo.gl/GrihE7>. (Última consulta: 12 de julio de 2017).

²⁴ Los países que no han ratificado el Convenio n° 182 son: Eritrea, Islas Cook, Islas Marshall, Palau, Tonga y Tuvalu.

²⁵ Los países que no han ratificado el Convenio n° 138 son: Australia, Bangladesh, Estados Unidos República Islámica del Irán, Islas Cook, Islas Marshall, Liberia, Myanmar, Nueva Zelandia, Palau, Santa Lucía, Somalia, Suriname, Timor-Leste, Tonga, Tuvalu y Vanuatu.

²⁶ La división es la siguiente: No ratificados: África 2, Américas 3, Asia 4, Europa 0, Oceanía 8; 14 años: África 28, Américas 13, Asia 8, Europa 0, Oceanía 2; 15 años: África 19, Américas 10, Asia 20, Europa 25, Oceanía 2; 16 años: África 7, Américas 8, Asia 11, Europa 16, Oceanía 1.

por lo tanto, establecer una clara relación entre la riqueza de un país y la edad mínima de acceso al trabajo establecida por el mismo.

En el caso de la Unión Europea, los Estados Miembros cumplen con las exigencias recogidas anteriormente respecto a la edad mínima, puesto que un total de dieciocho países establecen los quince años como edad mínima y diez países los dieciséis años.

2. Análisis de supuestos específicos

A continuación se analizará el estado del trabajo infantil en tres países diferentes: México, Malawi y Viet Nam. Los países seleccionados corresponden a tres continentes diferentes con el fin de lograr un análisis más amplio de la situación global. México ha sido seleccionado debido al progreso realizado en esta materia en los últimos años. Malawi y Viet Nam, por su parte, son los países sobre los cuales versan las últimas publicaciones del IPEC sobre la situación del trabajo infantil por país²⁷.

2.1. México²⁸

El progreso realizado por México en los últimos años en la lucha contra el trabajo infantil es significativo. No solo ha reducido considerablemente el número de niños en situación de trabajo infantil, sino que las medidas adoptadas por el Gobierno ayudarán en un futuro próximo a seguir disminuyendo este número.

El número de niños trabajadores entre cinco y diecisiete años se ha reducido un 33.4% entre 2007 y 2013, siendo la reducción del periodo 2011–2013 de más de medio millón de niños, pasando de 3 a 2.5 millo-

²⁷ Para más publicaciones del IPEC consúltese: <https://goo.gl/p4b2xn>. (Última consulta: 12 de julio de 2017).

²⁸ Este análisis está basado en la publicación *El Trabajo Infantil en México: Avances y desafíos* de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social de México de agosto de 2014. (Disponible en: <https://goo.gl/Jm2EtK>).

nes. Estas cifras han podido ser logradas gracias al enfoque con el que el Gobierno ha tratado el asunto en colaboración con organismos internacionales y actores privados, logrando así una política pública integral en la lucha contra el trabajo infantil.

Las medidas para controlar la participación de los niños en el mundo del trabajo se remontan al siglo XIX en México, por lo que no es un fenómeno novedoso, aunque sí lo es la magnitud y efectividad con la que se está trabajando. En sus orígenes se intentó controlar la forma en la que los niños trabajaban, pero no se buscaba la erradicación, puesto que el trabajo infantil era percibido como complemento a la economía familiar. No fue hasta la consolidación de la industria en los 40-50 cuando empezó a ser visto como peligroso para la salud y seguridad, cambiando la percepción que se tenía acerca del trabajo infantil. Así, se estableció en la Constitución de 1917 la edad mínima de acceso al empleo en los doce años, siendo elevada posteriormente, durante a década de los 60 del siglo XX a los catorce.

En la década de los 90, con la ratificación por parte de México de la Convención Sobre los Derechos del Niño, se redefinieron las políticas dirigidas a garantizar los derechos de la niñez. No obstante, la visión seguía siendo limitada a finales de los 90, centrándose en las peores formas del trabajo infantil, y no en una perspectiva más amplia y global. El Comité sobre los Derechos del Niño mostró su preocupación a tal efecto, a la vez que reiteró la necesidad de ratificar los convenios de la OIT en la materia, y la necesidad de trabajar conjuntamente con el IPEC para avanzar en la erradicación.

En el año 2000 México ratificó el Convenio n° 182, sobre las peores formas de trabajo infantil. El comienzo del milenio también estuvo acompañado de políticas públicas como el *Programa de Acción 2002-2010: Un México Apropiado para la Infancia y la Adolescencia*, destacando siempre la necesidad de un enfoque multidisciplinar a la hora de enfrentarse al trabajo infantil debido a la multiplicidad de causas, factores y actores que intervienen en el fenómeno.

Los dos mayores progresos en la materia tuvieron lugar en junio de 2014 y junio de 2015. En 2014 la Constitución mexicana fue reformada para modificar su artículo 123.A.III, de tal manera que «queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de quince años». Así, con la elevación de la edad mínima de admisión al empleo de catorce a quince años, el país quedaba preparado para la ratificación del Convenio n° 138 de la OIT, en 2015.

Estas reformas se enmarcan en el *Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018*, siendo una de las metas «promover el empleo de calidad» y «contribuir a la erradicación del trabajo infantil». De igual manera, el *Programa Sectorial de Trabajo y Previsión Social 2013-2018* elabora una estrategia específica para contribuir a la erradicación del trabajo infantil.

Las acciones que se llevan a cabo se dividen en cuatro vertientes principales²⁹: un nuevo enfoque normativo; el andamiaje institucional; las sinergias con los sectores público, social y privado, y las estrategias de sensibilización social y acciones de difusión.

²⁹ Secretaría del Trabajo y Previsión Social: *El Trabajo Infantil en México: Avances y desafíos* (2014, p. 14): «Como parte del nuevo enfoque normativo, destaca la reforma constitucional para elevar la edad mínima de admisión al empleo de 14 a 15 años, cuyo Decreto se publicó el 17 de junio de 2014 en el Diario Oficial de la Federación; el impulso de reformas a leyes secundarias y a la ratificación del Convenio n° 138 de la OIT; la normatividad en materia laboral y de condiciones de seguridad y salud en el trabajo; así como la elaboración del Protocolo de Inspección del Trabajo en Materia de Erradicación del Trabajo Infantil y Protección al Trabajo Adolescente Permitido.

En cuanto al andamiaje institucional, destaca la creación de la Comisión Intersecretarial para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil y la Protección de Adolescentes Trabajadores en Edad Permitida en México (CITI); la instalación de las Comisiones Estatales para Prevenir y Erradicar el Trabajo Infantil; la firma de convenios de colaboración con instituciones de educación superior; el Programa Understanding Children's Work (UCW); apoyos educativos para la generación de conocimiento; la cooperación técnica internacional Proyecto IPEC: Alto al Trabajo Infantil Agrícola; la generación de información estadística, a través del Módulo de Trabajo Infantil; y la reestructuración orgánica y funcional de la STPS, que de manera puntual atiende, entre otros asuntos, los relacionados con la prevención y erradicación del trabajo infantil y la protección de adolescentes trabajadores en edad permitida en México.

La política pública adoptada en México de forma integral y prioritaria ha supuesto un gran paso adelante en la erradicación del trabajo infantil en México. Es fundamental que las políticas adoptadas sean acordes a la diversidad de factores sociales y económicos que interactúan en el fenómeno del trabajo infantil, y que las políticas económicas y sociales actúen también en el mismo sentido. Así, destaca la necesidad de proporcionar trabajo decente a las personas adultas y educación para los niños, para intentar romper con el círculo vicioso entre la pobreza y el trabajo infantil: las familias pobres envían a los niños a trabajar impidiéndoles recibir una educación, debido a ello sus ingresos como adultos son proclives a ser bajos, por lo que en un futuro enviarán a sus hijos a trabajar.

Por todo ello, y pese a los importantes avances realizados en los últimos años, es fundamental que todos los actores, y en especial los gubernamentales, sigan actuando para la erradicación del trabajo infantil, reconociendo que no es algo natural, sino un problema que ha de ser solucionado.

Por otro lado, cabe señalar que no todos los países de América Latina y Caribe han adoptado medidas de manera constante como las adoptadas por el Estado mexicano. Tal realidad se ve reflejada en que, pese a que en

Como parte de las sinergias con los sectores público, social y privado, se informa sobre la Declaración “Cero Tolerancia al Trabajo Infantil” en la industria de la caña de azúcar; el Foro Internacional sobre la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil: Intercambio de Experiencias Sindicales con América Latina; la profesionalización de inspectores del trabajo federales y locales; la formación de agentes multiplicadores en metodología SCREAM; el reconocimiento gubernamental a la responsabilidad social de las empresas; la promoción del Distintivo Empresa Agrícola Libre de Trabajo Infantil; así como el diseño e instrumentación del nuevo Distintivo México Sin Trabajo Infantil.

Finalmente, en la vertiente de estrategias de sensibilización social y acciones de difusión, se incorporan los avances derivados de la campaña nacional de comunicación social contra el trabajo infantil; el convenio de cooperación y asistencia técnica entre la Secretaría del Trabajo y Previsión Social y la Fundación Panamericana para el Desarrollo; la promoción de la Carta de derechos humanos y laborales para menores trabajadores en edad permitida; la realización de la exposición fotográfica “La Hora del Recreo” y de la exposición itinerante “Secretos de la Cosecha”».

el periodo 2008–2012 se haya reducido el número total de niños trabajadores de entre cinco y diecisiete años de 14.1 millones a 12.6 millones, el número de niños en trabajos peligrosos se ha mantenido estancado en torno a 9.5 millones.

2.2. *Malawi*³⁰

En comparación con los datos reflejados en México, puede decirse que el fenómeno del trabajo infantil está mucho más latente en Malawi.

Malawi ratificó los Convenios n.ºs 138 y 182 de la OIT en 1999, junto con la Convención sobre los Derechos del Niño. La edad mínima de admisión al empleo se sitúa en los catorce años, acogiéndose, por lo tanto, a la excepción del Convenio n.º 138, que permite establecer inicialmente una edad mínima de catorce años por razón de tener una economía y medios de educación insuficientemente desarrollados. Los considerados trabajos peligrosos por el Gobierno de Malawi no pueden ser realizados por personas menores de dieciocho años.

Pese a establecer dichas edades como mínimas de acceso al empleo, la realidad difiere de la normativa. Así pues, un total de 2.6 millones de niños (48% del total de menores de dieciocho) son niños trabajadores, de los cuales 2.1 millones (38% del total) trabajan en el llamado trabajo infantil. Más de 1 millón de niños trabajan en los considerados trabajos peligrosos.

El Gobierno de Malawi, junto con múltiples actores, está llevando a cabo una serie de proyectos para disminuir las cifras. Algunas de las iniciativas a destacar son las siguientes. El *Child Care, Protection and Justice Act* de 2010 prohíbe el uso de niños como fuente de ingresos mediante su trabajo, estableciendo penas de hasta diez años de cárcel por ello. También se prohíbe

³⁰ Este análisis está basado en la publicación *Malawi: 2015 National child labour survey report* de la OIT y la Oficina Nacional de Estadísticas de Malawi, publicado en 2017. (Disponible en: <https://goo.gl/rox2hg>).

el uso de niños como pago de créditos o deudas. *La Estrategia de Crecimiento y Desarrollo de 2011-2016* prioriza la lucha contra el trabajo infantil, centrándose en la reducción de la pobreza como causa del trabajo infantil. En la misma línea actúa el *Plan Nacional de Acción del Trabajo Infantil*.

Otras iniciativas a destacar son el trabajo a favor de la reintegración de los niños en las escuelas, los programas preventivos llevados a cabo por el Congreso de Sindicatos de Malawi y el Sindicato de Profesores de Malawi y la implementación de educación de calidad gratuita como el medio más efectivo posible para romper el círculo entre la pobreza y el trabajo infantil. Todas ellas realizadas por el Gobierno en colaboración con los agentes sociales.

Una última iniciativa a destacar es la de las transferencias en efectivo como forma de protección social de las familias más pobres. Uno de los objetivos principales de esta iniciativa es la reducción del abandono escolar de los niños para trabajar, siendo la transferencia mayor para la educación secundaria que la primaria, potenciando la escolarización durante un mayor periodo. Estas transferencias en efectivo son complementadas con un bono de asistencia escolar. No obstante, los efectos que esta iniciativa acarrea no son aún concluyentes. Algunos primeros estudios apuntan a que en realidad no reducen el trabajo infantil, sino que se produce una redistribución del mismo. Así, el nuevo patrón pasaría «del trabajo fuera del hogar al trabajo en el seno de la familia en empresas familiares o en tareas domésticas probablemente debido a que la inversión financiada por las transferencias en efectivo crea[ría] nuevas posibilidades de utilización de los niños en la producción familiar»³¹.

³¹ OIT: *Informe mundial sobre trabajo infantil: Vulnerabilidad económica, protección social y lucha contra el trabajo infantil*, (Ginebra, 2013), p. 34.

2.3. Viet Nam³²

El Partido Comunista de Viet Nam ha considerado siempre la educación y la protección de los niños un eje prioritario de su estrategia para el desarrollo y la modernización del país. La inversión en los niños se considera una inversión en el futuro del país, por lo que las políticas infantiles son fundamentales en sus planes de desarrollo. Claro ejemplo de ello es que Viet Nam fue el segundo país del mundo y primero de Asia en ratificar la Convención de los Derechos del Niño.

La educación está reconocida como un derecho y una obligación de los ciudadanos en el artículo 59 de su Constitución, siendo obligatoria y gratuita la escolarización hasta los quince años. Dicha edad coincide con la edad mínima de admisión al empleo, salvo para el caso de los trabajos peligrosos en los que se establecen los dieciocho.

Debido a que el desarrollo de los niños se considera el futuro del país, la estrategia adoptada para su protección es una estrategia amplia y compleja. Parte de ella es la lucha para la erradicación del trabajo infantil. Los Convenios n.ºs 138 y 182 de la OIT fueron ratificados por Viet Nam en 2003 y 2000 respectivamente, siendo las edades mínimas de quince y dieciocho años ya mencionadas acorde a lo exigido por estos.

Además, Viet Nam ha llevado a cabo desde principios de los 90 del siglo XX programas de protección y regulación del trabajo infantil, tales como los *Planes Nacionales de Acción para la protección de los Niños*. La reforma de su Código Laboral se adapta de igual manera a las exigencias de la lucha contra el trabajo infantil a la vez que regula el trabajo de los menores de edad que sí están en edad de trabajar (quince a diecisiete años) para salvaguardar su interés superior.

³² Este análisis está basado en las publicaciones *Viet Nam National Child Labour Survey 2012 - Report* y *Viet Nam National Child Labour Survey 2012 - Main Findings* de la OIT, de la Oficina General de Estadísticas de Viet Nam y del Ministerio de Trabajo, Inválidos y Asuntos Sociales de Viet Nam. (Disponibles en: <https://goo.gl/b4DkYP> y <https://goo.gl/9mgGyt>). (Última consulta: 12 de julio de 2017).

La efectividad de sus estrategias se refleja en los datos sobre el trabajo infantil, pero queda claro a su vez el largo camino que le queda a este país por recorrer en su lucha contra el trabajo infantil.

Así, el 15.5% de los menores de dieciocho años desarrollan algún tipo de actividad económica. De ellos el 62% son considerados como trabajo infantil, es decir, 1.75 millones (sobre un total de 18.3 millones de menores de dieciocho). Las cifras son significativamente menores que en otros países, pero deberían ser reducidas a cero. Además, un tercio de los mismos trabaja más de 42 horas semanales.

En cuanto a la distribución del trabajo infantil hay una clara tendencia que también queda reflejada en el caso de Malawi: el número de niños trabajadores es más elevado en el ámbito rural que en el urbano, aproximadamente un 85%. Este hecho puede ser unido a dos factores fundamentales. Por un lado, el trabajo infantil se concentra en torno al sector agrícola. Y por otro, la relación con la pobreza, siendo mayor la tasa de niños trabajadores según esta aumenta.

La OIT, por su parte, recomienda a Viet Nam que las sanciones en caso de violación de las disposiciones del trabajo infantil deberían ser reforzadas. También remarca la necesidad de centrar los esfuerzos en la concienciación familiar, destacando el papel principal que juegan las familias en el trabajo infantil.

IV. FUTUROS DESAFÍOS

A la vista del análisis efectuado puede afirmarse que tanto los actores nacionales como los internacionales están luchando contra el trabajo infantil de una manera efectiva, pero que no es suficiente.

Los instrumentos internacionales se presentan como mecanismos fundamentales para lograr la erradicación del trabajo infantil. Los Estados

quedan así obligados ante la comunidad internacional a actuar de forma coherente a ello, pero esta obligación es insuficiente. Los planes nacionales de acción, con la correspondiente legislación nacional, o regional, son fundamentales para avanzar de una forma efectiva.

El análisis realizado de México, Malawi y Viet Nam muestra la diferente realidad que existe a través de los países, dejando claro por lo tanto la necesidad de un enfoque nacional. Tampoco hay que olvidar que la situación dentro de un mismo país varía considerablemente, como en la diferencia rural-urbano de Malawi y Viet Nam. Por lo tanto, lo necesario son políticas multidisciplinares que traten la variedad de causas de origen adaptadas a la realidad de la comunidad en la que van a ser aplicadas.

Los planes de acción contra el trabajo infantil han de tratar también con el trabajo decente para los jóvenes. El trabajo decente en el futuro puede ser un aliciente para que los niños permanezcan en la escuela si las familias perciben que las ganancias a largo plazo superan la pérdida económica que supone para la familia que el niño no trabaje. Es por ello que garantizando trabajo decente para los jóvenes y un sistema educativo gratuito de calidad el número total de niños en situación de trabajo infantil puede verse considerablemente reducido.

Por otro lado, teniendo en cuenta el análisis de la edad mínima de acceso al empleo realizado por continentes queda clara la necesidad de elevar la edad mínima de acceso al empleo. Por un lado, muchos son los países que todavía se acogen a la excepción de los catorce años como edad mínima, pese a que el Convenio lo describe como una situación inicial que los países han de superar. Por otro lado, pocos alcanzan la edad mínima de dieciséis que se establece en la Recomendación.

Otra forma de avanzar en la abolición del trabajo infantil podría provenir de las iniciativas del sector privado, comprometiéndose a no usar mano de obra infantil en sus procesos de producción. Una forma de ha-

cerlo son los acuerdos marco transnacionales que regulan la responsabilidad de las empresas. Algunas empresas españolas ya han incluido cláusulas relativas al trabajo infantil en sus acuerdos marco transnacionales, como es el caso de Inditex³³ y Gamesa³⁴.

En lo que concierne a la situación de España ante el trabajo infantil, no solo ha de preocuparse por la perspectiva internacional del mismo, sino también de su legislación interna. El Decreto de 26 de julio de 1957 sobre Industrias y Trabajos prohibidos a mujeres y menores por peligrosos e insalubres está claramente desfasado y no se corresponde con la realidad española. Es por ello que es necesario que el legislador español, de acuerdo con el mandato del artículo 27 de la LPRL establezca limitaciones para la contratación de menores de dieciocho años que presenten riesgos específicos, estableciendo una lista de trabajos peligrosos que los menores de edad no deben de poder realizar.

³³ Acuerdo Marco Internacional entre Inditex, S.A. y la International Trade Garments, Leather and Workers Federation sobre derechos humanos y laborales en la cadena de producción de Inditex de 2007. Anexo I: Código de conducta de fabricantes y talleres externos de Inditex; 2. Prohibición de trabajo infantil: «los fabricantes externos, proveedores y sus subcontratistas no contratarán a menores de edad. Inditex define menor de edad a aquella persona con edad inferior a 16 años. Si la legislación local establece un límite de edad superior, se respetará dicho límite. Las personas menores de 18 años no deberán trabajar en turnos nocturnos ni bajo condiciones peligrosas (...)». (Disponible en: <https://goo.gl/eVpCd39>).

³⁴ Acuerdo Laboral Global Sobre Responsabilidad Social entre el Grupo Gamesa, la Representación Social e IndustriALL Global Union: “Estos compromisos expresos de Gamesa están en consonancia con los siguientes convenios de la OIT: Convenio 138 y 189, relativos a la edad de acceso al trabajo y a las peores formas de trabajo infantil”. Además, Gamesa se compromete “respetar los derechos humanos y, en especial, aquellos cuya conculcación degrada al colectivo de trabajadores, rechazando el trabajo infantil y el trabajo forzoso u obligado”. (Disponible en: <https://goo.gl/Tpu2A8>).

V. BIBLIOGRAFÍA

AGRA VICORFOS, B. (2016). «Trabajo infantil y de menores». En FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. (Dir.) *Empleo Juvenil: Un reto para Europa*. Cizur Menor: Aranzadi Editorial.

MELLA MÉNDEZ, L. (2013). «La protección de los menores en el derecho del trabajo: reflexiones generales». En *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n° 13.

OIT y la Oficina Nacional de Estadísticas de Malawi: *Malawi: 2015 National child labour survey report*, (Ginebra, 2017). Disponible en: <https://goo.gl/rox2hg>.

OIT, la Oficina General de Estadísticas de Viet Nam y el Ministerio de Trabajo, Inválidos y Asuntos Sociales de Viet Nam: *Viet Nam National Child Labour Survey 2012-Main Findings*, (Hanoi, 2014). Disponible en: <https://goo.gl/b4DkYP>.

OIT, la Oficina General de Estadísticas de Viet Nam y el Ministerio de Trabajo, Inválidos y Asuntos Sociales de Viet Nam: *Viet Nam National Child Labour Survey 2012- Report*, (Hanoi, 2014). Disponible en: <https://goo.gl/9mgGyt>.

OIT: *Informe mundial de 2015 sobre el trabajo infantil: Allancar el camino hacia el trabajo decente para los jóvenes* (Ginebra, 2015).

OIT: *Informe mundial sobre trabajo infantil: Vulnerabilidad económica, protección social y lucha contra el trabajo infantil*, (Ginebra, 2013).

OIT: *La eliminación del trabajo infantil: un objetivo a nuestro alcance* (Ginebra, 2006).

OIT: *Un futuro sin trabajo infantil* (Ginebra, 2002).

RAUSKY, M.E. (2009). «¿Infancia sin trabajo o Infancia trabajadora? Perspectivas sobre el trabajo infantil». En *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol.7 n° 2.

RUANO ALBERTOS, S. (2001). «El trabajo de los menores de edad: determinados aspectos de su tratamiento por la normativa internacional, comunitaria y nacional». En *Tribuna Social*, n° 127.

RUANO ALBERTOS, S. (2014). «Grado de cumplimiento de los convenios de la OIT ratificados por España en relación con la edad mínima de acceso al trabajo y trabajo de menores». En *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n° 112.

RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S. (2007). «Valoración de la normativa laboral española sobre menores a la luz de la Directiva 94/33/CE del Consejo». En *Estudios de Deusto*, vol. 55/1.

Secretaría del Trabajo y Previsión Social: *El Trabajo Infantil en México: Avances y desafíos*, (México, 2014). Disponible en: <https://goo.gl/MwMfA9>.

VI. NORMATIVA

Internacional

- Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 1948.
- OIT: Convenio n° 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1973.
- OIT: Recomendación n° 146 sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1973.
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, 1989.
- OIT: Convenio n° 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, 1999.
- OIT: Recomendación n° 190 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, 1999.

Regional

- Consejo de Europa: Carta Social Europea, 1961.
- Carta De Los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000.
- Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo.

IDOIA ARICETA LÓPEZ
*Perspectiva global del trabajo infantil:
regulación y cumplimiento internacional de la normativa y futuros desafíos*

Nacional

- Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Decreto de 26 de julio de 1957 sobre Industrias y Trabajos prohibidos a mujeres y menores por peligrosos e insalubres.

Adopzio irregularra, haur lapurtuak eta Nazioarteko Zuzenbidea

UNAI BELINTXON MARTIN

Nazioarteko Zuzenbide Pribatuko Irakasle Doktorea
Nafarroako Unibertsitate Publikoa

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 29/10/2018

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 12/11/2018

Laburpena: Ondorengo esaldietako ildo nagusien artean haur lapurtuak, nazioarteko Zuzenbide pribatua, ama biologikoengandiko haurren banaketa edo lapurreta, adopzio irregularra, giza eskubideak, gizakien nazioarteko trata, haurren eskubideak, nortasunerako eskubidea, adingabearen babes juridikoa, adingabearen interes gorena, nazio barneko eta nazioarteko orden publikoa, baita pertsonak bere jatorri biologikoak ezagutzeko eskubidea ere aurki ditzakegu. Diziplinarrekotasun ikuspegi batetik gure egungo historian azaleratu den eta garrantzi juridiko handia duen gertakari ilun hau aztertu nahi dugu. Gertaera hauek aztertu ostean, egun indarrean ditugun tresna juridikoak prebentziorako baita etorkizunean gerta litezkeen antzeko egoeren aurrean erantzun egoki bat emateko baliagarriak diren baloratuko dugu. Izan ere, ageri-agerian geratu da aurretik izandako nazio barneko eta nazioarteko tresna juridikoak prebentziorako, epaitzeko eta autoreak zigortzeko ez zirela nahikoak izan.

Hitz-gakoak: Nazioarteko Zuzenbide pribatua, haur lapurtuak, haurren eskubideak, gizakien trata, europar Zuzenbidea.

Adopción irregular, niños robados y Derecho internacional

Resumen: Niños robados, Derecho internacional privado, sustracción o separación irregular de bebés de sus madres biológicas, adopción irregular, derechos humanos, compraventa internacional de personas, trata de seres humanos, derechos del niño, derecho a la identidad, la protección jurídica del menor, el interés superior del menor, orden público nacional e internacional, así como el derecho a conocer los orígenes biológicos de las personas constituyen el hilo conductor de esta reflexión que pretende analizar desde una perspectiva pluridisciplinar algunas de las cuestiones más controvertidas y con mayor relevancia jurídica que afloran en este tenebroso episodio de nuestra historia reciente y que requiere, un análisis que nos permita valorar si los mecanismos jurídico-legales actuales en vigor nos permiten prevenir, y responder de manera eficaz ante situaciones similares que puedan presentarse en un futuro. Efectivamente, es evidente que los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales existentes con anterioridad no fueron suficientes para prevenir, enjuiciar y condenar a los autores.

Palabras clave: Derecho internacional privado, niños robados, derechos del niño, trata de seres humanos, Derecho europeo.

Irregular adoption, stolen children and international law

Abstract: Stolen children, private international law, abduction or irregular separation of babies from their biological mothers, irregular adoption, human rights, international sale of persons, trafficking in human beings, rights of the child, right to identity, legal protection of the child, The best interest of the minor, national and international public order, as well as the right to know the biological origins of the people constitute the main thread of this reflection that tries to analyze from a multidisciplinary perspective some of the most controversial issues and with greater legal relevance that surface in this dark episode of our recent history and that requires, an analysis allows us to assess whether current legal mechanisms in force allow us to prevent, and respond effectively to similar situations that may arise in the future. For it is evident that the existing national and international juridical instruments were not sufficient to prevent, prosecute and condemn the authors.

Key words: private international law, stolen children, rights of the child, trafficking in human beings, European law.

AURKIBIDEA: I. AURRETIAZKO GOGOETAK. II. ADINGABEAK BABESTEKO NAZIOARTEKO TRESNAK ETA ADOPZIO IRREGULARRERAKO, NORTASUN-ESKUBIDERAKO ETA HAUR LAPURTUEN KASUETARAKO APLIKAGARRI DEN LEGE-ESPARRUA. 1. Aurretiazko gogoetak. 2. Estatu barneko, Europar Batasuneko eta nazioarteko marko juridiko aplikagarria. III. EUROPAR BATASUNAREN INTEGRAZIO HANDI-GOAREN ETA PREBENTZIO-ZUZENBIDE EGOKI ETA ERAGINKOR BATEN BEHARRA. HAINBAT ARAU ZEHATZEN INGURUKO GOGOETAK. 1. Iristen ez den integrazio politiko, ekonomiko, sozial eta juridiko handiagoari erreferentziak. 2. Prebentzio-zuzenbide egoki eta eraginkorra. 2.1. *Nortasuna eta jatorri biologikoak ezagutzeko eskubidea*. 2.2. *Informazio eta dokumentazio klinikoak eskuratzeko eta horiek modu egokiangordetzeko eskubidea*. IV. ONDORIOAK.V. BIBLIOGRAFIA.

I. AURRETIAZKO GOGOETAK

Ondorengo esaldietako ildo nagusi eta oinarritzkoen artean haur lapurtuak, nazioarteko Zuzenbide pribatua, ama biologikoengandiko haurren banaketa edo lapurreta, adopzio irregularra, giza eskubideak, gizakien nazioarteko trata, haurren eskubideak, nortasunerako eskubidea, justizia, adingabearen babes juridikoa, pertsonaren garapen askea, adingabearen interes goren, nazio barneko eta nazioarteko orden publikoa, baita pertsonak bere jatorri biologikoak ezagutzeko eskubidea ere aurki ditzakegu.

Diziplinartekotasun ikuspegi batetik gure egungo historian azaleratu den eta garrantzi juridiko handia duen gertakari ilun hau identifikatu, landu eta azertu nahi dugu. Bereziki, gertaera hauek argitu eta azertu ostean, gaur egun indarrean ditugun tresna juridikoak prebentziorako baliagarriak diren baloratu eta epaitzeko, baita etorkizunean gerta litezkeen antzeko egoeren aurrean erantzun sendo eta baliagarri bat emateko aukera ere izango dugu. Agerikoa da aurretik izandako nazio barneko eta nazioarteko tres-

na juridikoak prebentziorako, zapuzteko, identifikatzeko, epaitzeko, eta gizarte-alarma eta erakunde publikoekiko konfiantza falta sorrarazi duten egoera hauen autoreak zigortzeko ez zirela nahikoak izan, ondorioz, arazo hau modu serio eta global batean lantzea ezinbesteko bilakatuz.

Egun indarrean dauden arau-tresna ugarien elkarreragina dela eta (Europar Zuzenbidea, Zuzenbide nazionala eta nazioarteko Zuzenbidea alegia), Zuzenbide pribatuko ikuspegitik, gizakien tratarako borroka eta prebentzio sektorean, Europar Batasunean aplikagarria den lege-esparruaren analisiak nazioarte esparruan azaleratzen diren antzeko egoera anitzetan (berdinak ez direnak) agertzen diren arazoak identifikatzea eta islatzea eskatzen du.

Gizakien trata sektore barnean aurkitzen den adopzio irregularra, nortasunerako eskubidea eta ama biologikoengandiko haurren banaketa edo lapurreta azpisektore honen ikerketa eta hausnarketa lantzeko garaian gerturapen ugari onartzen dituela antzeman dugu. Hori dela eta, sektoreetan espezializatzegatik bereizten den egungo nazioarteko Zuzenbide pribatuari dagozkion ezaugarriekin bat egiten duen erantzun analitikoa eskaintzeko gure diziplinako alderdi *iusprivatista* kontuan hartzen duen aurre mugaketa lana egitea eskatzen digu, betiere, beharrezkoak ditugun nazioarteko Zuzenbide publikoa eta Zuzenbide penalaren diziplinak ahaztu gabe¹.

Argi dago ikerketa honen objektua nazionala, zein nazioarteko ikuspegi zibil, penal, administratibo eta konstituzionaletik landu daitekeela, betiere, gertaeren alderdi juridiko-historikoa kontua hartuz. Ikerketa eta analisiaren beste prisma batek, Europar Batasuneko arautegi anitza beste or-

¹ Guzti honen inguruan ikus itzazue: GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Materialisation des règles de Droit International Privé”, *RdesC*, t. 287 (2002), 156... orr.; ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *Las Lecciones Jurídicas del Caso Prestige: Prevención, Gestión y Sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Iruña, Aranzadi, 2011, 13-32 orr.

denamendu juridiko nazionalekin elkarbizitzan erantzun juridiko bateratu baten eraikuntza galarazten duen ala ez mahai-gaineratzea ahalbidetzen du. Guztia Europar Batasuneko parte diren hainbat Estatuk lurralde arautegi sistema aniztasunagatik bereizten direla jakinik, Espainia kasu².

Zailtasunak ekiditeko edota bideratzeko europar erakundeek gidalerro homogeneoak adosteko ahaleginak egin zituzten. Besteak beste, Kontseiluko 2002/629/JAI Erabaki markoa³ ordezkatzeko duen, gizabanakoaren salerosketa prebentzio eta biktimen babes inguruko 2011ko apirilaren 5eko Europar Parlamentu eta Kontseiluko 2011/36/UE Direktiban jaso ziren erabaki edo jarraibideak ditugu. Hala ere, Europako Estatu Batuak⁴ finkatzeko amaitu gabe dagoen prozesuak ama biologikoengandiko haurren banaketa edo lapurreta, adopzio irregularra, bahiketa edota gizabanakoaren salerosketa modu eraginkor eta efiziente batez eraso eta desagerrarazten laguntzeko funtsezkoa den arautegi bateratu bat lortzea eragozten du.

Europar erakundeek jakin badakite Estatu kide bakoitzak bere aldetik jokatzeko gero gizakien tratamenduan aurka modu eraginkor batean lan egitea ezinezkoa dela. Arazo honi aurre egiteko beraz, Europar Batasuneko Hitzarmeneko 5.3 artikulua⁵ baliatuz Europar Batasunak eskumenak bere

² Beste autoreen artean ikus: IRIARTE ÁNGEL, J.L., “Propiedad y Derecho internacional”, *Los conflictos internos en el sistema español*, Fundación registral (Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España), 2007, 133-163 orr.; ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *Las normas de derecho interregional de la ley 3/1992 de 1 de julio, de derecho civil foral del país vasco*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1995.

³ DOUE 2011ko apirilaren 14a. L 101/1.

⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “El 60 aniversario de los Tratados de Roma: algo más que una simple celebración”, *La Ley: Unión Europea*, 46 (2017), 1-8 orr.

⁵ 5.3 Artikulua: *En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.* DOUE C 340 1997ko azaroaren 10a y EAO 1994 urtarrilaren 13a.

gain hartzeko prozesua exijitzen du, gaitz hau esponentzialki murrizteko europar lurralde osoan ekintza bateratu bat ahalbidetuz⁶.

Aipaturiko europar Zuzentarauak gizakien trata kontzeptu zabala bat hartzea erabaki zuen, bertan organoen estradizioa giza duintasun eta segurtasunaren bortxaketa larria ere barneratuz, baita beharturiko ezkontza edo adopzio ilegalak ere, besteak beste. Oinarritzko eskubideak, bereziki Europar Batasuneko Oinarritzko Gutunean⁷ biltzen direnak, errespetatu eta behatzen dituen Zuzentaraia dugu. Hala nola, giza duintasuna, esklabutza, behartutako lana eta gizakien trataren debekua, tortura eta zigor edo tratu iraingarrien debekua, haurren eskubideak, askatasun eta segurtasunerako eskubidea, adierazpen eta informaziorako askatasuna, izaera pertsonaleko datuen babesa, benetako babes judizialerako eta epaile inpartzialerako eskubidea jasotzen ditu.

Ez dago zalantzarik aurreko mendeko hasieratik laurogeita hamar mende arte eginiko nazioarteko Hitzarmen ugarietako esker hainbat gaietan nazioarteko arautegi bateratu bat eman dela. Egun ordea, Zuzenbidearen europeizazioa⁸ dela eta, gehien bat esparru pribatua⁹ nabarmentzen dena, gai ezberdinen arautegi bateratua horiek mugaturik aurkitzen ditugu. Zuzenbidearen europeizazioa, baita prozesu honen kanpo dimentsioa¹⁰ ere, Amsterdameko Hitzarmenean du oinarria, ondoren Lisboako Hitzarme-

⁶ Ikus, BELINTXON MARTÍN, U., “Derecho internacional privado y niños robados: algunas cuestiones para la reflexión en torno a la protección del menor”, BARBER BURUSCO, S., eta JIMENO ARANGUREN, R. (Edit.), *Niños desaparecidos, mujeres silenciadas*, Valentzia, Tirant lo Blanch, 2017, 85-119 orr.

⁷ DOUE C 303, 2007ko abenduaren 14a.

⁸ CALVO CARAVACA, A.L., “El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea”, *Anales de Derecho*, Murcia: Universidad de Murcia, 21 (2003), 49-69 orr.

⁹ Zuzenbidearen europeizazio eta nazioarteko Zuzenbidearen eboluzio juridikoaren inguruan ikus ezazue: DE MIGUEL ASENSIO, P., “Integración Europea y Derecho Internacional Privado”, *RDCE*, bol. 2 (1997), 413-445 orr.

¹⁰ Besteen artean: BORRÁS, A., “La Comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (2001)*, Vi-

narekin finkatu eta indartu zena. Horrek guztiorrek europar lurraldean ematen ari den arazo espezifikoak argi islatzen du, bereziki aurretik azaldutako arau bloke ezberdinen elkarbizitzagatik ematen den arazoa dugu¹¹. Argi dago, oztopo edo traba honi erantzun tinko eta nahitaezko bat eskaini behar zaiola. Nahiz eta, problematika argi eta garbi ikusi edo antzeman, oraindik ere lan handia egiteko dagoela ikus dezakegu.

Ez da gauza erraza adopzio irregularren bidez biologikoak ez diren familiei adingabeen (jaioberrien) entregatzea era masibo batean zein tesuinguru eta urteetan eman zen zehaztea. Hasiera batetan denbora tartea 1939-1978 denboraldian zehaztu zen, konstituzio aurreko etapa bezala izendatu dezakegun denbora tartea alegia. Hala ere, ondoren ere, 80 eta 90eko hamarkadetan, jada aldi konstituzionalean, ekintza hauek eman zirenaren salaketa ugari ezagutu ditugu.

2010eko urtarrilaren 20ean Elkarteen Erregistro Nazionalean *Asociación Nacional de Afectados por Adopciones Irregulares* (ANADIR) elkarteak inskribatu zen, alegia, adopzio irregularrengatik kaltetutako pertsonentzako Estatu mailako elkarteak eratu zen. Elkartea martxoaren 22ko 1/2002 Lege Organikoaren¹² babespean geratu zen, osagarritzko arauak, berezko izaera juridiko eta ekiteko gaitasun osoa izanik. Elkarre honen helburu nagusiak argiak eta zehatzak ziren: lehenik eta behin, Espainian 1939-1978 urteetan adopzio irregularren bidez biologikoak ez diren familiei entregaturiko pertsonen dagozkien benetako jatorri eta sustraien, duintasunaren eta justiziaren berreskurapena eskuratu nahi da; Bigarrenik, diktadura frankista garaian, baita Konstituzioaren onarmena arte emandako adopzio irregula-

toria-Gasteiz, Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua, 2002, 285-318 orr.; GUZMÁN ZAPATER, M., "Cooperación civil y tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?", *La Ley*, 7479 (2010), 713... orr.

¹¹ Gai honen inguruan ikus: FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "La comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales", *RES*, 140 (2009), 600... orr.

¹² EAO 73, 2002ko martxoaren 26a.

rren biktimak aurkitzeko eta identifikatzeko beharrezko ikerketa lanak hasi, eta gizartearen sensibilizazioa eta gertaera haien ezaguera publikoa bilatzeko asmoz emaitza hauen dibulgazioa egin; Hirugarren xede bezala, adopzio irregularren biktimei laguntza eta aholkularitza legala, psikologiko eta emozionala eman, eta dagozkien ekintza guztiak aurrera eraman urraturiko legaltasuna berreraikitzeke biktimen benetako afiliazio zehaztu; Azkenik, adopzio irregular eta ilegaletan parte hartu zuten pertsona eta instituzioen erantzukizunak egotzi, eta behar izanez gero, dagozkien erantzukizun penal eta zibilak eskatu.

Estatu mailan eraturiko Elkartea oso azkar desegin zen, eta Autonomia-erkidego bakoitzean tamaina txikiagoko eta baliabide gutxiagoko Elkartean banatzen hasi zen. Besteak beste, *Euskadiko SOS Haur Lapurtuak Elkartea*, *Nafarroako SOS Haur Lapurtuak Elkartea* ditugu. Gure aburuz, banaketa honek gertaerak argitzeko eta autoreak bilatzeko borrokan eragina eta gizartean ikusgaitasuna izateko ahalmena murriztu zion.

Eman ziren salaketen oinarrizko printzipioak anitzak izan ziren, eta gertaerak argitzeko beharrezko informazioa biltzeko zailtasunak zenbaitzina. Salaketen kasu eta arrazoiak, besteen artean *Ararteko* edo *Euskadiko Herriaren Defendatzailea* uztailaren 13ko 1/2011 Gomendio orokorrean¹³ “kexak” bezala oker izendatu zituenak ditugu. Hauek, jaio zirenean beren seme-alabak hil zirela uzte zuten eta urte batzuk ondoren emandako datuak aurkaesanetan erortzen zirela frogatu zuten (inolako heriotza daturik gabe eta hilerrietako ehorzte-liburuetan agertu gabe) amei; haurdunaldian bikiak zituzten eta erditze ostean seme-alaba bakarra izan zituzten amei; ama biologikoen inolako datuak jasotzen ez zituzten, baina amatzako datuak jasotzen zituzten mediku-partreak egin ziren klinika edota ospitale zehatz batzuetan erditu zuten amei; beren se-

¹³http://www.ararteko.net/contenedor.jsp?contenido=7787&layout=s_p_9_final_Principa_l_Listad_o.jsp&ctipo=8&seccion=s_fnot_d4_v1.jsp&nivel=1400&language=es. Azken bisita 2018/10/10.

me-alabak adopzioan emateko asmoa adierazi ez zuten ama aita biologikoei eragiten diete.

Prozesuetan aurkitutako zailtasunei dagokienean, haurren jaiotza, adopzio eta heriotzen inguruko informazioa lortzeko eragozpenak izan dira nabarmen, halaber, informazio erregistro okerrak, informazioa ukatzea, galduriko informazioa, dagokion epe legala pasa ostean dokumentazioaren suntsipena, mediku-zerbitzu ordezkarien heriotzak (erizain, mediku eta gainerako osasun-langileak), egun heldua den haurrak bere oinarri biologikoak ezagutzeko dagozkion probak egiteari uko egitea, edota oraindik ere bizirik dauden osasun-langileen galdeketak bezalako eginbide berririk ez onartzea ditugu.

Gure herrialdeko erakunde publiko eta politikoei dagokienean, salbuespen gutxi salbu, momentuz oso jarduera exkaxak egin dituzte. Autoritate judizial eta fiskalen erantzunak, kasu gehienetan, auziak ahazteko prozeduretan murgiltzea izan da. Instrukzio Epaitegiek, probintzia-auzitegien laguntzarekin, baita fiskalen konplizitate edo geldotasunarekin ere, behin-behineko largespen-auto eta auziak artxibatzearen bitartez, ama eta familia biologikoen ordezkariak aurkezturiko errekurso-erreforma edota apelazio-erreforma subsidiarioak ahazturik eta inolako erantzunik gabe utzi dituzte.

Ikusi dezakegun moduan, hausnarketa honen bitartez adopzio irregular, nortasunerako eskubidea, ama biologikoengandiko haurren banaketa edo lapurreta eta gizakien trata ekiditeko eta hauei aurre egiteko agertzen diren gatazka edota arazoak agertu nahi ditugu¹⁴. Argi dago honako arazoak zehatz-mehatz ikertu eta baloratu behar direla. Nazioarte mailan bultzada behar duen Europar Batasuneko Zuzenbide publiko eta

¹⁴Gai honen inguruko beste kasuak ikusteko JIMENO ARANGUREN, R., “Sustracción de niños y adopciones ilegales en la República de Irlanda”, BARBER BURUSCO, S., eta JIMENO ARANGUREN, R. (Edit.), *Niños desaparecidos, mujeres silenciadas*, Valentzia, Tirant lo Blanch, 2017, 349-395 orr.

Zuzenbide pribatu esparruan eman litezkeen etorkizuneko eszenatokiak preziatzeko traba edo arazo horien hausnarketak azterketa juridiko bezala jokatzeko helburua dute. Ordenamendu juridiko nazional bakoitzeko arauak ordezkatzeko dituzten akordioak sortzeko edota eratzeko konplexutasuna dela eta, azaldutako egoera arauemaile honen gatazka bateratze alderdia eta alderdi materiala abiadura desberdinean garatzen doaz, gatazka bateratze alderdia abiadura azkarragoan doalarik¹⁵. Era berean, ez dugu ahaztu behar europar espazioa¹⁶ askatasun, segurtasun eta justizia espazio bezala eratu zela¹⁷.

II. ADINGABEAK BABESTEKO NAZIOARTEKO TRESNAK ETA ADOPZIO IRREGULARRERAKO, NORTASUN-ESKUBIDERAKO ETA HAUR LAPURTUEN KASUETARAKO APLIKAGARRI DEN LEGE-ESPARRUA

1. Aurretiazko gogoetak

Nazioarteko Zuzenbide pribatuko diziplina barnean, adopzio, nortasunerako eskubidea, afiliazioa, ama biologikoengandiko haurren banaketa edo lapurreta, adingabearen babesa eta bere eskubideak lantzen dituen azpisektore honi nazioarteko familia Zuzenbide pribatua deritzo. Nahiz eta azken 60 urtetan Nazioarteko familia Zuzenbide pribatuak garapen handia izan, momentuz behintzat, uneoro aldaketak jasaten dituen errealitate sozial eta kulturalari ezin dizkio erantzun homogeen, tinko, baliagarri eta azkarrak eman. Kontuan izan, soilik Europar Batasunean 600 milioi per-

¹⁵ Europar Zuzenbide pribatuaren errealitatearen inguruan: BELINTXON MARTÍN, U., *Derecho europeo y transporte internacional por carretera*, Zizur Txikia, Aranzadi, 2015, 26... orr.

¹⁶ Askatasun, segurtasun eta justizia espazioa progresiboki ezartzeko beharraren inguruan ikus itzazue: DE MIGUEL ASENSIO, P., "La evolución del Derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Amsterdam", REDI, bol. L, 1 (1998), 373 -376 orr.

¹⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "El Espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea", *La Ley*, D-195 (2004), 16 orr.

tsona daudela, eta hauei askatasun, segurtasun eta justizia bermatu behar zaiela¹⁸. Gainera, argi dago, globalizazio fenomenoak pertsona eta enpre- sen mugikortasuna erraztu eta areagotu duela, ondorioz, eskubide, askata- sun, estatus pertsonal eta familiarren zirkulazioa ekarriz.

Hala ere, nahiz eta arautegi erantzuna nahikoa ez izan, nazioz gaindiko organismo, nazioarteko organismo, Europar Batasuna edota Estatu auto- ritateek adingabeen babeserako kezka eta interesa areagotzen doa. Euro- par Batasuna, Europar Kontseilua eta nazioarteko Zuzenbide pribatuko Hayako Batzarra esparru honetan esku-hartzen duten subjektu aktiboak ditugu bakoitzak dagokion esparruan lan eginez. Europar Batasunak, adingabeen eskubideak babesten dituzten arau-neurriak hartzen ditu; Europar Kontseiluak bestetik, XX. mende hasieratik garatzen dituen fam- ilia eta adingabearen babesa helburu dituzten nazioarteko Hitzarme- nak ditugu. Doktrina *internazionalprivatista* alde batek, azken urteotan instituzio hauen babes eta lana nabarmentzen dute, egun legegile eta ju- risdikzio organo nazional, europar eta nazioartekoek *adingabearen interes gorena* printzipioren erabilpena areagotu dela aztertuz¹⁹.

2. Estatu barneko, Europar Batasuneko eta Nazioarteko marko juridiko aplikagarria

Adopzio irregularra, nortasunerako eskubidea, ama biologikoengandiko haurren banaketa edo lapurreta eta adingabearen babesa arautzen duen gure ordenamenduko marko juridiko aplikagarriari eusteko hainbat arau-multzoz azaldu behar ditugu, besteak beste: Kode Zibila (adopzio eta adingabearen

¹⁸ Integrazio ekonomiko handiagoa, askatasun, segurtasun eta justizia espazioaren eraketa, eta koordinazio juridiko egokiaren garapenaren inguruan, besteak beste: GONDRA ROMERO, J.M., “Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea”, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., MUÑOZ MACHADO, S. (zuzen.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, bol. I, Madril, Civitas, 1986, 275–312 orr.

¹⁹ Ikus: OTAEGI AIZPURUA, I., *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Protección de los Derechos del Menor*, Zizur Txikia, Aranzadi, 2017.

babeserako beste moduak lantzen dituzten 8, 9, 19, 154, 158, 172 eta 180 artikulua)²⁰; gai zibila lantzen duen nazioarteko kooperazio/lankidetzeta juridikoaren inguruko uztailaren 30eko 29/2015 Legea²¹; Prozedura zibilaren inguruko urtarrilaren 7ko 1/2000 Legea²²; borondatezko jurisdikzio inguruko uztailaren 2ko 15/2015 Legea (bereziki, nazioarteko eskuduntza judizialaren inguruko 9, 10 eta 11 artikulua, eta adopzioaren inguruko 41 eta 42 artikulua)²³; Erregistro Zibila arautzen duen 1957ko ekainaren 8ko Legea²⁴, Erregistro Zibila arautzen duen uztailaren 1eko 20/2011 Legeagatik²⁵ aldatu dena; Erregistro Zibileko Erregelamendua arautzen duen 1958ko azaroaren 14ko Dekretua²⁶; Botere judizialeko uztailaren 1eko 6/1985 Lege Organikoa²⁷, uztailaren 21eko 7/2015 Lege Organikoagatik²⁸ eraldatu dena; adingabearen Babesaren inguruko urtarrilaren 15eko 1/1996 Lege Organikoa, Kode Zibileko eta Prozedura Zibileko Legearen eraldaketa partziala; haur eta nerabearen babes sistema eraldatzen duen uztailaren 22ko 8/2015 Lege Organikoa²⁹; haur eta nerabearen babes sistema eraldatzen duen uztailaren 28ko 26/2015 Lege Organikoa³⁰; Zigor Kodeko azaroaren 23ko 10/1995 Lege Organikoa (bestak beste, atxiloketa ilegala -163tik 168 artikulua bitartera-, erditze ustea -220tik 222 artikulura, dokumentuak faltutzea -390tik 399 artikulura-)³¹; Prozedura Kriminaleko Legea onartzen

²⁰ *Gaceta* 1889ko uztailaren 25a.

²¹ EAO 182, 2015eko uztailaren 31a.

²² EAO 7, 2000ko urtarrilaren 8a.

²³ EAO 158, 2015eko uztailaren 3a.

²⁴ EAO 151, 1957ko ekainaren 10a.

²⁵ EAO 175, 2011ko uztailaren 22a.

²⁶ EAO 296, 1958ko abenduaren 11a.

²⁷ EAO 1985eko uztailaren 2a.

²⁸ EAO 174, 2015eko uztailaren 22a.

²⁹ EAO 175, 2015eko uztailaren 23a.

³⁰ EAO 180, 2015eko uztailaren 29a.

³¹ *Gaceta* 1982ko irailaren 17a.

duen 1882ko irailaren 14ko Dekretua³²; eta, nazioarteko adopzio inguruko abenduaren 28ko 54/2007 Legea³³.

Nazio barneko arau-sistema aplikagarriaz gain, europar mailako arau-sistema aplikagarriak ere kontuan izan behar ditugu. Besteak beste, aplikazio zuzena duen ezkontza eta guraso erantzukizun gaien eskuduntza, ezagupena eta exekuzioaren inguruko azaroaren 27ko Kontseiluko 2201/2003 Erregelamendua, 1347/2000 Erregelamendua indargabetu zuena³⁴; Europar Batasuneko Oinarrizko Eskubideen Gutuna³⁵; Estatu kideetan asiloa eskatzen dutenen harrera arautzen duten arau minimoak onartzen dituen Kontseiluko urtarrilaren 27ko 2003/9/CE Zuzentaraua³⁶; lehen agertutako 2011/36/UE Zuzentaraua, 16.2 artikuluan adingabearekiko hartuko diren erabakiak adingabearen interes gorenaren arabera izango direla azaltzen duena³⁷, betiere Europar bi Auzitegien, Europar Batasuneko Justizia Auzitegia eta Giza Eskubideen Europar Auzitegia, sarbidea eta jurisprudentzia kontuan izanik.

Alegia, Europar Batasunak sustaturiko europar araei dagokienean, Lisboako Hitzarmen berriak Europar Batasunaren barne proiektzio, zein kanpo proiektzioan eskumen zabalagoa ekartzen du. Hori guztiori, 3.5 artikulurekin³⁸ batera, giza eskubide, eta bereziki, haurren eskubidearen babesean eragin zuzena duelarik.

³² EAO 281, 1995eko azaroaren 24a.

³³ EAO 312, 2007ko abenduaren 29a.

³⁴ DO L 338, 2003ko abenduaren 23a.

³⁵ DOUE C 303, 2007ko abenduaren 14a.

³⁶ DOUE L 31/18, 2003ko otsailaren 6a.

³⁷ Adopzio eta adingabearen interes gorenaren inguruan besteen artea ikus: DURÁN AYAGO, A., "El interés del menor como principio inspirador de la adopción internacional", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 18 znb., 2000, 355-366 orr.

³⁸ Lisboako Hitzarmeneko 3.5 artikulua honela dio: *En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad*

Europar Batasun eremuan Europako Kontseiluak duen paper garrantzitsua ere azpimarratu beharra dago. Erakunde honek hainbat nazioarteko Hitzarmen sustatu eta bultzatzeko papera ezinbestekoa izan da, besteak beste, 1950 urtea Erroman ospaturiko Giza Eskubideen Europar Konbentzioa³⁹ dugu, Europar Batasuna bateratzen ikasi zuena eta Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak ukatu zuena⁴⁰; bestalde, 1996ko urtarrilaren 25ean Estrasburgon eginiko Haurren Eskubideen Ekintza inguruko Europar Hitzarmena⁴¹ dugu, Nazio Batuen Haurren Eskubideen Hitzarmena osatzen duena; bestetik, 2003ko maiatzaren 15ean adingabearen harreman pertsonalen inguruko Hitzarmena⁴² dugu; 2008ko azaroaren 27an Estrasburgon adingabeen adopzioaren inguruko Hitzarmena egin zen, 2010eko uztailaren 16ean berretsi zena⁴³; 2007ko urriaren 25ean Lanzaroten eginiko esplotazio eta abusu sexualen aurkako haurren babes inguruko Hitzarmena, 2010eko uztailaren 22an berretsi zena⁴⁴; edota, 1996ko urtarrilaren 25eko Estrasburgoko Haurren Eskubideen Ekintzen inguruko Europar Hitzarmena, 2014ko azaroaren 11ean berretsi zena⁴⁵.

Nazioarteko lege-esparruari eusteko beste tresnen artean garrantzitsuenak ondorengoak ditugu: 1989ko azaroaren 20ean Nueva Yorken os-

y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

³⁹ EAO 243, 1979ko urriaren 10a.

⁴⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia”, *La Ley Unión Europea*, 23 (2015).

⁴¹ EAO 45, 2015eko otsailaren 21a.

⁴² 2015ko urriaren 9an Espainiak sinaturiko Hitzarmena. Berresteko zain.

⁴³ EAO 167, 2011ko uztailaren 13a.

⁴⁴ EAO 274, 2010eko azaroaren 12a.

⁴⁵ EAO 45, 2015eko otsailaren 21.

paturiko Haurren Eskubideen inguruko Nazio Batuen Hitzarmena, 1990eko azaroaren 30ean berretsi zena⁴⁶; 2006ko abenduaren 13ko pertsona ezgaituen inguruko Nazio Batuen Hitzarmena, 2007ko azaroaren 23an berretsi zena⁴⁷; 1948ko abenduaren 10eko Giza Eskubideen Deklarazio Unibertuala⁴⁸; Eskubide Zibil eta Politikoen Nazioarteko Paktua⁴⁹, bere bi protokolo fakultatiboekin, jakitunen arabera haur lapurtuen eta beren familien kasuetan bere 2, 6, 7, 14, 17, 23 eta 24.2 artikulua urratu zitezkeen; 1966ko abenduaren 19an Nueva Yorken ospatutako Eskubide Ekonomiko, Sozial eta Kulturaren Nazioarteko Politiko⁵⁰; Giza Eskubideen Babeserako Europar Hitzarmena⁵¹, bere 2, 3, 8 eta 13 artikulua urratu zitezkeenak; indarreko desagerpenen kontrako pertsona ororen babeserako Nazio Batuen Hitzarmena⁵², bere 2, 3, 7, 8, 11, 12, 24, 25 eta bereziki 5. artikulua azpimarratu behar dira, azken artikulua honetan Espainian haur lapurtuen gaia koka daiteke, desagertze orokortu eta sistematiko horiek gizadiaren aurkako krimen bezala definituz⁵³, nahiz eta hainbat erakundek ahalegin guztiak egin hauei definitzio hori ez egokitzeko edota tramatzat ez hartzeko⁵⁴; 1993ko maiatzaren 29an nazioarteko Zuzenbide pribatuko Hagako Konferentziak bultzaturiko haurren babesa eta nazioarteko adopzio materiako lanki-

⁴⁶ EAO 313, 1990eko abenduaren 11a.

⁴⁷ EAO 96, 2008ko apirilaren 21a.

⁴⁸ EAO 243, 1979ko urriaren 10a.

⁴⁹ EAO 103, 1977ko apirilaren 30a.

⁵⁰ EAO 103, 1977ko apirilaren 30a.

⁵¹ EAO 243, 1979ko urriaren 10a.

⁵² EAO 42, 2011ko otsailaren 18a.

⁵³ CHICHÓN ÁLVAREZ, J., “La sustracción de menores en el Derecho internacional: Teoría (jurídica) y práctica (española)”, Barber Burusco, S., eta JIMENO ARANGUREN, R. (Edit.), *Niños desaparecidos, mujeres silenciadas*, Valentzia, Tirant lo Blanch, 2017, 31–40 orr.

⁵⁴ CHICHARRO, A., “Las desapariciones forzadas de niños a la luz de la Convención de la Naciones Unidas de 2006”, BARBER BURUSCO, S., eta JIMENO ARANGUREN, R. (Edit.), *Niños desaparecidos, mujeres silenciadas*, Valentzia, Tirant lo Blanch, 2017, 43–84 orr.

detza inguruko Hitzarmena, 1995eko ekainaren 30ean berretsi zena⁵⁵; era berean, 1996ko urriaren 19an Zuzenbide pribatuko Hayako Konferentziak bultzaturiko guraso-erantzukizun eta haurren babeserako neurrien materiako eskuduntza, lege aplikagarria, ezagutza, exekuzioa eta lankidetzatza inguruko Hitzarmena, 2010eko maiatzaren 28an berretsi zena⁵⁶; 1980ko urriaren 25ean Hagan ospaturiko adingabeen nazioarteko lapurreten alderdi zibilen inguruko Hitzarmena, 1987ko maiatzaren 28an berretsi zena⁵⁷; 2001eko urriaren 29an Madrilen eginiko Espainiar Erreinu eta Boliviatar Errepublikatarako arteko adopzio materia inguruko alde-biko Akordioa⁵⁸; 2002ko azaroaren 12an Manilan ospaturiko Espainiar Erreinu eta Filipinar Errepublikatarako nazioarteko adopzioen inguruko Protokoloa⁵⁹; 2007ko abenduaren 5ean Hanoin eginiko Espainiar Errepublikatarako eta Vietnamgo Errepublikatarako Sozialistaren arteko adopzio materiako lankidetzatza Hitzarmena⁶⁰; 2014ko uztailaren 9an Madrilen eginiko Espainiar Erreinu eta Errusiatarako Federazio arteko haurren adopzio materiako lankidetzatza inguruko Hitzarmena⁶¹; 1980ko maiatzaren 20ean Luxenburgon eginiko adingabeen zaintza eta egokitzapena materiako erabakien ezagutza eta exekuzio inguruko Hitzarmena⁶²; eta azkenik, 1997ko maiatzaren 30ean Madrilen sinaturiko Espainiar Erreinu eta Marokoar Erreinu arteko zaintza eskubide, bisita eskubidea eta adingabeen itzulera materiako asistentzi judiziala, ebazpen judizialen ezagutza eta exekuzio inguruko Hitzarmena⁶³.

⁵⁵ EAO 182, 1995eko abuztuaren 1a.

⁵⁶ EAO 291, 2010eko abenduaren 2a.

⁵⁷ EAO 202, 1987ko abuztuaren 24a.

⁵⁸ EAO 304, 2001eko abenduaren 20a.

⁵⁹ EAO 21, 2003ko urtarrilaren 24a.

⁶⁰ EAO 16, 2008ko urtarrilaren 18a.

⁶¹ EAO 74, 2015eko martxoaren 27a.

⁶² EAO 210, 1984ko irailaren 1a.

⁶³ EAO 150, 1997ko ekainaren 24a.

Alegia, marko juridiko aplikagarria zabala den arren, argi dago, 80 eta 90eko hamarkadetan eman ziren kasuetarako arau-multzo hau nahikoa izan ez zela. Marko juridiko honek ezin izan du prebentzio-zuzenbide eraginkor bat eraiki, gainera, gertaera hauen autoreei ez zaie erantzun penal zorrotz bat eman, eta erantzunik jaso ez duten familiei ez zaie marko zuzentzailereri ireki. Hori guztiori ikusirik, botere publikoei baldintzak ezartzen dizkien 1978ko Espainiar Konstituzioko⁶⁴ 39. artikulua bermatzen den ala ez aztertzea ezinbestekoa dugu.

Hau da, 1978ko Espainiar Konstituzioko 39 artikulua honako hau dio:

1.- Herri-aginteek familiaren gizarte-, ekonomia- eta zuzenbide-babesa segurtatzen dute; 2.- Herri-aginteek, era berean, seme-alaben erabateko babesa segurtatzen dute, horiek euron jatorria alde batera utzita, legearen aurrean berdinak dira, eta beraien amen erabateko babesa ere, egoera zibila edozein izanik. Legeak aitasunaren ikerketa bideratuko du; 3.- Gurasoek ezkontzaren bane ala kanpo izandako seme-alabei era guztietako laguntza eskaini behar die, adingabeak direnean eta zuzenbidean hori eskatzen den gainerako kasuetan; 4.- Umeek euren eskubideen aldeko nazioarteko itunetan aurreikusitako babesa izango dute.

Gure aburuz, artikulua honek dioena ikusirik eta gertaerak kontuan izanik, haur eta nerabeen babes-sistemak hobekuntza ugari behar ditu. Nahiz eta, hainbat lege organikoren bitartez hobekuntza handiak egin, oraindik ere lan handia egin beharra dago benetako bermea ahalbidetzeko. Hobekuntzak ekarri dituzten neurriak ondorengoak ditugu: adingabearen babesaren, Kode Zibileko eta Prozedura Zibileko eraldaketa inguruko urtarrilaren 15eko 1/1996 Lege Organikoa; aurreko hau hobetzen duen, haur eta nerabeen babes sistemaren eraldaketa inguruko uztailearen 22ko 8/2015 Lege Organikoa; eta haur eta nerabeen babes sistemaren eraldaketa inguruko uztailearen 28ko 26/2015 Lege Organikoa.

⁶⁴ EAO 311, 1978ko abenduaren 29a.

Are gehiago, azaldutako argudioa indartzeko, legegilea haur eta nerabeen babes sistemaren eraldaketa inguruko uztailaren 28ko 26/2015 Lege Organikoaren hitzaurrea onartzen duela azpimarratu behar da. Hitzaurre honean, adingabeen egoeran eragina duten gizarte-aldaketei egokituriko babes juridikoko tresnen hobekuntza ezinbestekoa dela azaltzen du. Alegia, “*en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución y las normas de carácter internacional mencionadas*”⁶⁵. Momentuz konstituzio eskubide honen, eta nazioarteko Hitzarmen eta tresnen bitartez hartutako nazioarteko konpromisoen betetze eraginkorra lortu ez dela antzeman dezakegu.

Agertutako balorazio kritiko hau egin arren, eta nazioarteko Zuzenbide pribatuko arauai, edota Kode Zibil eta Nazioarteko Adopzio Legeari uztailaren 28ko 26/2015 Legean egin diren aldaketei egin litezkeen kritikak aparte, legegileak azken lege honetan nazioarteko adopzioetan (54/2007 Legea) haur lapurtuen kasuak ekiditeko beharra erantsi duela positiboki baloratu beharra dago. Kasu hauek ekiditeko helburua lortzeko, legegileak atzerrian ospaturiko adopzioen kontrol-sistema arautu du⁶⁶. Gure ustez, aldaketa honek berme eta segurtasun juridiko handiagoa dakar. Hau da, atzerrian emandako adopzioen lege aplikagarria edo aplikaturiko legea egoki

⁶⁵ Nazioarteko ondorengo tresnei egiten die erreferentzia: 1989ko azaroaren 20ko Haurren Eskubideen inguruko Nazio Batuen Hitzarmena, 1990eko azaroaren 30ean berretsi zena, baita bere Protokolo Fakultatiboak; 2006ko abenduaren 13ko Ezgaitasuna duten pertsonen Eskubideen inguruko Hitzarmena, 2007ko azaroaren 23an berretsi zena; nazioarteko Zuzenbide pribatuko Hagako Konferentziak sustaturiko Hitzarmenak: 1993ko maiatzaren 29ko haurren babesa eta nazioarteko adopzio materiako lankidetzaren inguruko Hitzarmena, 1995eko ekainaren 30ean berretsi zena eta 1996ko urriaren 19ko guraso-erantzukizun eta haurren babesarako neurrien materiako eskuduntza, lege aplikagarria, ezagutza, exekuzioa eta lankidetzaren inguruko Hitzarmena, 2010eko maiatzaren 28an berretsi zena; 2008ko azaroaren 27an Estrasburgon adingabeen adopzioaren inguruko Hitzarmena egin zen, 2010eko uztailaren 16ean berretsi zena; 2007ko urriaren 25ean Lanzaroten egimiko esplotazio eta abusu sexualen aurkako haurren babes inguruko Hitzarmena, 2010eko uztailaren 22an berretsi zena; baita 1996ko urtarrilaren 25ean Estrasburgon egimiko Haurren Eskubideen Ekintza inguruko Europar Hitzarmena, 2014ko azaroaren 11ean berretsi zena.

⁶⁶ CALVO CARAVACA A.L. eta CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, II, Granada, Comares, 2016, 435- 438 orr.

aplikatu den aztertu beharrean, atzerrian ospaturiko adopzioak espainiar orden publikoarekin kontraesanetan erortzen ez dela ziurtatu behar dute.

Laburbilduz, azaldutako aldaketak eta kasu zehatzari aplikagarri zaion arau zehazteko zailtzen duen egun ditugun arau-multzo ugarien existentziak kontuan izanik, argi dago arau-sistema 1939-1978 urte bitarteko eta 1978-2000 urte bitarteko kasuak ekiditeko eta konpontzeko prest ez zegoela.

III. EUROPAR BATASUNAREN INTEGRAZIO HANDIAGOA-REN ETA PREBENTZIO-ZUZENBIDE EGOKI ETA ERAGINKOR BATEN BEHARRA. HAINBAT ARAU ZEHATZEN INGU- RUKO GOGOETAK

1. Iristen ez den integrazio politiko, ekonomiko, sozial eta juridiko handiagoari erreferentziak

1999 urtean Tamperen benetako askatasun, segurtasun eta justizia espazioa lortzeko egon zen Europar Kontseilu ostean, Nicole Fontainek, Europar Parlamentuko Zuzendariaren Txostenean, benetako Europar Justizia Espazioan Estatu kide ezberdinen sistema juridiko eta administratiboen konplexutasunak pertsona eta enpresen eskubideei trabak ipini ezin dizkietela agertzen du⁶⁷.

Helburu honetaz gain, beste hainbat helburu ere azaldu ziren: Europar Batasunean asilo eta migrazio bateratu baten politika eratzea zehaztu zen. Politika bateratu honek Errefusatuen Estatutuen Ginebrako Hitzarmena eta giza eskubideekin bat egin behar zuen; Gainera, Estatu kide ezberdinen sistema judizialen arteko gerturapen eta bateragarritasun prozesua hasteko beharra ere nabarmentzen da, modu honetan, europar mailan delinkuentziaren aurkako borroka eraginkor bat sustatuz; Bestalde,

⁶⁷ http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm#union. (Azken bisita 2018/10/15).

delinkuentziaren aurkako prebentziorako ekintzak bateratzeko eta delinkuentziaren aurkako prebentziorako programa nazionalak garatzeko beharra azaldu zuten. Droga-trafiko, gizakien trata eta terrorismoaren aurka borrokatzeko ikerketa talde bateratuak sortzeko deia egin zen; Era berean, Vienako plan nazionalaren arabera, Zuzenbide penal nazionalei dagokienean finantza-delinkuentzia, droga-trafiko, gizakien trata, teknologia altuko delinkuentzia eta delitu ekologikoen sektoreetan zentratu beharreko definizio, erruztatze eta zigorrak adosteko lana egitea erabaki zen.

Kontseilu honen ondoren etorri ziren gainerako Europar Kontseiluek aurreko ideia guztiekin bat egin zuten. Besteak beste, Hagako Programa⁶⁸ dugu, Europar Batasunean askatasun, segurtasun eta justizia espazioa sendotu edota bermatu⁶⁹; oinarrizko eskubideak irmotu; gai zibila eta merkataritzako elkarren arteko erabakien programa sendotu; arautegi penalen gerturapena eta prozedurazko arau minimoak sortu Estatu kideen arteko konfiantza indartzeko; delinkuentzia antolatua inguruan kontzeptu estrategiko bat eraiki; informazioa partekatzerako garaian bizitza pribatuaren babesa eta segurtasunaren arteko oreka egokia bilatu; immigrazioaren ondorio positiboak areagotu; Europaren barne mugen gestio bateratu bat sortu; eta terrorismoaren aurka borrokatu nahi zuena.

Bestalde, 2001eko abenduaren 14 eta 15eko Laekeneko Europar Kontseiluan, berriro ere, beste gaien artean, arau-sistemen bateratze prozesua egiaztatzeko garrantzia azpimarratu zen. Kontseiluko 45. ondorioan⁷⁰ honen garrantzia honela jasotzen delarik,

⁶⁸ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:l16002>. (Azken bisita 2018/10/15).

⁶⁹ Besteen artean: FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Proyecto de Convención Europea”, *Europa ante su Futuro – una visión desde Euskadi*, Europako Mugimenduaren Euskal Kontseilua, 2004, 169–219 orr.

⁷⁰ <http://www.consilium.europa.eu/es/european-council/conclusions/pdf-1993-2003/consejo-europeo-de-laeken--conclusiones-de-la-presidencia/>. (Azken bisita 2018/10/15).

La decisión marco sobre la lucha contra la trata de seres humanos, la orden de detención europea, y la definición común de los delitos de terrorismo y de las penas mínimas suponen un avance importante. Es preciso proseguir los esfuerzos encaminados a salvar las dificultades relacionadas con la diferencia de los sistemas jurídicos, favoreciendo en particular el reconocimiento de las resoluciones judiciales tanto en el ámbito civil como penal. Así, la armonización del derecho de familia ha registrado un avance decisivo con la suspensión de los procedimientos intermedios para el reconocimiento de determinadas resoluciones judiciales y, muy particularmente, los derechos de visita transfronteriza de los hijos.

Alegia, aurreko guztia ikusirik, askatasun, segurtasun eta justizia espazioa gardentasun eta kontrol demokratikoaren espazioa printzipioen menpe geratzen den, edo hiritarrek autoritateengan duten konfiantza areagotu dezakeen hobekuntza behar duen aztertzea ezinbestekoa da. Gainera, agerikoa da, arautegi zibil eta penalen gerturapen handiagoak autoritateen arteko lankidetzeta eta eskubide indibidualen babes juridikoa erraztuko luke, eta delinkuentzia antolatu eta nazioz gaindikoaren aurkako borroka indartuko luke. Hortaz, europar integrazio handiagoa behar da ala Europar ez-Batasun / Banatu prozesu baterantz bideratzen ari gara?

2. Prebentzio-zuzenbide goki eta eraginkorra

Nazioarteko Zuzenbide pribatuko diziplinan prebentzio-zuzenbide eta indartze-zuzenbidea ohiko gaiak ditugu. Honen arrazoia “aurrez ikusteak sendatzea edo sentitzea baino gehiago balio du” esamoldeak dioena izan liteke (*más vale prevenir que curar o lamentar*). Hala ere, ziurrenik, benetako justifikazioa emaitzen aurreikuspen edota segurtasun juridiko kontzeptuetan aurkitzen da. Hori dela eta, ondoren agertuko ditugun hausnarketetan indarrean dagoen espainiar ordenamendu juridikoko arau-tresna ezberdinak modu batean ala bestean eskubideak babestu nahi dituzten tresnatzat jo ditzakegun baloratu genitzake.

2.1. Nortasuna eta jatorri biologikoak ezagutzeko eskubidea

Nortasunaren eta jatorri biologikoen ezagutza eskubidearen inguruan 1989ko azaroaren 20ko Haurraren Eskubideen Hitzarmena dugu. Espainiar Konstituzioko 96. artikulua agertzen duenarekin bat eginez, gainera Espainian ofizialki argitaratu ostean⁷¹ Hitzarmena gure ordenamendu juridikoan aplikagarri izan zen. Hortaz, Estatuak nazioarteko tresnan agertzen ziren haurren eskubideak babesteko betebeharra hartu zuen⁷². Agertzen ziren eskubideen artean, nortasunerako eskubidearen kontzeptua aurkitzen da, kontzeptu honen barnean, jatorri biologikoak eta berezko historia izateko eta ezagutzeko eskubidea, jaio bezain laster erregistratzeko, izena izateko, nazionalitate bat bereganatzeko, ahal denean bere gurasoak ezagutzeko eta haiengatik zaindua izateko eskubideak bilduz.

Nortasunerako eskubidea nazioarteko Hitzarmen honen 7.1 artikuluan zehazten da, 2.1, 4, 8 eta 9.1 artikulua ere kontuan izanik:

7.1 artikulua ondorengoa agertzen du: *El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*

2.1 artikulua ondorengoa dio: *Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna ...*

⁷¹ EAO 313, 1990eko abenduaren 31a.

⁷² Nazioarteko Zuzenbidean haurraren babesak izan duen garrantzia eta eboluzioaren inguruan, ikus ezazue: BORRÁS, A., “La evolución de la protección del niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989”, ALDECOA LUZARRAGA, F, FORNER DELAYGUA, J.J. (zuzend), *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Madril, Marcial Pons, 2010, 11-37 orr.

4.1 artikulua ere hau dio: *Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención ...*

8. artikulua ere arabera: *1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas como miras a restablecer rápidamente su identidad.*

Azkenik, 9.1 artikulua honako dio: *Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen ...*

Hala ere, nahiz eta nazioarteko tresna juridiko hau gure ordenamenduaren zati bat izan, 7.2 artikulua dioenarekin bat eginez, arautegi nazionala aplikatu beharko da nazioarteko tresnako eskubideak bermatzeko. Hala nola, *los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que haya contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.*

Alegia, eskubide hauek legegilearen bitartez arau nazionaletan islatzea beharrezkoa bilakatzen da, honela adingabearen nortasunerako eskubide izateko dagozkion neurriak zehazteko. Baita, eskubide hauek urratzean ere beharrezkoak diren babes tresnak martxan jartzeko, modu honetan bere nortasuna bereganatzeko. Gure ordenamendu juridikoan, eta arautegi aniztun izaeraren ondorioz, nortasunerako eskubide hori biltzen duten hainbat arau ditugu, haietako baten bat gainerakoak baino bermatzaileagoa delarik.

Hasteko, lehen mailan adingabearen Babesaren inguruko urtarrilaren 15eko 1/1996 Lege Organikoa dugu Kode Zibileko eta Prozedura Zi-

bileko Legearen eraldaketa partziala, haur eta nerabearen babes sistema eraldatzen duen uztailaren 22ko 8/2015 Lege Organiko eta haur eta nerabearen babes sistema eraldatzen duen uztailaren 28ko 26/2015 Lege Organikoengatik eraldatua edota hobetu dena. Arau honen 21.1bis artikuluan harrerapeko haurren eskubideak biltzen dira, ez dio erreferentziarik egiten adingabe adoptaturi hauek nazioarteko adopzioen inguruko 54/2007 Legean jasotzen baitira. 21.1bis j atalean honakoa jasotzen da “*El menor acogido, con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentre, tendrá derecho a: Acceder a su expediente y conocer los datos sobre sus orígenes y parientes biológicos, una vez alcanzada la mayoría de edad*”.

Bigarrenik, adopzioetarako azaldu dugun moduan, nazioarteko adopzio inguruko abenduaren 28ko 54/2007 Legea dugu, haur eta nerabeen babes sistema aldaketa inguruko uztailaren 28ko 26/2015 Legea-gatik eraldatu dena. Lege honen 12. artikuluan adingabeak bere jatorri biologikoak ezagutzeko eskubidea jasotzen da.

12. artikulua honela dio:

Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de procedencia de los menores. Este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública, los organismos acreditados o entidades autorizadas para tal fin. Las Entidades Públicas competentes asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del niño y de su familia. Los organismos acreditados que hubieran intermediado en la adopción deberán informar a las Entidades Públicas de los datos de los que dispongan sobre los orígenes del menor.

12. artikulua jasandako aldaketaren ondorioz guraso hitza desagertzen da legezko ordezkari hitza agertuz. Argi dago kontzeptu hau ego-kiagoa dela.

Hirugarrenik, haurtzaro eta nerabezaroko promozio, arreta eta babes inguruko abenduaren 5eko 15/2005 Lege Foralari⁷³ erreferentzia egin behar zaio. 18. artikuluan nortasunerako eskubidea arautzen baitu, eta gure ustetan, bermatasun handiagoa eman behar duen eta zehatzagoa den arau bat izateko aldaketa jasan behar du.

18. artikulua honela dio:

A fin de garantizar adecuadamente el derecho a la identidad de los menores, la Administración de la Comunidad Foral de Navarra llevará a cabo las siguientes actuaciones: a) En los Centros Sanitarios públicos o privados en que se produzcan nacimientos establecerá las garantías suficientes para la inequívoca identificación de los recién nacidos. b) Asimismo, adoptará las medidas necesarias para la inscripción del nacimiento de un menor en el Registro Civil cuando quienes tienen la obligación legal de promover tal inscripción no lo hagan.

Azkenik, haurtzaro eta nerabezarorako arreta eta babes inguruko otsailaren 18ko 3/2005 Euskal Legeari⁷⁴ erreferentzia egin nahi diot. Bere 11. artikuluan, nortasunerako eskubidea garatzen duen artikuluan.

11. artikulua honakoa dio:

Haur eta nerabe bakoitzak eskubidea du bere nortasuna ezagutzeko eta izen bat eta nazionalitate bat edukitzeko, eta jaiotzen denetik egin behar da haurraren izenaren inskripzioa Erregistroan. 2. Botere publikoek eskubide honen erabilera bermatzeko behar beste neurri hartuko dituzte eta, batez ere, betebeharrak betetzen direla zainduko dute: a) Medikuen egindako jaiotza-agirian ama nor den zehaztu beharko da. b)

⁷³ NAO 146, 2005eko abenduaren 14a eta EAO 1, 2006ko urtarrilaren 2a.

⁷⁴ EHAA 59, 2005eko martxoaren 30a eta EAO 274, 2011ko azaroaren 14a.

Amagandiko seme-alabatasunaren inskripzioa egin behar da Erregistro Zibilean, erregistratzeari buruzko araudiak ezarritakoaren arabera. c) Adoptatuak izan diren pertsonak edozein herri-administrazioek beraien jatorrizko seme-alabatasunaz izan dezakeen informazioa eskuratu ahal izango dutela ziurtatzea, lege honetako 84. artikuluan ezarritako baldintzak betez (...)

Artikulu honetan agertzen den 84. artikulua informaziorako sarbidea azaltzen du 11. artikulua osatuz eta agituz. 84. artikulua honela dio,

Herri-erakundeetan edo erakunde laguntzaileetan zerbitzu ematen duten pertsonak isilpean gorde beharko dituzte adoptatuengandik eskuratutako informazioa eta adoptatuen seme-alabatasunari buruzko datuak. 2. Aurreko hori gorabehera, eta hurrek eta nerabeek beren guraso biologikoak nor diren ezagutzeko duten eskubidea bermatze aldera, lege honetako 11. artikuluan, Haurren Eskubideen Konbentzioaren 7.1 artikuluan eta Haurren Babesari buruzko eta Nazioarteko Adopzioaren arloko Lankidetzari buruzko Hagako 1993ko Itunaren 30. artikuluan ezarritakoarekin bat etorritik, herri-administrazioek adoptatuen seme-alabatasun biologikoari buruz dauzkaten datuak adoptatutako pertsonen eskura jarriko dituzte, baldin eta haiek hala eskatzen badute. Horretarako, neurri egokiak hartu beharko dira batez ere; isilpeko bitartekaritza-prozedura bat eskaini beharko zaie datuak jakinarazi aurretik, eta, prozedura horretan, alde bakoitzaren familia- eta gizarte-egoeraren berri eman-go zaie hala adoptatuari nola haren guraso biologikoei, bai eta aldeetako bakoitzak beren arteko topaketari buruz agertu duen jarreraren berri ere. Informazio hau egiaz eskuratzeko, adingabeek une egokian egon behar dute beren garapenaren bilakaeran, hori da baldintza, eta nahikoa ezagumen izan behar dute, bai eta aditzeko nahikoa gaitasun ere. Pertsona bati adingabe bat ematen zaionean adopzioan, pertsona horrek badi erakundeari eskatzea haurren edo nerabearen gainean dituen datuak eskura diezazkiola, den haren osasunaren gainekoak, hezkuntzaren gainekoak, edo hari dagozkion beste batzuk ere, haiek izan ezik: haren seme-alabatasunaren inguruko datuekin zerikusia duten informazioak.

Ikusi dezakegun moduan Euskal legea adingabea babesten duen arau bermeena dugu. Haurren Eskubideen Hitzarmenean jasotzen denaren ideia gehien gerturazten den legea dugu. Lortu edota ulergarria den moduan, Euskal legeak informazioa eskuratzeko eskubidea adingabeak bere garapenaren bilakaeran une egokian ez dagoenean eta ulertzeko gaitasuna ez duenean soilik mugatzen da. Aitzitik, Estatu mailan bi lege daude adingabeak bere nortasuna eta jatorri biologikoak ezagutzeko mugak jartzten dituztenak, alde batetik, harrera arautzen duen adingabearen babes inguruko urtarrilaren 15eko 1/1996 Lege Organikoa, eta bestetik, adopzio arautzen duen abenduaren 28ko 54/2007 Legea. Harrera esparruan, 21.1.J artikulua araber, haurrari adin nagusia izan arte informazioa eskuratzeko eskubidea mugatzen zaio; eta adopzioari dagokionean, informaziorako eskubidea adin nagusia izatean behar du edota adingabea den unean informazioa jasotzeko eskaera legezko ordezkariaren bitartez egin behar da (12 artikulua). Alegia, bi lege hauen artikulua hauek nazioarteko arauaren 7.1 artikuluan jasotzen diren nortasunerako eskubidea eta jatorri biologikoa ezagutzeko adingabearen eskubidea ahultzen du.

Zehaztu gabe dauden arau hauek gertaeren benetako errealitatea ezagutzeko trabak dira. Adingabeak bere jatorri biologikoak ezagutzeko eskubidea baldintzatzen dute. Gure ustetan, modu honetan adingabeari bere adopzioa zein modutan eman den ezagutzen eskubidea ukatzen zaio. Kontuan izan ezazue 80 eta 90eko hamarkadetan eman ziren kasuetan aplikagarri ziren hainbat arau, egun inolako aldaketarik gabe, indarrean mantentzen direla.

Ikusi dugunez nafar araua ez da guztiz zehatza. Adingabeari ez dio bere nortasuna ezagutzeko eskubidea bermatzen. Dirudenez, soilik Administrazio eta Osasun Zentro publiko eta pribatuen hainbat ekintza azaltzeko nahia agertzen du, baita hauei jokaerak ere exijitzen die. Dakizuen moduan, exijentzia profesional horiek beren kode deontologiko eta dagokien arauetan arautzen dira. Alegia, lege nafar honen 18. artiku-

luak eduki materialik gabeko intentzioa besterik ez du azaltzen. Hortaz, arau honen eraldaketa aholkatzea egokia litzateke, euskal arauera gehiago hurbiltzen diren irizpideak kontuan izanik.

Bestalde, Giza Eskubideen Europar Auzitegiak, behin eta berriro, Giza Eskubideen Europar Hitzarmeneko 8. artikularen nortasun eta garapen pertsonalerako eskubideen⁷⁵ inguruan hitz egin duela azpimarratu behar dugu⁷⁶. Gai hau argitzeko Gaskin vs. Erresuma Batua kasua dugu, eta kasu honetan Giza Eskubideen Komisioak honela zioen: “*el respeto de la vida exige que cada persona pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano y que en principio, las autoridades no le impidan conseguir información relevante, sin justificación alguna*”.

Giza Eskubideen Europar Auzitegiak bere erabakian honela zioen *aux yeux de la Cour, les personnes se trouvant dans la situation du requérant ont un intérêt primordial, protégé par la convention, a recevoir les renseignements qu'il leur faut pour connaître et comprendre leur enfance et leurs années de formation*⁷⁷.

Alegia, europar Auzitegi honek bere jatorri, haurtzaro edota nerabezaroz ezagutzeko erakundeen menpe dauden datuak Eskubideen Europar Hitzarmenagatik babesturik geratzen direla agertzen du, modu honetan informazioa eskuratzeko egoeran dauden pertsonak bere bizitza ezagutzea eta ulertzea ahalbidetuz.

⁷⁵ Honen inguruan besteen artean ikus, ZOCO ZABALA, C., “Niños robados en España e integridad moral: un estudio constitucional”, BARBER BURUSCO, S., eta JIMENO ARANGUREN, R. (Edit.), *Niños desaparecidos, mujeres silenciadas*, Valentzia, Tirant lo Blanch, 2017, 134-140 orr.

⁷⁶ Gai honen inguruan, besteen artean: DURÁN AYAGO, A., “La filiación adoptiva en el ámbito internacional”, *La Ley*, 5272 (2001), 3-14 orr.

⁷⁷ 1989ko uztailaren 7ko Giza Eskubideen Europar Auzitegiko Sententziren 49. paragrafoa.

2.2. *Informazio eta dokumentazio klinikoak eskuratzeko eta horiek modu egokian gordetzeko eskubidea*

Hasieran agertu dugun moduan haur lapurtuen kasuetan gertaera hauek ikertzeko eta argitzeko familiek zailtasun ugariarekin topo egin dute. Beste traba askoren artean, jaiotza, adopzio eta jaioberrien heriotzen informazioa biltzeko oztopoak izan zituzten, informazioaren erregistro okerrengeatik, informazioa eskuratzeko ukatzeagatik eta dokumentazioaren galera edo epe legala pasa ostean dokumentazioaren suntsipenagatik.

Egoera honen aurrean, informazio eta dokumentazio klinikoa eskuratzeko marko juridiko aplikagarriari erreferentzia egitea ezinbestekoa da. Modu honetan indarrean dagoen marko juridikoa Espainiar Konstituzioko 105.b artikulua⁷⁸ jasotzen duen eskubide hau bermatzen duen baloraturaz. Artikuluak honela dio: *Legeak zera arautuko du: Artxibo eta Erregistroetara hiritarren sarbidea, Estatuko defentsa eta seguritateari dagokiona, delituen hautematez eta pertsonen barrukotasuna salbuespenez.*

Egoera honen analisi egokia egiteko ondorengo lege eta arauak kontuan izan behar ditugu. Administrazio Publikoen Prozedura Administratibo Komunaren inguruko urriaren 1eko 39/2015 Legea⁷⁹, azaroaren 26ko 30/1992 Administrazio Publiko eta Prozedura Administrazio Komuneko Erregimen juridikoko Legea indargabetzen duena⁸⁰; gardentasun, informazio publikorako sarbide eta gobernu egokiaren inguruko abenduaren 9ko 19/2013 Legea⁸¹; informazio eta dokumentazio klinikoaren materialen pazientearen autonomia, eta eskubide eta betebeharrak

⁷⁸ Besteak beste: Ararteko edo Euskadiko Herriaren Defendatzailea uztailaren 13ko 1/2011 Gomendio orokorrean aztertutako problematika eta tresna legalen eraginkortasuna ikus daiteke.

⁷⁹ EAO 236, 2015eko urriaren 2a.

⁸⁰ EAO 285, 1992ko azaroaren 27a.

⁸¹ EAO 295, 2013ko abenduaren 10a.

arautzen duen azaroaren 14ko 41/2002 Legea⁸²; eta azkenik, Osasun Orokorra arautzen duen apirilaren 25eko 14/1986 Legea⁸³.

Administrazio Publikoen Prozedura Administratibo Komunaren inguruko urriaren 1eko 39/2015 Legeko 13. artikulua Administrazio Publikoekin duten harremanetan gizabanakoak dituen Eskubideak biltzen ditu. Artikulu honetako d epigrafean informazio publiko, artxibo eta erregistroen sarbidea gardentasun, informazio publikorako sarbide eta gobernu egokiaren inguruko abenduaren 9ko 19/2013 Legea eta gainerako ordenamendu juridikora igortzen du.

Administrazio Publikoen Prozedura Administratibo Komunaren inguruko urriaren 1eko 39/2015 Legeko 12. artikulua, bestalde, pertsona ororen Espainiar Konstituzioko 105.b artikuluan jasotako informazio publikorako sarbidearen eskubidea jasotzen du. Dirudienez, artikulua honen arabera interesa duenak datu edota informazioa eskuratzeko gardentasun eta erraztasun osoa ematen diola dirudi, baina azken finean, 12 artikulua arau konstituzionalera zuzentzen gaituen araua dugu. Ondoren, 14.1 artikulua sarbiderako eskubidea mugatuz.

14.1 artikulua honela dio:

El artículo 14.1 viene a disponer que: El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: a) La seguridad nacional. b) La defensa. c) Las relaciones exteriores. d) La seguridad pública. e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios. f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva. g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control. h) Los intereses económicos y comerciales. i) La política económica y monetaria. j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial. k) La garantía de la confiden-

⁸² EAO 274, 2002ko azaroaren 15a.

⁸³ EAO 102, 1986ko apirilaren 29a.

cialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión. l) La protección del medio ambiente.

Gainera, arau honek mugapena babesaren objektu eta xedearen neurrikoa izan behar dela agertzen du, betiere kasu zehatz bakoitza aztertuz, eta bereziki, sarbidea justifikatzen duen interes publiko edo pribatu gorenaren kontuan hartuz. Nahiz eta mugapen hau ezarri, bertan ez da agertzen sarbidea mugatzen duen interes publiko edo pribatua baloratzea zeini dagokio. Uneoro 14. artikulua honek datu pertsonalen babesera eta informazio publikorako muga bezala balio duen abenduaren 13ko 15/1999 Lege Organikora⁸⁴ egiten die erreferentzia.

Informazio eta dokumentazio klinikoaren inguruan pazientearen autonomia eta eskubide eta betebeharrak arautzen dituen azaroaren 14ko 41/2002 Legea eutsiz, bere lehen artikuluari erreferentzia egin beharra dugu. Lehenengo artikulua honek Lege honen aplikazio esparrua eta objektua arautzen du. Pazientearen autonomia, informazio eta dokumentazio kliniko materialian paziente, erabiltzaile eta profesionalen, baita osasun-zentro eta zerbitzu publiko eta pribatuen eskubide eta betebeharrak alegia.

Aurreko lege honen 7. artikulua osasun inguruko datuen konfidentzialtasunaz jarduten du, eta 17. artikulua (2010 urtean zegoena baino hobea dena, kontuan izan urte horretan 1939 urtetik 90eko hamarkada bitarte eman ziren adopzio irregular eta haur lapurtuen kasuen salaketa eta kereilak antolatzen hasi zirela) osasun zentroetako jaiotza (amarekiko lotura zehazteko beharrezkoan diren biometria-, mediku- eta analisi-probak barne) eta heriotza (une honetan dokumentazioa dagokion Administrazioaren esku geratuko da, datuen babeserako arauak agertzen duten segurtasun neurriekin bat eginez modu egokian gordez) inguruko dokumentazio kliniko ez suntsitzeko eta mantentzeko beharra arautzen du.

⁸⁴ EAO 295, 2013ko abenduaren 10ekoa.

Azkenik, arau honekin amaitzeko, 18. artikuluko 1 eta 3 epigrafeak laburki azaldu behar ditugu. 1 eta 3 epigrafeak honela diote:

El paciente tiene el derecho de acceso, con las reservas señaladas en el apartado 3 de este artículo, a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella. Los centros sanitarios regularán el procedimiento que garantice la observancia de estos derechos.

El derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas.

3 epigrafe honi dagokionean, pazientearen dokumentazio eta klinika-historiarako sarbiderako eskubidea mugatzen duten xehetasun horiek ez dute bat egiten nortasunerako eskubide eta jatorri biologikoak ezagutzeko eskubidearen inguruko nazioarteko arauak esaten dutenarekin. Oinarritzko eskubideen babes sistema honetan pazienteari informaziorako sarbidea mugatzea (logikoki, jaiotza materian pazientea jaioberria eta ama biologikoa direla kontuan izan beharra dago) ez du inolako zentzurik. Egun indarrean dagoen arautegia kontuan izanik, gure aburuz, nortasunerako eskubidea eta jatorri biologikoak ezagutzeko eskubideak jaiotzan parte hartzen duten profesionalen eskubideen (hala nola, datuen babeserako eskubidea edo intimitate-eskubidea) gainetik egon behar dira, sarbiderako eskubidea “ohar subjektiboetara” (*anotaciones subjetivas*) ukatuz gero. “Ohar subjektibo” horiek klinika profesional baten erditzegela edo ebakuntza-gela batetan hartzen diren oharrak bezala definituz, betiere “ohar subjektibo” horiek erditzearekin zer ikusirik ez dutenean.

Laburbilduz, arau berri hauekin batera barne ordenamendu juridiko hobetu da, hala ere, oraindik ere arautegi materian hobekuntza eta egokitzapenak egin beharra dago, hori dela eta, segurtasun juridiko handiagoa

bermatzen duen eta gertaera hauek ekidingo duen haur eta adingabearen babeserako marko juridiko baten inguruan lan egin beharra dago. Botere publikoek familiaren babes sozial, ekonomiko eta juridikoa modu eraginkorrean bermatzea ezinbestekoa da, era berean, nazioarteko arauetan beren eskubideak zehazten diren moduan haurrak babestu behar dute⁸⁵.

IV. ONDORIOAK

Egun adingabearen babesa bermatzen duen marko juridikoak etengabeko aldaketak jasaten ari dela azpimarratu behar dugu, adopzio irregularra, ama biologikoengandiko haurren banaketa edo lapurreta gizakien nazioarteko trata eta haur lapurtuen kasuen aurkako borroka biltzen dituen hain zuzen ere. Ez dago zalantzarik gure esku dauden arau-tresna nazional, europar eta nazioartekoak, baita auzitegi gorenen jurisprudentziak ere, ez direla nahikoak izan. Ez soilik datu kuantitatibo bezala kontuan hartuz, arau-tresna guzti horiek ezin izan diete sorturiko arazoei erantzun koherente, eraginkor eta egoki bat eman.

Nazioarteko Zuzenbide pribatuko diziplinaren ikuspuntutik, Europar Batasunak bere gain dituen eskumen eta gaitasun guztiak bereganatzea eta materialki exekututzea beharrezkoa dirudigu. Alegia, behin Europar Batasunak nazioarteko esparruan modu legitimoan jokatzeko ahalbidetzen dion berezko izaera juridikoa hartuta, eskumenak materialki exekututzea ezinbestekoa dela ikusten dugu. Era berean, gainerako Estatu Kideak partekaturiko eskumenak martxan jartzera premiatu behar ditu, honela arauen antolamendurako jarraibide berriak sortuz. 1969ko maiatzaren 23ko Tratatuaren Zuzenbideari buruzko Vienako Hitzarmenak bil-

⁸⁵ BORRÁS, A., “La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes”, *Pacis Artes: Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. II, Derecho internacional privado, Derecho constitucional y varios, Madril, UAM/ Eurolex, 2005, 1287-1308 orr.

dutako antolamendu arauak egin zuten moduan, arautegien elkarreraginarari egungo erantzun eraginkor bat eman zieten, honela berezi eta ahulagoa den haurraren babes esparruari segurtasun juridiko bermatuz.

Bestalde, esan beharra dago Banaketa edo Europar ez-Bateratasun/Banatasun prozesua murrizteko Europar Batasuneko integrazio politiko, sozial, ekonomiko eta juridiko handiagoa beharrezkoa dela. Honela, benetan bermaturik duen askatasun, segurtasun eta justizia espazioa duen Europako Estatu Batuen proiektua finkatuz.

Hortaz, Europar Batasunak mundu mailan duen konbentzimendu gaitasun eta sedukzio politikorako joera bultzatzera premia nahi dugu, modu honetan, agerturiko egoera edota kasuak etorkizunean ekiditeko asmoz arau efikaz eta eraginkorrak bateratzeko eta arautzeko. Eta hauek ekiditen ez direnean, egoera ilegal hauei aurre egiteko identifikazio, exekuzio eta autorentzako zigor arau irmoak izateko.

Aurreko hau eginez gero, gure esku dauden arau tresna juridiko gehienak (ingeniaritza juridikoak direnak, baina erakunde publiko, administrazio eta Estatuaren inolako laguntzarik gabe hutsak geratzen direnak), etorkizunean espeleologia juridikoan hasteko tresna hutsak izatera bilakatzeko arriskua dute. Hori dela eta, Espainian eman diren haur lapurtuen kasuak argitzeko erakundearen laguntza guztiz beharrezkoa da.

Bestalde, nahiz eta ondorioen azken atal honetan izan, Botere Judizialeko Lege Organikoko 23.4 artikulua erreforma edo aldaketa modu egokian ulertu ez zela agertzea ezinbesteko ikusten dugu. Erreforma honek jurisdikzio unibertsalaren zentzua eraldatu zuen eskubideak edota epaitegira bidaiatzeko aukerak murriztuz. Alegia, Espainian agertutako haur lapurtuen kasu hauek Argentinan ikertzen eta epaitzen saiatu dira, baina instrukzioan oztopo handiak aurkitu dituzte.

Era berean, amaitzeko, nahiz eta lan osoan zehar azaldu, haur lapurtuen gertaeretan giza eskubideen urraketa bi esfera ezberdinetan eman

dela azpimarratu nahi dugu. Lehenik eta behin, garai haietako haur desagertu haiek bere giza garapen eta askatasun eskubidearen oinarritzko eskubidea bezala, beren benetako nortasuna ezagutzeko eskubidea dute. Eta Bigarrenik edota azkenik, behin eta berriro agertu dugun moduan, hauek beren jatorrik biologikoak ezagutzeko eskubide osoa dute.

V. BIBLIOGRAFIA

- ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *Las Lecciones Jurídicas del Caso Prestige: Prevención, Gestión y Sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Iruña, Aranzadi, 2011, 13-32 orr.
- Las normas de derecho interregional de la ley 3/1992 de 1 de julio, de derecho civil foral del país vasco*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1995.
- BELINTXON MARTIN, U., “Derecho internacional privado y niños robados: algunas cuestiones para la reflexión en torno a la protección del menor”, BARBER BURUSCO, S., eta JIMENO ARANGUREN, R. (Edit.), *Niños desaparecidos, mujeres silenciadas*, Valentzia, Tirant lo Blanch, 2017, 85-119 orr.
- Derecho europeo y transporte internacional por carretera*, Zizur Txikia, Aranzadi, 2015, 26... orr.
- BORRÁS, A., “La evolución de la protección del niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989”, ALDECOA LUZARRAGA, F., FORNER DELAYGUA, J.J. (zuzend.), *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Madril, Marcial Pons, 2010, 11-37 orr.
- “La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes”, *Pacis Artes: Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. II, Derecho internacional privado, Derecho constitucional y varios, Madril, UAM/ Eurolex, 2005, 1287-1308 orr.

—“La Comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (2001)*, Vitoria-Gasteiz, Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua, 2002, 285-318 orr.

CALVO CARAVACA A.L. eta CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, II, Granada, Comares, 2016, 435- 438 orr.

CALVO CARAVACA, A.L., “El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea”, *Anales de Derecho*, Murcia: Universidad de Murtzia, 21 (2003), 49-69 orr.

CHICHARRO, A., “Las desapariciones forzadas de niños a la luz de la Convención de la Naciones Unidas de 2006”, BARBER BURUSCO, S., eta JIMENO ARANGUREN, R. (Edit.), *Niños desaparecidos, mujeres silenciadas*, Valentzia, Tirant lo Blanch, 2017, 43-84 orr.

CHICHÓN ÁLVAREZ, J., “La sustracción de menores en el Derecho internacional: Teoría (jurídica) y práctica (española)”, BARBER BURUSCO, S., eta JIMENO ARANGUREN, R. (Edit.), *Niños desaparecidos, mujeres silenciadas*, Valentzia, Tirant lo Blanch, 2017, 31-40 orr.

DE MIGUEL ASENSIO, P., “Integración Europea y Derecho Internacional Privado”, *RDCE*, bol. 2 (1997), 413-445 orr.

—“La evolución del Derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Amsterdam”, *REDI*, bol. L, 1 (1998), 373 -376 orr.

DURÁN AYAGO, A., “La filiación adoptiva en el ámbito internacional”, *La Ley*, 5272 (2001), 3-14 orr.

—“El interés del menor como principio inspirador de la adopción internacional”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 18 znb., 2000, 355-366 orr.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “El 60 aniversario de los Tratados de Roma: algo más que una simple celebración”, *La Ley: Unión Europea*, 46 (2017), 1-8 orr.

—“La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia”, *La Ley Unión Europea*, 23 (2015).

—“La comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales”, RES, 140 (2009), 600... orr.

—“El Espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea”, *La Ley*, D-195 (2004), 16 orr.

—“El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Proyecto de Convención Europea”, *Europa ante su Futuro – una visión desde Euskadi*, Europako Mugimenduaren Euskal Kontseilua, 2004, 169-219 orr.

GONDRA ROMERO, J.M., “Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea”, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., MUÑOZ MACHADO, S. (zuzen.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, bol. I, Madril, Civitas, 1986, 275-312 orr.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Materialisation des règles de Droit International Privé”, *RdesC*, t. 287 (2002), 156... orr.

GUZMÁN ZAPATER, M., “Cooperación civil y tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?”, *La Ley*, 7479 (2010), 713... orr.

IRIARTE ÁNGEL, J.L., “Propiedad y Derecho internacional”, *Los conflictos internos en el sistema español*, Fundación registral (Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España), 2007, 133-163 orr.

JIMENO ARANGUREN, R., “Sustracción de niños y adopciones ilegales en la República de Irlanda”, BARBER BURUSCO, S., eta JIMENO ARANGUREN, R. (Edit.), *Niños desaparecidos, mujeres silenciadas*, Valentzia, Tirant lo Blanch, 2017, 349-395 orr.

OTAEGI AIZPURUA, I., *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Protección de los Derechos del Menor*, Zizur Txikia, Aranzadi, 2017.

ZOCO ZABALA, C., “Niños robados en España e integridad moral: un estudio constitucional”, BARBER BURUSCO, S., eta JIMENO ARANGUREN, R. (Edit.), *Niños desaparecidos, mujeres silenciadas*, Valentzia, Tirant lo Blanch, 2017, 134-140 orr.

Los incoterms como instrumento de derecho suave (*soft law*)

EDUARDO CALDERÓN MARENCO

Maestro en Derecho de los Negocios Internacionales

Universidad Iberoamericana de México

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 01/03/2018

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 12/11/2018

Resumen: Derivado de las profundas transformaciones que ha experimentado el Derecho internacional, la *Lex Mercatoria* y el Derecho suave (*Soft law*) han emergido como una alternativa al tradicional Derecho duro (*Hard law*). Con el paso del tiempo el Derecho suave (*Soft law*) ha ido adquiriendo un mayor protagonismo en el escenario jurídico internacional, posicionándose como un instrumento del que gozan las partes para regular sus transacciones internacionales, aunque carezca de efectos vinculantes. No obstante se encuentra revestido de voluntariedad, por medio de la autonomía conflictual, lo que les otorga un carácter vinculante para las partes. Es así que este Derecho se compone de un amplio espectro de instrumentos, los que encuentran aceptación en los diferentes sistemas jurídicos, en variadas áreas del derecho, y dan respuesta a las necesidades de los diferentes interesados. Empero, en el ámbito comercial internacional estos instrumentos se han nutrido de la *Lex Mercatoria*, un ejemplo de ello son los *Incoterms*, usos y costumbres que uniforman y sistematizan este ordenamiento jurídico, creado por los comerciantes, propio de los negocios jurídicos de compraventa internacional de mercadería. Por esto consideramos relevante analizar esta nueva corriente a nivel internacional y su incorporación dinámica en estos instrumentos jurídicos.

Palabras clave: *Lex Mercatoria* / *Incoterms* / Autonomía Conflictual / Derecho suave / Derecho duro.

Laburpena: Nazioarteko Zuzenbideak izan dituen eraldaketa sakonen ondorioz, *Merkataritza* Legea eta Zuzenbide leuna (*Soft law*) zuzenbide gogorrari (*Hard law*) gailendu eta azken horren alternatiba bihurtu dira. Denboraren poderioz, Zuzenbide leuna (*Soft law*) protagonismo handiagoa hartzen joan da nazioarteko arlo juridikoan eta, era berean, ondorio loteslerik izan ez arren, tokia hartzen alderdiek euren nazioarteko transakzioak arautzeko duten tresna gisa. Edonola ere, aipatu Zuzenbidea borondatezkotasunez beteta dago, gatazkei buruzko autonomiaren bitartez, eta horrek ematen dio alderdiei izaera loteslea. Hori dela eta, Zuzenbide horrek tresna sorta zabala biltzen du. Tresna horiek onartuta daude hainbat sistema juridikoetan eta zuzenbidearen hainbat arlotan eta interesdunen premiei erantzuna ematen diete.

Halaber, nazioarteko merkataritza-arloan Merkataritza-legeak hornitzen ditu tresna horiek, horren adibide dira *Incoterms* deiturikoak, hau da, ordenamendu juridikoa bateratu eta sistematizatzeko duten usadio eta ohiturak, merkatariek sortu dituztenak eta nazioarteko merkataritzan berezkoak direnak salerosketaren negozio juridikoetan. Horrexegatik uste dugu garrantzitsua dela joera berri hau nazioarte mailan aztertzea eta tresna juridikoei eranstea.

Gako-hitzak: Merkataritza-Legea, Incoterms, gatazkei buruzko autonomia, Zuzenbide leuna, Zuzenbide gogorra.

Abstract: Derived from the deep transformations experimented by International law, *Lex Mercatoria* and *Soft law*, have emerged as an alternative to traditional *Hard law*. Over time *Soft law* has acquired increased role in the international law stage, as an instrument that parties possess to regulate their international transactions, in spite of lack of binding effect. Nevertheless, party autonomy grants them binding effect between the contractual parties. *Soft law* has an open array of instruments which have general acceptance in varied Law areas, as well as give answer to the needs of the different interested parties.

However, in the international commercial area, these instruments have nurtured on the *Lex Mercatoria*, i.e. the Incoterms, usages and customs that uniform and systemize this regulation, created by merchants, inherent to international merchandise trade legal transactions. Therefore our interest on analyzing this new international stream and its dynamic incorporation into these new legal instruments.

Key words: *Lex Mercatoria* / Incoterms / party autonomy / *Soft law* / *Hard law*.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO SUAVE (*SOFT LAW*). 1. Aspectos Generales. 2. Concepto y Naturaleza Jurídica. 3. Dicotomía entre Derecho Suave (*Soft Law*) y Derecho Duro (*Hard Law*). 4. Contenidos del Derecho Suave (*Soft Law*). III. *LEX MERCATORIA* Y DERECHO SUAVE (*SOFT LAW*). DOS REALIDADES INTEGRADAS. 1. La *Lex Mercatoria*. La autonomía de un nuevo ordenamiento jurídico. 2. De la *Lex Mercatoria* al Derecho Suave (*Soft Law*) en el Comercio y la Contratación Internacional. 3. El efecto vinculante del Derecho Suave (*Soft Law*). IV. LOS *INCOTERMS* COMO INSTRUMENTO DERECHO SUAVE (*SOFT LAW*). 1. Evolución, conceptualización y naturaleza jurídica de los *Incoterms*. 2. Los *Incoterms* como manifestación de *Lex Mercatoria* e instrumento de Derecho suave (*Soft Law*). 3. Efecto vinculante de los *Incoterms* como instrumento de Derecho Suave (*Soft Law*). V. CONCLUSIONES. VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las áreas del Derecho mayormente influenciada por la globalización ha sido el Derecho mercantil internacional, ligado directamente por la evolución de las tecnologías, las aperturas económicas, y el incremento de intercambio de bienes y servicios trasfronterizo, lo que ha implicado la adecuación del Derecho a estas nuevas tendencias. Transfigurando así la idea clásica de la producción de normas sustantivas únicamente a manos de los Estados, quedando en entredicho su omnipresente intervención, debido a la creciente complejidad de la sociedad de comerciantes, lo que a su vez ha evidenciado la falta de capacidad de la norma imperativa para resolver la totalidad de los conflictos de intereses que se producen en el entorno del comercio internacional.

Ante esta necesidad, ha tomado nuevamente auge la *Lex Mercatoria*, como Derecho creado por los comerciantes con el objetivo de evitar la aplicación de normas estatales. En este mismo plano surge otra realidad nor-

mativa en el plano internacional, denominada Derecho suave (*Soft law*), que se integra a la búsqueda de soluciones sobre esta problemática, lo que ha permitido la puesta en escena de nuevos sujetos distintos de los Estados, tales como organizaciones internacionales, comunidades supranacionales o regionales, entre otros, las que han configurado una serie de instrumentos que se caracterizan por carecer de efectos vinculantes, es decir no son obligatorios, por lo que se denominan instrumentos de Derecho suave (*Soft law*). No obstante, muchos de estos instrumentos en el espacio del comercio internacional se han elaborado en base a la *Lex Mercatoria*. Con todo, esta noción no ha estado carente de discusiones y confusiones, dado que ambos términos no deben de entenderse como sinónimos.

Ambas realidades, tanto la *Lex Mercatoria* como el Derecho suave (*Soft law*), gozan de gran preferencia entre los comerciantes por la libertad y flexibilidad que otorgan a los sujetos al brindarles la oportunidad de elección de un Derecho distinto a las legislaciones nacionales, un ejemplo de estos son los *Incoterms*. Por tal razón, a continuación haremos un estudio pormenorizado de estos términos: Derecho suave (*Soft law*) y *Lex Mercatoria*.

II. EL DERECHO SUAVE (*SOFT LAW*)

Al pasar por las líneas investigativas del Derecho comercial internacional es innegable hablar de los cambios surgidos por la vorágine que representa la globalización en todos los aspectos del ser humano, la sociedad y el Estado. De tal suerte que el Derecho no escapa de su influencia y, mucho menos, esta materia específica. De manera más puntual, y en sintonía con esta investigación, debemos anotar que para el comercio transnacional la idea de la creación del Derecho aplicable e imperativo únicamente por los órganos estatales, ya no es una realidad tan material, más aun en el ámbito internacional donde confluyen con rapidez las

transacciones comerciales, y cobran vida las propias regulaciones elaboradas por los comerciantes a raíz de la autonomía de la voluntad. Lo que permite la creación de un Derecho paralelo al Derecho creado por los Estados, sin embargo no con el carácter vinculante que imprime este último, pero si considerado una fuerte y sólida base que sustenta la existencia de un ordenamiento jurídico instaurado por este sector social, denominado: *Lex Mercatoria*.

Y es que, a la par de este Derecho de raíz consuetudinaria, también contraponemos el plano real que ofrece la subsistencia de diversidad normativa en espacios económicos transnacionales cada vez más integrados, que invitan al comerciante a seleccionar el Derecho aplicable en las contrataciones internacionales. Esta determinación puede ser obra de la voluntad (autonomía conflictual) de los contratantes, escogiendo una norma imperativa de Derecho nacional o bien emanados de la *Lex Mercatoria*. Todo lo anterior con el ánimo de satisfacer los intereses de los mismos (contratantes) y brindar la seguridad jurídica que en muchas ocasiones no otorgan las legislaciones nacionales por no ser acordes al contexto de este tipo de transacciones (Bouza Vidal, 2005).

Ruiz Castellanos (2016) refiere que la globalización de los mercados reclama una regulación uniforme de los tráficos internacionales, solicitando una nueva universalidad del Derecho. Por esta razón el dinamismo del comercio internacional y su particular regulación, a la vez que ha permitido la creación un nuevo ordenamiento jurídico (*Lex Mercatoria*), ha dado pautas para el nacimiento de nuevas figuras y montajes contractuales, convenios internacionales, actos de instituciones internacionales a las que los Estados han transferido competencias en la materia, y la creación de normas por parte de los propios operadores jurídicos y económicos que participan en el comercio internacional, cuestión de la que ya hemos hecho mención. Es por tanto que muchas normativas uniformes desarrolladas al amparo de *Lex Mercatoria*, y que se han perfeccionado en

el mercado global, explican el favor que gozan estos mecanismos de regulación considerados más ajustados a las exigencias de la misma globalización y particulares (comerciantes).

Estas normas se han denominado Derecho suave (*Soft Law*), las cuales presentan una problemática específica, y es que su reconocimiento se contrasta con la vinculación y efecto jurídico que producen en los ordenamientos legales nacionales (*Hard Law*). El Derecho suave (*Soft Law*) en materia comercial se ha desarrollado y nutrido a partir de la *Lex Mercatoria*, por lo que para afrontar el tratamiento de esta problemática y sus posibles soluciones, consideramos propicio construir los aspectos generales más relevantes: desde la conceptualización, pasando por su naturaleza jurídica, hasta su vinculación y limitantes con los Derechos nacionales.

1. Aspectos Generales

Antes de descifrar la naturaleza jurídica del Derecho suave (*Soft Law*), otorgamos plena importancia a los aspectos generales de carácter histórico que dieron nacimiento a este nuevo orden normativo de carácter internacional. Y es que la omnipresente intervención del Estado no resulta materialmente efectiva debido a la creciente complejidad de la sociedad de comerciantes y a la consiguiente dificultad para que la intervención normativa resuelva la totalidad de los conflictos de intereses, razón por la que se han incorporado a la escena de los negocios internacionales nuevos sujetos distintos de los Estados, tales como organizaciones internacionales, comunidades supranacionales o regionales, empresas multinacionales y organizaciones no gubernamentales, las cuales desempeñan distintos roles que influyen decididamente en el ámbito jurídico internacional (Cortes Cabrera, 2014).

Como bien ilustra Cortes Cabrera (2014) la doctrina reconoce que el término de Derecho suave (*Soft Law*) fue acuñado por Lord Arnold McNair de la escuela británica de leyes y el primer presidente de la Corte

Europea de Derechos Humanos, pero este concepto cuenta con diversas interpretaciones, de forma tal que hasta el día de hoy podríamos decir que encontrar un concepto unívoco de este Derecho es tarea titánica. Empero, apuntamos que principalmente esta noción se ha atribuido para distinguir entre proposiciones *lege ferenda* y *lege data*. De manera más concreta la autora, precitada, considera que con la expresión *Soft law* se intentan describir enunciados formulados como principios abstractos y presentes en todo ordenamiento, y provenientes de su aplicación judicial, sin embargo en el contexto actual agregaría que también son provenientes de su aplicación en sedes arbitrales, aseveración que desarrollaremos en los apartados posteriores de este artículo.

En 1983, Prosper Weil publicó “*Towards relative normativity in international law*”, y Weil utilizaba el término *Soft law* para caracterizar algunas normas que no son legalmente vinculantes. Pese al transcurso de los años y de los intentos fallidos por conceptualizarlo, la doctrina no ha logrado consolidar un solo significado, tal como declaramos con anterioridad. En estos mismos trazos argumentativos, Mazuelos Bellido (2004) nos ilustra que la expresión *Soft law* (Derecho suave) ha sido utilizada en relación con diferentes realidades del Derecho. No obstante la locución trataba de representar enunciados normativos que devenían operativos a través de su aplicación judicial, así como lo refirió Cortes Cabrera (2014), por tanto, es así que en su origen, el *Soft law* no describía una realidad existente únicamente en el ordenamiento jurídico internacional, pero ha sido en esta disciplina donde el término fue acogido doctrinalmente y en el que ha dado lugar a amplias discusiones. De estas afirmaciones también es participe Boretto (2012), quien alude que en su origen la expresión no estaba asociada exclusivamente al plano internacional, pero su fundamento dogmático se lo debe a este ámbito.

Uno de los objetivos de este artículo es indagar sobre sus distintas acepciones y reflexionar acerca de su utilidad y pertinencia en el Dere-

cho del comercio internacional. A continuación examinaremos los diferentes significados del Derecho suave (*Soft Law*) con el ánimo de establecer su naturaleza jurídica y entramar nuestra propia tesis en relación a su parte conceptual.

2. Concepto y Naturaleza Jurídica

Resulta usual utilizar la denominación de Derecho suave (*Soft Law*) para referirse a todos aquellos actos que carecen de eficacia normativa y que son dictados por organismos internacionales. Snyder, citado por Galiana Saura (2016), refiere que sin importar que estos actos tengan poder normativo o carezcan de él, con diversa denominación como resoluciones, recomendaciones, guías, códigos o estándares de conducta, se trata de normas que carecen de eficacia directa y *erga omnes*, así como de la oponibilidad propia de las normas jurídicas de Derecho imperativo de los Estados (*Hard Law*).

Por otra parte, para Sarmiento (2006):

El Derecho suave, o débil, siempre ha estado presente en los sistemas jurídicos; incluso el Derecho romano conceptualizaba estas formas de regulación como *leges imperfecta*. Pero el *soft law*, tal como lo conocemos en la actualidad, es una criatura del Derecho Internacional y, en especial, de las organizaciones internacionales, cuyas normas no siempre gozan de efectos jurídicos nítidos (p. 224).

Esta misma posición la comparte Galiana Saura (2016), para ella, el Derecho suave (*Soft law*) se refiere a reglas de conducta que se encuentran en el nivel de lo no vinculante jurídicamente pero que, de acuerdo con la intención de sus autores, posee un alcance jurídico que ha de ser definido ulteriormente en cada caso. Es por esto que podemos decir que tales reglas no tienen en común un estándar de intensidad uniforme por lo que a su alcance jurídico respecta.

Otro concepto que traemos a colación es el vertido por Del Toro Huerta (2006) quien expone que el término es usualmente empleado para describir principios, reglas, estándares o directrices que carecen de efecto vinculante aunque no dejan por ello de producir determinados efectos jurídicos, este tipo de normativa suele representarse en documentos internacionales de resoluciones de organizaciones internacionales, recomendaciones e informes adoptados por organismos internacionales o dentro de conferencias internacionales; programas de acción; textos de tratados que no han entrado en vigor, declaraciones interpretativas de determinados tratados o convenios; disposiciones programáticas o *non-self-executing*; acuerdos no normativos, acuerdos políticos o *gentlemen's agreement*, códigos de conducta, directrices, estándares, etc.

Como bien podemos observar, la diversidad de instrumentos internacionales que suelen enmarcarse dentro del denominado Derecho Suave (*Soft law*) hacen de este un concepto demasiado amplio para dotarlo de un sentido único en el discurso del Derecho internacional; tal parece que su característica principal se refiere a sus efectos no obligatorios. Así mismo apuntan Guzmán y Meyer, citados por Cortes Cabrera (2014), que este término se entiende como un continuo, o espectro, que se mueve entre tratados completamente vinculantes y posturas netamente políticas que carecen de esta vinculación jurídica. Se suma a estos argumentos Fernández Rozas (2010) y agrega que a pesar de su carácter (no vinculante) el Derecho Suave (*Soft law*) ejerce una influencia decisiva en la voluntad de los operadores jurídicos, incluyendo a comerciantes, árbitros y órganos jurisdiccionales nacionales. Por consiguiente es una concepción particularmente operativa en el Derecho internacional tanto para el desarrollo legislativo futuro, o bien como referentes específicos

Pues bien, para finalizar estos aportes doctrinarios consideramos que el concepto brindado por González Rivera & Castrillón y Luna (2015) es el más preciso, ellos conciben al *Soft Law* como instrumentos, cierta-

mente escritos, que si bien derivan de una práctica deben plasmarse en documentos con categoría internacional, los cuales denotan lo no obligatorio (elementos que enuncian la mayoría de doctrinarios). Además, dejan en evidencia que se trata de normas aspiracionales impulsadas sobre manera por los organismos internacionales, vistos como nuevos sujetos del entorno mundial.

Después de analizar estas posturas científicas, para nosotros, Derecho Suave (*Soft law*) debe entenderse como el conjunto de instrumentos normativos emanados por organismos o instituciones internacionales que especialmente se determinan por carecer del efecto vinculante que tiene las normas de Derecho imperativo pero sin restarle efecto jurídico, por configurar un nuevo orden de Derecho proveniente del ámbito internacional, así mismo serán considerados instrumentos de Derecho suave (*Soft law*), todos aquellos que se han materializado normativamente pero que no se han incorporado al Derecho nacional, verbigracia, los tratados internacionales multilaterales que no han sido integrados al Derecho imperativo estatal.

A partir de lo anterior, podemos estructurar la naturaleza jurídica y sus características relevantes. Y es que, el *Soft law* es una evidencia de la adaptación del Derecho a un nuevo contexto global, puesto que la realidad reclama con ímpetu efectividad inmediata y activismo en su adaptabilidad al nuevo entorno, pero con mayor empeño en el plano comercial internacional. Aunque debemos acotar que el Derecho suave (*Soft law*) no está pensado únicamente para su aplicación en este ámbito (comercial).

En este nuevo escenario cobra fortaleza el paradigma liberal de la autonomía de la voluntad, en sus dos formas: material y conflictual, por lo que permite a las partes transformar sus realidades contractuales, las cuales pueden estar apegadas tanto a las normas imperativas que crea el Estado, o bien, a instrumentos de *Soft law*, constituyéndose como una fuente alternativa. Por ende su naturaleza es meramente dispositiva (Cortes

Cabrera, 2014) caracterizada por su falta de coercitividad, desapego a la rigidez del principio de legalidad e indeterminada en su contenido.

Boretto (2012) explica que Derecho Suave (*Soft law*) posee una naturaleza constituida por reglas y principios, estos últimos –los principios– son mandatos de optimización, de contenido determinado en su antecedente, pero indeterminado en sus consecuencias, pero lo más importante es que siempre se van a caracterizar por la ausencia de efectos vinculantes. No obstante, cabe señalar que esto no implica la ausencia de efectos jurídicos (Galiana Saura, 2016), ya que como indicaremos posteriormente, el Derecho Suave (*Soft law*) puede tener vinculaciones directas con el Derecho sustantivo.

Categorícamente estamos en presencia de una clase de Derecho emanado de organismos transnacionales alejados de la realidad típica del nacimiento de la norma imperativa por parte de órganos estatales. En consecuencia, engloba fenómenos heterogéneos donde concurre un mínimo denominador, la falta de obligatoriedad jurídica, en otras ocasiones la falta de juridicidad, y la relevancia jurídica. En síntesis, Mazuelos Bellido (2004) expresa: “el *Soft law* se caracteriza por ser un instrumento jurídicamente no vinculante y poseer cierta relevancia jurídica, siendo su espacio natural de producción el derecho internacional” (p. 84). Es decir que es un fenómeno jurídico derivado de los procesos de internacionalización de las distintas ramas y parcelas del Derecho, es una manera flexible y ágil de crear un tipo de instrumentos normativos internacionales carente de fuerza coercitiva, pero no por ello de validez y legitimidad (González Rivera & Castrillón y Luna, 2015).

Por tanto, nosotros entendemos que la naturaleza jurídica del Derecho Suave (*Soft law*), es dispositiva, siendo que son instrumentos flexibles y no obligatorios para los particulares y los Estados, a menos que cobre efectos vinculantes mediante la autonomía de la voluntad en las contrataciones internacionales, o bien, sean fuente de Derecho para las legisla-

ciones nacionales en donde el órgano legislativo estatal tenga a bien incorporarlos materialmente en un cuerpo legal. En tanto, hay que volver a poner de manifiesto que no hay unanimidad acerca de la expresión y por ello resulta necesario definir previamente el término cuando se vaya a emplear, dependiendo en muchas ocasiones de la materia del Derecho donde se manifieste. A este respecto, las normas de Derecho suave (*Soft law*), enfrentan al modelo dicotómico tradicional o bien conocido como Derecho duro (*Hard law*) (Medina González, 2016), de tal manera podemos advertir que la influencia de estas normas (Derecho suave), de carácter flexible, pueden devenir en la creación o interpretación de normas imperativas, vinculándose directamente estos dos contextos, por lo que en el siguiente apartado atenderemos lo pertinente a esta temática.

3. Dicotomía entre Derecho Suave (*Soft Law*) y Derecho Duro (*Hard Law*)

Exponer la dicotomía entre el Derecho Suave (*Soft Law*) y Derecho Duro (*Hard law*), es plasmar los argumentos que respalda la separación de ambos ordenamientos; sin embargo esta separación en ciertos ámbitos del Derecho debe ser reducida a la mínima expresión, sobre todo en la realidad material del comercio internacional. Empero, para entender esta aseveración es necesario comprender los aspectos fundamentales de la doctrina que atribuyen el carácter dicotómico a ambos tipos de normas. Antes de continuar con este análisis definamos *Hard law* como una regla emanada de una autoridad legislativa que sí cumple con las formalidades constitucionales y, de otra índole, que sean necesarias para que la norma sea jurídicamente vinculante.

Para Medina González (2016) a este respecto surge una dicotomía jurídica, en donde el Derecho suave (*Soft law*) se puede reconocer porque contrasta con las reglas legales que definen obligaciones específicas de Derecho duro (*Hard law*), es decir, estas normas inspiradas en principios más abiertos o generales en su contenido y significado, comprendiéndose

como suaves en lo concerniente a su aplicación. Y es que Alarcón, citado por Medina González (2016), enuncia que debido a la dinámica que impone el Derecho internacional es difícil observar un concepto tradicional de ordenamiento jurídico en el que exclusivamente las normas producidas por las fuentes jurídicas tradicionales (*Hard law*) sean válidas para regular fenómenos complejos y, sobre todo de carácter supranacionales, tales como el cambio climático, la protección de los derechos humanos o el internet en las transacciones económicas y sociales, el comercio internacional, entre otros.

Esto ha significado una reestructuración del Derecho de orden supranacional, permitiendo la existencia de un nuevo ordenamiento jurídico donde se manifiesta el Derecho suave (*Soft Law*), enlazado con la creciente participación de actores sociales que demandan más espacios jurídicos para tratar temas relacionados con los distintos Derechos que se ventilan en este plano (internacional) y su impacto – vinculación – en el ámbito nacional de los Estados. A lo anterior también cabe añadir ciertas tendencias desreguladoras y privatizadoras, con lo cual el Estado ha dejado de controlar buena parte de la producción normativa en ciertos aspectos como el comercio. Con estos breves argumentos ponemos de manifiesto un primer acercamiento a esta dicotomía.

El Derecho Suave (*Soft Law*) y el Derecho Duro (*Hard Law*) son creados por actores diferentes, tal como lo refiere Gopalan, citado por Jaramillo Vernaza (2010), quien asegura la existencia de una competencia entre actores estatales y no estatales, afirmando que frecuentemente dicha pugna obtiene como resultado la prevalencia de los preceptos originados en los procesos legislativos del Derecho imperativo; aunque lo cierto es que hoy en día la tendencia se dirige a la aceptación tácita del *Soft law* por parte de las autoridades institucionales y, en menor medida, a su instrumentalización a través de procesos de inclusión. Sin embargo, esto en algunas ocasiones genera una solución a la incapacidad de lograr, por parte de los

Estados, un desarrollo normativo acorde con la evolución del comercio, por lo que podríamos estar en presencia de una construcción legislativa de Derecho suave (*Soft Law*), comenzando con la preexistencia de un ordenamiento de carácter privado o informal surgido de agremiaciones de sujetos internacionales, dirigido a normativizar ciertas prácticas y de igual manera a condicionar la construcción de las regulaciones futuras.

De manera más específica podemos enunciar, como lo hicimos en párrafos preliminares, que estos actores no estatales pueden ser organizaciones internacionales, comunidades supranacionales o regionales, empresas multinacionales y organizaciones no gubernamentales, en lo particular señalamos al gremio de comerciantes que se han organizado en instituciones de carácter privado, indicamos lo anterior por lo preciso del corte de esta investigación.

Continuando con nuestro estudio, Oviedo Albán (2012) resalta la calidad autonómica de este tipo de Derecho (suave), y lo señala como una solución a las necesidades de distintos sujetos privados internacionales, entre ellos, los comerciantes, solución que nace precisamente del origen mismo de la norma y sobre todo de su flexibilidad que se traduce en una efectividad inmediata en el nivel transnacional, que depende del margen de utilización desarrollado en ese contexto.

Expresado lo anterior, consideramos de vital importancia señalar que el *Soft Law* no está lejos de controversias jurídicas, dado que en cierta medida significa la pérdida de la soberanía de los Estados, pero también una irremediable apertura a la internacionalización y democratización del Derecho internacional. La creciente adopción de instrumentos de Derecho suave (*Soft law*) de influencia internacional permite la participación de actores no estatales y adquieren más legitimidad que las leyes nacionales creadas para atender algunos asuntos. Sin embargo, en este orden de ideas se manifiesta el siguiente aspecto dicotómico: y es que el Derecho suave (*Soft law*) se aleja del Derecho duro (*Hard law*) debido a

la falta de obligatoriedad directa que caracteriza a este último. Por lo general, el ámbito de Derecho suave (*Soft law*) se analiza en oposición al Derecho duro (*Hard law*) por su carácter obligatorio, cuyo incumplimiento puede ser exigido por las vías institucionales de solución de conflictos –órganos jurisdiccionales– (Del Toro Huerta, 2006).

Esta contraposición formal ubica al Derecho suave (*Soft law*) como instrumento en el que su obligatoriedad y efecto vinculante se diluye frente a las normas de Derecho imperativo creadas por los Estados. Empero, estos instrumentos en el espacio de la contratación internacional adquieren fortaleza mediante la denominada autonomía conflictual, los laudos arbitrales y en otras ocasiones por las resoluciones judiciales donde son reconocidos por los órganos de justicia nacionales, sobre este tópico volveremos en acápites posteriores.

A pesar de los aspectos dicotómicos de ambos ordenamientos, la finalidad del Derecho suave (*Soft law*) no es la de eludir los principios de seguridad jurídica, la imperatividad del Derecho duro (*Hard law*) o el imperio de la ley, sino que, pretende jugar, precisamente, en aquellos lugares de los que la clásica regulación basada en las fuentes tradicionales ya se ha retirado, es más, la existencia de actos o instrumentos de *Soft Law* solo puede admitirse si se produce desde la óptica de la coherencia del sistema jurídico sin atentar al principio de seguridad jurídica, además deben encontrar acomodo en el ordenamiento jurídico nacional, máxime en aquellas legislaciones donde la regulación de la autonomía de la voluntad es restrictiva. Este argumento es compartido por Pereznieto Castro (2012) quien expresa que:

De lo que se trata hoy en día es disminuir sino que desaparecer, las diferencias entre los diversos sistemas jurídicos, bajo la tesis moderna, que no atiende a sentimientos políticos o de defensa, sino simplemente a la constatación de la diferencia entre sistemas jurídicos internos y el internacional y de ahí, rescatar los vínculos entre esos dos derechos, que les

permitan funcionar coordinadamente en beneficio del tráfico jurídico internacional, principalmente sobre el concepto de uniformidad (p.404).

González Martín (2011) se une a estas reflexiones, ya que para ella las normas de Derecho duro (*Hard law*) tienden a ser atenuadas por otros instrumentos internacionales de Derecho suave (*Soft law*), siendo que se perciben como directrices para los Estados y sus instituciones administrativas y judiciales. All (2013) utiliza el término de “codificación privada” para referenciar a un conjunto no sistemático de reglas de diversa índole que es a lo que venimos denominando Derecho suave (*Soft law*). No obstante, lo importante que enfatiza es que esta “codificación privada” se reparte espacios jurídicos con el Derecho duro (*Hard law*) y ambos, coordinada y armónicamente, cubren la totalidad de las relaciones y situaciones privadas multinacionales, afirmación con la que no concordamos completamente siendo que el desenvolvimiento de ambos ordenamientos en distintas ocasiones se contraponen y no permiten su pleno desarrollo, tal es el caso en que las normas imperativas de los Estados limitan la aplicación de normas de Derecho suave (*Soft law*) en los espacios nacionales, tal es el caso en que a los contratos privados se imponga determinados límites a partir del orden público como en Nicaragua donde la autonomía de la voluntad no puede ir en contra de la ley, la moral y el orden público según el art. 2437 del *Código Civil* (1904).

Es evidente que de la fuerza y la debilidad del Derecho suave (*Soft law*) podemos darnos la idea de puntos contrapuestos que se centran en la discusión dicotómica entre codificación pública versus codificación privada, como si fueran una y otra cara de la moneda. En realidad cabe preguntarnos si estamos frente a alternativas, complementos, o si hay un antagonismo cierto en el marco del proceso de gobernanza internacional. Es indudable que estamos ante un gran movimiento que produce transformaciones jurídicas y que viene dado con mayor fuerza por el lado del Derecho comercial, como consecuencia, entre otros factores, de la globalización.

Dicho esto y para concluir, hoy en día la realidad del Derecho suave (*Soft law*) encuentra puntos convergentes con el Derecho duro (*Hard law*), y es que en cuanto a las funciones que el *Soft law* cumple para con las normas imperativas estatales tenemos: a) Como avance, b) Como una alternativa, c) Como complemento, d) Como un parámetro interpretativo. Así la calificación del *Soft law* se ubica como fuente del Derecho en cuanto a un principio general, dado que este a su vez se nutre de fuentes generales del Derecho (Boretto, 2012), verbigracia las leyes modelo elaboradas en foros internacionales, algunos actos normativos característicos del Derecho institucional, convenios internacionales disponibles por las partes o la propia fuerza ejemplificativa de determinados convenios internacionales, actúan como fuentes a menudo en sentido impropio y pueden ser tenidas en cuenta por el legislador (Fernández Rozas, 2010), aunque esta postura en la doctrina es muy cuestionada bajo el amparo del *numerus clausus* del art. 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Por lo tanto consideramos pertinente esbozar el contenido de este Derecho Suave (*Soft Law*) en el siguiente postulado.

4. Contenidos del Derecho Suave (*Soft Law*)

Primeramente, habrá que tomarse en cuenta algunos elementos comunes a los distintos instrumentos que se asocian con el concepto de *Soft law*. Tales instrumentos expresan expectativas comunes de conducta adoptadas generalmente en el marco de organizaciones internacionales y son creados o adoptados en su mayoría por sujetos de Derecho internacional (con la participación o no de otros actores internacionales), sin que para ello se siga todo el proceso tradicional para la creación de normas internacionales, y, en consecuencia, carecen de fuerza obligatoria (Del Toro Huerta, 2006).

Respecto a los criterios para determinar la existencia de un determinado instrumento del Derecho suave (*Soft law*) según Chinkin, citado

por Del Toro Huerta (2006), identificamos los siguientes elementos: 1) Que sean formulados en términos no obligatorios de acuerdo a los procesos tradicionales de creación de derechos (v. gr. tratado o costumbre); 2) Que contengan términos vagos e imprecisos; 3) Que procedan de órganos internacionales; 4) Que estén dirigidos a actores no estatales; 5) Que se basen exclusivamente en la adhesión voluntaria y no exista un mecanismo jurídico para su exigencia. Sobre estos elementos discurrimos del segundo punto planteado por el referido autor, siendo que no siempre debe concurrir los términos vagos e imprecisos en los instrumentos de Derecho suave (*Soft law*), todo lo contrario, muchos de ellos poseen términos preciso en el ámbito comercial que describen con mayor certeza la regulación del acto o negocio jurídico.

Un acercamiento al contenido de este Derecho nos los propone Oviedo Albán (2012), quien afirma que todos aquellos instrumentos que derivan de otros centros de producción normativa, como son los contratos, o en algunos casos, los llamados códigos de conducta y los reglamentos de carácter profesional, que obedecen a la tendencia a dictar instrumentos de autorregulación, son consideramos como Derecho suave (*Soft law*). De forma más precisa Boretto (2012) formula las siguientes categorías: a) Resoluciones no obligatorias de los organismos internacionales, b) Resoluciones de actores no estatales, c) Acuerdos interestatales no normativos, d) Tratados concluidos que no han entrado en vigor, un ejemplo de este último enunciado es el caso de la Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías en Nicaragua, la cual no ha sido ratificada, por lo que su aplicación deviene de la autonomía conflictual de las partes.

Los aportes brindados por los autores citados han sido relevantes para determinar el contenido del Derecho suave (*Soft law*). No obstante nos decantamos por la clasificación creada por Fernández Rozas, Arenas García, & De Miguel Asensio (2013), la cual es más atingente a los objetivos

de esta investigación: 1) Directriz habilitante, en esta primera manifestación, a manera de ejemplo, los Estados a través de una directiva comunitaria pueden adecuar su Derecho nacional, o bien, influir en las actuaciones y decisiones judiciales; 2) Leyes modelo, la cual debe entenderse como un texto legislativo que suele ser adoptado, por lo general, en el seno de una conferencia internacional, que se recomienda a los Estados para su incorporación al Derecho interno. No tiene un carácter obligatorio directo, incluso los Estados no tienen obligación alguna de comunicar al órgano codificador o a otros Estados que han incorporado el texto, sino que su función es inspirar al legislador interno a la hora de codificar una determinada materia cubierta por dicha ley modelo; 3) Códigos de conducta, constituyen instrumentos jurídicos que pretenden regular algunos aspectos de las relaciones privadas internacionales como, principalmente, las actividades de las empresas multinacionales en los países de acogida. Son concebidos como un conjunto de principios y de normas relativas al comportamiento de ciertos agentes internacionales que se incorporan a un solo acto jurídico adoptado por los Estados.

Es importante resaltar que en el marco de las transacciones privadas internacionales los códigos de conducta constituyen una suerte de acuerdo sistemático de normas, generalmente de carácter programático, que regulan la conducta de unos determinados sujetos del comercio internacional en unos ámbitos concretos de actuación; la nota definitoria de estos instrumentos no es otra que la flexibilidad, que se refleja en el cumplimiento voluntario de sus postulados y en la auto regulación que incluye, al margen de las normativas estatales, la inclusión del término “código”. Muestra una orientación sistemática en el agrupamiento de las disposiciones que se recopilan, y una determinada voluntad de construir un cuerpo normativo coherente que lo distinga de una mera recopilación. Ello implica un cierto grado de unidad o integración en su contenido (Fernández Rozas et al., 2013).

Continuando con esta clasificación tenemos: 4) Guías legislativas, esto es un texto puramente indicativo elaborado por una institución internacional que evita los inconvenientes que ofrece la codificación a través de tratados internacionales. El empleo de esta técnica se ha generalizado en los últimos años en el seno de la *UNCITRAL* partiendo el avance de la tendencia a la autonomía legislativa que suele experimentar el legislador estatal a la hora de codificar determinadas cuestiones del derecho de los negocios internacionales (Fernández Rozas et al., 2013).

Habiéndonos acercado al concepto, naturaleza, contenido del Derecho suave (*Soft law*), y expresados los elementos dicotómicos con el Derecho duro (*Hard law*); nos resta expresar que lo fundamental de estas manifestaciones doctrinarias es evidenciar el elemento no vinculante de estos instrumentos que han adquirido vida en el contexto internacional mediante la actuación de actores no estatales, y que a su vez ha respondido a la necesidad de cubrir la falta de regulación por parte de las normas imperativas nacionales sobre ciertos temas, entre ellos el comercio internacional. A la par del análisis de esta realidad, existe otra que alimenta a los instrumentos de Derecho suave (*Soft law*), y que es de gran relevancia para el comercio y la contratación internacional, nos referimos a la *Lex Mercatoria*, por lo que abordaremos su tratamiento en el sucesivo acápite.

III. *LEX MERCATORIA* Y DERECHO SUAVE (*SOFT LAW*). DOS REALIDADES INTEGRADAS

Antes de iniciar la discusión propuesta en este apartado, es menester manifestar que el objetivo que perseguimos es configurar la diferencia que existe entre *Lex Mercatoria* y Derecho suave (*Soft law*), así como plasmar la intrínseca relación que ambos términos poseen en el marco del Derecho comercial internacional y la contratación internacional. Considerar a la *Lex Mercatoria* como un ordenamiento jurídico autónomo se

ha debatido ampliamente entre positivistas, subjetivistas, mercatoristas y anti-mercatoristas, generando posturas irreconciliables. Por lo que se hace necesario diseñar el concepto y contenido de esta, para determinar si estamos frente a un auténtico sistema jurídico para ser incorporado a las contrataciones internacionales por medio de la autonomía conflictual de las partes, espacio donde se entrelaza con aquellos instrumentos de Derecho suave (*Soft law*).

1. La *Lex Mercatoria*. La autonomía de un nuevo ordenamiento jurídico

Hablar de *Lex Mercatoria* es evocar el desarrollo y evolución del Derecho en manos de los comerciantes desde el siglo XII, y al igual que el Derecho suave (*Soft law*) su conceptualización no es tarea sencilla. Clerc (2013) nos ilustra que la *Lex Mercatoria*, o bien, *Ius Mercatorum*, originariamente era un término designado para identificar a un conglomerado de normas jurídicas que regulaba la actividad comercial durante la primera Edad Media y, usualmente, fijadas por los mismos comerciantes y artesanos y sin que interviniera allí alguna autoridad, edicto o apelación a norma superior, lo cual, transformaba a esta *Lex Mercatoria*, en un derecho claramente consuetudinario. Es necesario destacar que, surge en clara oposición al Derecho de los señores feudales y a sus privilegios, y ante la insuficiencia normativa del Derecho civil para proveer una respuesta adecuada al notable crecimiento de la actividad comercial de ese entonces. Su aplicación cayó en desuso, claro está, hacia los inicios de las grandes codificaciones jurídicas que tuvieron lugar, la primera de ellas, durante la llamada Alta Edad Media y, luego, la segunda, hacia el final del siglo XVIII, perdió fortaleza, mas no desapareció.

Es así que, modernamente, las mismas causas que en sus orígenes la crearon, hoy nuevamente la hacen reavivarse. El fenómeno de la globalización y su influencia en el comercio internacional, la falta de producción normativa por parte del Estado específicamente en la materia co-

mercial, el creciente tráfico del comercio, la proliferación de organismos internacionales, el desarrollo y la aplicación de la autonomía de la voluntad de los contratantes, son factores torales que han permitido el resurgimiento con mayor fortaleza de este ordenamiento jurídico que posee ciertos elementos comunes con el Derecho de los comerciantes en aquel período; sumado a esto el nuevo Derecho de comercio internacional, donde la *Lex Mercatoria* despliega sus efectos, ha surgido en la práctica de los comerciantes pertenecientes a distintos Estados con diferentes sistemas políticos, económicos y sociales, así como con distintos niveles de desarrollo (Espinoza Quintero, 2009).

En este orden de ideas, Tobar Torres (2012) participa en la construcción de este concepto (el cual tiene numerosos expositores). Así, denomina como una nueva *Lex Mercatoria* al conjunto de reglas de comportamientos y cláusulas de interpretación uniformes y típicas que se generan de manera constante y reiterada en el comercio internacional y que son asumidas por los particulares en virtud de la existencia de una convicción de carácter vinculante que es calificada como usos y costumbres del comercio internacional —o bien, que delimita su contenido—. Fernández Rozas (2000), es más preciso al conceder sin duda alguna a la *Lex Mercatoria*, la categoría de ordenamiento jurídico creado a manos de la “sociedad internacional de los comerciantes”, en buena medida autónoma respecto de los Estados; y el hecho de que, pese a las diferencias entre los sistemas políticos y económicos, evidencia que existe un Derecho autónomo del comercio, nacido de las propias exigencias de este, y que se ha desarrollado con independencia de estos sistemas jurídicos nacionales.

Además de esto, claramente se manifiesta que un sector relevante de las fuentes de la nueva *Lex Mercatoria* está integrado por lo que genéricamente se califica de usos y costumbres del comercio internacional. Esto lo reafirma Tobar Torres (2012), quien nos plasma el concepto dado por Goldman, uno de los primeros autores que utilizaron este término, para

quien la nueva *Lex Mercatoria* se trata de: “reglas transnacionales que los participantes en los intercambios económicos internacionales se dan progresivamente a sí mismos, notablemente en el marco de sus organismos profesionales y que los árbitros constatarán y precisarán, teniendo en cuenta la intención de su elaboración” (p. 248), reglas que derivan de usos y costumbres entre estos participantes que han encontrado su fundamento en la utilización reiterada de las mismas.

Por otro lado, Berman y Dasser, citados por Giménez Corte (2002), consideran que la nueva *Lex Mercatoria* es Derecho de raíz consuetudinaria, como lo era la antigua, dado que está formada por usos que constituyen un Derecho espontáneo, uniforme, y en cierta manera universal; que son usos propios de los comerciantes, y que tratan de superar las dificultades propias del conflicto de leyes cuando se trata de determinar el Derecho nacional que regirá una determinada relación jurídica. Sin duda alguna, son normas que carecen de la fuerza de la ley; sin embargo están vigentes. Dentro de esta misma discusión se encuadra la duda que si ¿constituyen costumbre jurídica? efectivamente la respuesta debe ser positiva y contundente, más aun en el espacio del Derecho comercial; inclusive normas tanto de Derecho suave (*Soft law*) y Derecho duro (*Hard law*) se han creado a partir de los usos y costumbres internacionales.

Es entonces que podemos afirmar, con propiedad, que la *Lex Mercatoria* se configura como un Derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo creado por los propios comerciantes, con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales a la aplicación, siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países, liberándose de la rigidez y de la falta de sensibilidad para el tráfico mercantil internacional de estas últimas. A partir de estas reflexiones podemos manifestar que son dos las notas que permiten caracterizar la *Lex Mercatoria*: su “anacionalidad”, es decir, no emana de un sistema jurídico propio de un Estado soberano y, en segundo término, la fuerza obligato-

ria que le otorga la comunidad comercial internacional, aunque en ciertas ocasiones esta fuerza vinculante se contrasta con las Normas de Derecho sustantivo de los Estados.

Para Navarro Pentón (2009), además de los usos comerciales internacionales también los contratos-tipo y las condiciones generales elaboradas por las asociaciones mercantiles profesionales o por los organismos internacionales, constituyen las típicas fuentes de expresión de este Derecho de producción autónoma. Pereznieto Castro (1999) nos proporciona otra aproximación al contenido de *Lex Mercatoria*, compuesto por una amplia serie de reglas emitidas por organismos privados a nivel internacional o por órganos intergubernamentales a ese mismo nivel, pero cuya característica principal es que se trata de reglas que no tienen ningún origen y una obligatoriedad en su aplicación por parte de los Estados.

La referencia más precisa, consideramos que, viene dada por Giménez Corte (2002); primeramente determina a los usos, luego a los contratos internacionales; las condiciones generales de contratación y los *standards forms*; las reglas de las asociaciones profesionales y las *guide lines*; los principios generales del comercio internacional, y los *restatements of law*; los códigos de conducta, las convenciones internacionales aún no vigentes y ratificadas por los Estados, las leyes modelos; y los laudos arbitrales. Sobre este último punto queremos resaltar que la práctica y jurisprudencia arbitral ha permitido la instauración de este ordenamiento jurídico, de esto se encauza la vital importancia para la subsistencia y reconocimiento de la *Lex Mercatoria*.

Pasando a otro punto de análisis, a pesar de su demostrado carácter autónomo, la institución jurídica que venimos tratando no deja de ser objeto de crítica, por ejemplo, algunos doctrinarios enuncian que es un sistema que obedece a los intereses y necesidades específicas de un grupo social lo que le resta legitimidad dentro del Derecho internacional, puesto que sus promotores son un grupo social poderoso. Se señala igualmente que la *Lex Mercatoria* no es autónoma al condicionar su desarrollo

a la aceptación que de ella tengan los Derechos estatales, sobre esto cabe reflexionar que su aceptación viene dada por la autorregulación que confiere la autonomía de la voluntad en su carácter conflictual. No obstante, lo único que puede atribuirse a esta afirmación es que en el plano contencioso nacional los jueces podrán limitar la aplicación de un Derecho derivado de la *Lex Mercatoria* consagrado en el contrato, cuando así lo considere el judicial. Es por esto que ha tomado mayor auge la práctica arbitral que plenamente reconoce este nuevo ordenamiento jurídico (Rodríguez Fernández, 2012). Esas críticas provienen, en buena medida, de quienes aún consideran la vieja concepción de que solo el Estado está facultado para producir normas, afirmación que ya hemos criticado líneas arriba.

La *Lex Mercatoria* tiene una importancia normativa que no depende de un Derecho local y tiene una especial importancia para el comercio y la contratación internacional, ya que las partes no se someten a ninguna jurisdicción nacional ni a un Derecho sustantivo nacional. Por consiguiente, la *Lex Mercatoria* se erige como un orden jurídico propio, aunque sea incompleto, y en alguna medida esté subordinado a los órdenes jurídicos nacionales en su aplicación y eficacia al momento de exigir su cumplimiento; dependencia que no afecta a su autonomía.

En la esfera del comercio y la contratación internacional este ordenamiento jurídico puede ser traducido y sistematizado mediante instrumentos de naturalezas flexibles y carentes de efectos vinculantes, que ocupan como fuente para su creación a la *Lex Mercatoria*, y es aquí donde encontramos esa intrínseca vinculación entre Derecho suave (*Soft Law*) y la denominada *Lex Mercatoria*. Esta vinculación ha sido objeto de diversos estudios, siendo que en muchas ocasiones ambos términos se han ocupado indistintamente, considerándose como sinónimos uno del otro, lo que no es correcto. Es por esto que, en cumplimiento a nuestros objetivos planteados edificaremos un entramado doctrinario y analítico que

nos permita descubrir la diferencia de ambas figura, pero a la vez sus elementos integradores que consienten su perfecta unión y adecuación en el comercio y la contratación internacional.

2. De la *Lex Mercatoria* al Derecho Suave (*Soft Law*) en el Comercio y la Contratación Internacional

En primer orden, a pesar que la *Lex Mercatoria* y el Derecho suave (*Soft law*) tengan características muy similares, ambos no son equivalentes. Desde su conceptualización encontramos las primeras diferencias. Así, la *Lex Mercatoria* es un ordenamiento jurídico autónomo creado por los comerciantes, el cual se fundamenta en tres pilares: las prácticas del día a día de la comunidad internacional del comercio (comerciante), los usos codificados o no en convenciones internacionales y los principios generales del Derecho; pero sobre todo se caracteriza por ser espontáneo, llevando en sus raíces la voluntad de las partes; además su creación data desde siglo XII, mucho antes de que se hablará de Derecho suave (*Soft law*). Este último se traduce en normativas emanadas por actores no estatales (como organizaciones internacionales, agrupaciones gremiales, etc.), de forma tal que su carácter no es vinculante, pero si revestido de efectos jurídicos. Estos instrumentos contienen diversas exposiciones temáticas en relación al tipo de Derecho aplicable (mercantil, medio ambiente, propiedad intelectual, derechos humanos, etc.), en cambio la *Lex Mercatoria* es utilizada únicamente por la “sociedad de comerciantes”.

Un punto en común, es que ambos han encontrado su desarrollo en el ámbito internacional, por parte de la *Lex Mercatoria* específicamente en el comercio, dado que ambos procuran llenar los vacíos jurídicos de la norma nacional en este tipo de relaciones (internacionales); y es por esto que, tanto los creadores y usuarios de estos Derechos se alejan de la aplicación de normas locales con el ánimo de no nacionalizar sus negocios jurídicos, lo que ha permitido un fuerte desarrollo en la construc-

ción de un nuevo Derecho para los comerciantes. Por lo que podemos afirmar que, hoy en día, jerárquicamente la *Lex Mercatoria* ocupa un grado superior al sistema normativo estatal cuando se trata de operaciones que ocupan al Derecho mercantil internacional. Circunstancia favorecida por el amplio espacio destinado al ejercicio de la autonomía de la voluntad, como elemento esencial para configurar las relaciones entre comerciante mediante la contratación internacional (Rapallini, 2011).

Bajo esta realidad entendemos, entonces, que la *Lex Mercatoria* se despliega por el denominado Derecho suave (*Soft law*), es decir, los instrumentos de este último, son resortes que propenden a la sistematización científica y fundada difusión de la *Lex Mercatoria*, acción que vincula de manera directa a los organismos internacionales que traducen los usos y costumbres (*Lex Mercatoria*) en instrumentos no vinculantes, un ejemplo de ellos son los denominados *Incoterms*. La relación intrínseca entre *Lex Mercatoria* y Derecho suave (*Soft law*) surge en el comercio internacional, dado que la normatividad mercantil como objeto de la ciencia jurídica, se ha ocupado desde sus inicios, en desarrollar una estructura que permita regular de forma independiente el carácter jurídico y socioeconómico de las relaciones entre particulares (Jaramillo Vernaza, 2010).

En consonancia con lo manifestado en el párrafo que antecede, en el Derecho mercantil contemporáneo las fuentes principales serán casi siempre, el desarrollo de las costumbres mediante las cuales se instrumentalizan las actividades mercantiles; la autonomía de la voluntad privada expresada en las formas contractuales más utilizadas en el ámbito comercial, y la asimilación por parte de organizaciones internacionales de comerciantes y de sus tribunales arbitrales, de reglas y principios aceptados por sus miembros.

Para continuar con el desarrollo de nuestro análisis nos cuestionamos ¿Cuál es importancia o el aporte que brinda tanto la *Lex Mercatoria* y el Derecho suave (*Soft law*) al comercio y la contratación internacional?

Primeramente, Fernández Rozas et al. (2013) apelan al hecho de que el orden normativo no vinculante (Derecho suave) se nutre de normas específicas que resultan apropiadas para las relaciones internacionales que sean desarrolladas consuetudinariamente, en particular, en los principios generales del derecho de los negocios internacionales, usos y costumbres o la ya referida *Lex Mercatoria*. Por lo que se entiende como un conjunto normativo que no deriva de un ordenamiento estatal, concretamente sistematiza en muchas ocasiones usos y costumbres, creando una uniformidad en el comercio internacional; pero que, además, propone la puesta en escena de las necesidades del comercio internacional y la aplicación de un ordenamiento neutral. Ello se evidencia en los procesos de producción y estandarización normativa, empero, al inicio de esta investigación dejamos sentado que los instrumentos de Derecho suave (*Soft law*) son utilizados por las normas imperativas nacionales, de tal suerte que sirve como recurso interpretativo lo que ayuda a su vinculación con los ordenamientos jurídicos, otorgándole cierto reconocimiento.

Sobre estos razonamientos no podemos desconocer la importante faceta normadora del Derecho suave (*Soft law*), que constituyen la dimensión contemporánea de la *Lex Mercatoria*, no obstante, esta última también ha sido acogida en los sistemas estatales a través de textos internacionales que institucionalizan su desarrollo, y sirve, además, para fijar sus contenidos y propiciar una mayor aplicación prospectiva por la propia sociedad de comerciantes, como ha ocurrido con la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías, cuando ya está debidamente ratificada por los Estados (Fernández Rozas, 2000). Vale la pena aclarar que no siempre los instrumentos de Derecho suave (*Soft law*), se sustentan por la *Lex Mercatoria*, con todo, en materia de Derecho comercial internacional esta es fuente de este tipo instrumentos con mayor frecuencia.

Teniendo presente que la *Lex Mercatoria* es una realidad integradora de Derecho suave (*Soft law*), y ambas del comercio internacional, por lo que

la importancia de este último deviene según Pereznieto Castro (2012) en su acomodamiento a diversas situaciones de carácter internacional, entre ellas el comercio, reduciendo la contradicción entre sistemas, en la medida que propenden a una uniformidad; de tal modo que esta disciplina representa el motor del cambio y modernización del Derecho mercantil internacional, contemporáneo, pero que lo hace, a partir de categorías distintas a las que tradicionalmente se conocen en el Derecho interno. En este mismo sentido, afirma All (2013) que el Derecho suave (*Soft law*) es la puerta hacia una concepción más abierta, flexible, y plural del Derecho internacional, acorde con los tiempos de mayor globalización mundial, cuya dinámica se expande en un espacio transnacional y que a pesar de los paradigmas del positivismo estatalista, el progresivo ensanche del concepto de arbitralidad, en tanto las partes pueden utilizar normas elaboradas por organismos privados desprovistas de carácter vinculante, le confiere un carácter dominante en este ámbito.

Claramente, las fuentes del Derecho comercial que regulan las transacciones internacionales se han ampliado abarcando a la *Lex Mercatoria* y, como ya hemos visto, a una variedad de formas de Derecho suave (*Soft law*), como leyes modelo, guías legislativas, reglas y términos comerciales uniformes, por ende es preciso enunciar que la *Lex Mercatoria* en muchas ocasiones opera como Derecho suave (*Soft law*), dos realidades integradas, una comprensiva de la otra, o independientes, compartiendo o no determinadas características. Este escenario revela una acción manifestadora que procura la unificación de un Derecho del comercio internacional que demanda un aspecto dinámico y contribuye a dar a sus normas una contextura flexible, configurando un universo jurídico particularmente fluido, sin tener el ánimo de afectar el Derecho interno nacional y menos su soberanía (Sierralta Ríos, 2001).

Los procesos normativos en cuya virtud se elabora esta disciplina responden a la flexibilidad y dinamismo propios de este sector del ordena-

miento internacional, y que pretende rodear de seguridad a las operaciones que se celebran y ejecutan en territorios y dotan de la mayor agilidad a los actos jurídicos, característica principal del comercio. Actualmente son seguidos por los Estados (a pesar de sus fuertes críticas por corrientes positivistas) y los operadores quienes los adoptan, de tal manera que la reiteración y referencias constantes dan paso a la configuración de una verdadera tendencia unificadora, por tanto en la medida en que se admiten y ponen en práctica van adquiriendo uniformidad y delimitación de su esfera de regulación, para Cortes Cabrera (2014): “No es sorprendente que se haya recurrido cada vez más a las soluciones de *soft law* ante las complejidades del actual orden mundial económico, ya que estas poseen una singular flexibilidad” (p.59).

La principal causa de la afirmación de Cortes Cabrera (2014) radica en la capacidad del *Soft law* de avanzar hacia esta unificación del Derecho sin soportar los costos de negociación que supone un proceso formal, asimismo responde, según los casos, a una búsqueda de fuga del Derecho que pretende proponer un nuevo realismo jurídico. Nos satisface declarar que el Derecho del comercio internacional es una realidad que en ciertas ocasiones ha encontrado respuestas por la vía del Derecho uniforme, por su inmediatez y por adecuarse a los intereses de las partes contratantes. Además, la creciente e inevitable interrelación económica de los países; la configuración de mercados comunes multinacionales; la proliferación de los tratados de libre comercio, para Díaz Bravo (2007) son, entre otras, las razones que explican y aun justifican la caudalosa corriente unificadora internacional del Derecho mercantil o comercial en todas sus expresiones, a tal punto que en el mundo moderno ya no es posible referirse a un Derecho mercantil puramente nacional o doméstico.

Para concluir este apartado, nuevamente ponemos de manifiesto que hemos demostrado la exclusiva relación que guarda la *Lex Mercatoria* y el Derecho suave (*Soft law*); ambas realidades de vital importancia para el comer-

cio internacional, puesto que la transformación del Estado, por influjo de los procesos de integración económica, han modificado las formas de crear el Derecho, por tanto estos dos ordenamiento jurídicos permiten entrelazar nuevos mecanismo de producción normativa que atienden los diferentes contextos jurídicos, especialmente, los negocios comerciales internacionales. De manera concreta, exteriorizamos que el fenómeno de la globalización ha generado el desarrollo del *Soft law* y su íntima relación con la *Lex Mercatoria*, al igual que su recepción por los organismos internacionales, dada la importante acción que en este ámbito ejerce, y además su armonización reduce en gran medida las contradicciones existentes entre los distintos sistemas jurídicos nacionales (Fernández Rozas, 2010).

No queremos abandonar este apartado sin retomar lo que anteriormente expresamos, y es que parte de la doctrina cuestiona al Derecho suave (*Soft law*) como fuente, empero en esta materia habrá que considerar que la *Lex Mercatoria* se integra por usos y costumbres (reiterativos de los actores del comercio), por tanto siendo la costumbre como los principios fuentes aceptadas por el Derecho internacional, podemos afirmar que de manera mediata el *Soft law* parte de las propias fuentes reconocidas por el Derecho sin necesidad de recurrir a artilugios jurídicos inexplorados, tal como lo expresan González Rivera & Castrillón y Luna (2015), pero esto solo puede afirmarse desde el ámbito del Derecho del comercio internacional.

Ahora bien, nos resta manifestar que la *Lex Mercatoria* alude a un ordenamiento jurídico que ha experimentado profundos cambios en la estructura de la sociedad internacional, en la práctica, podemos hablar de un Derecho autónomo nacido de las propias exigencias de la actividad y desarrollo de los comerciantes al margen de los sistemas jurídicos nacionales, su mayor manifestación son los usos y costumbres, los cuales en algunas ocasiones se han recogido en instrumentos elaborados por organismos internacionales, los que le han dotado un carácter normativo. Es-

tos instrumentos son denominados Derecho suave (*Soft Law*), por carecer de elementos vinculantes, característica que comparte ambos conceptos, no obstante, no deben confundirse o darles el tratamiento de sinónimos, dado que por una parte la *Lex Mercatoria*, es un ordenamiento propio de los comerciantes en el plano internacional, mientras que los instrumentos de Derecho suave (*Soft law*), si bien es cierto, pueden configurarse a partir de la *Lex Mercatoria*, no siempre contienen este tipo de Derechos. Es entonces, que nos atrevemos a afirmar contundentemente que el Derecho suave (*Soft law*), es un vehículo que permite plasmar en normativas internacionales a la *Lex Mercatoria*, sin embargo no es la única vía por la que encuentra fundamento o asidero jurídico, también podemos referirnos a los contratos internacionales mediante la autonomía conflictual, y a los laudos arbitrales.

Por otra parte, para la contratación internacional (acción típica de los comerciantes que adquieren derechos y obligaciones en el ámbito del comercio internacional), tanto la *Lex Mercatoria* como el Derecho suave (*Soft law*) brindan una amplia gama de Derechos plasmados en instrumentos no vinculante que pueden ser aplicados por los contratantes. Ambos métodos son de producción normativa y cada vez más complementarios (Pereznieto Castro & Silva Silva, 1995), por ende los operadores del comercio se alejaran cada vez más de los Derechos nacionales y solos recurrirán a ellos cuando tengan que hacer ejecutivo un derecho mediante los órganos coactivos del Estado. Esto se manifiesta a través de la consagración del principio de la autonomía de la voluntad, por el cual este tipo de instrumentos adquieren un carácter vinculante, razonamiento del que nos ocuparemos a continuación.

3. El efecto vinculante del Derecho Suave (*Soft Law*)

Podrá sonar paradójico el título de este apartado, máxime que en el desarrollo de este artículo hemos sido enfáticos en decir que el Derecho

suave (*Soft law*), al igual que la *Lex Mercatoria*, se caracteriza por carecer de efectos vinculantes; sin embargo pueden adquirir este carácter (vinculante) sin necesidad de ser incorporados en normas de Derecho duro (*Hard law*); lo que permite recrear su utilidad en el comercio internacional y más concretamente en la contratación internacional. Esto es posible mediante la autonomía de la voluntad manifestada en la contratación internacional, lo que constituye para Castrillón y Luna (2003) un uso imperativo que permite reglamentar los contratos celebrados entre comerciantes.

A este análisis se incluye Boretto (2012) quien indica que el componente auto normativo de los dispositivos de Derecho suave (*Soft law*), los torna obligatorios a través del consentimiento. Por lo tanto, este fenómeno adquiere efecto vinculante entre las partes y posee la virtud de equiparar a los actores estatales y no estatales en la creación de un marco regulador uniforme. Para sustentar más estas aseveraciones Ayo lu (2014) expresa abiertamente que las partes son las que deciden incorporar las reglas a sus contratos ya sea de Derecho nacional o transnacional para regir sus negocios jurídicos.

Para Fernández de la Gándara & Calvo Caravaca (1995) la mejor garantía de la efectiva adecuación del Derecho comercial internacional son los comerciantes mismos, quienes crean sin interferencia ajena su propio Derecho uniforme aprovechando en este sentido el espacio vacío de normas imperativas que viene determinado por el reconocimiento universal, en la esfera de la contratación internacional del dogma de la autonomía de la voluntad. En este punto coinciden la mayoría de los ordenamientos nacionales de los países de economía de mercado, al igual que aquellos de economía centralizada.

De igual forma concuerdan Sierralta Ríos (2001) y Pereznieto Castro (2012) que los instrumentos de *Soft law* devienen en obligatorios porque las partes libremente se obligan a adoptarlos entre sí, configurando un Derecho programático donde la prioridad de la autonomía de la volun-

tad de las partes y la incorporación en sus contratos de usos, costumbres e instrumentos de Derecho suave (*Soft law*), está por encima de su ley interna en la materia. Dicho de otra forma, en el momento en el que las partes incorporan a sus contratos Derechos anacionales, los convierten en normas obligatorias entre ellas y junto con su flexibilidad que ayuda a la armonización jurídica, pasa a ser como cualquier norma jurídica obligatoria, susceptible de ser demandada, incluso, ante tribunales nacionales, sin embargo algunos Estados aún son muy reticentes al reconocimiento de este tipo de Derechos en las contrataciones, aunque la apertura ha sido mayor.

Por tanto, en este ámbito, tal como expresa Bouza Vidal (2005), por regla general se considera que la autonomía de la voluntad prevalece sobre el Derecho positivo, de tal modo que las partes pueden excluirlo o modificarlo, además tal cual lo sostiene Mazuelos Bellido (2004) no se debe asumir *per se* el carácter no vinculante de los códigos de conducta (*Soft law*) auto normativos como Derecho suave, dado que en ocasiones devienen obligatorios para sus destinatarios a través del consentimiento expreso de estos, lo que es una relevante expresión del fenómeno auto regulado de actores no estatales. A veces se recurre a la expresión “obligaciones voluntarias”, que en realidad no deja de ser tautológica puesto que, en definitiva, las obligaciones son libremente asumidas por los sujetos, no vienen impuestas por terceros.

Tal como se puede inferir, las partes tiene la potestad de configurar sus relaciones contractuales internacionales, al amparo de la autonomía de la voluntad (García Castillo, s.f.), en sus dos vertientes: material y conflictual, la primera atiende a la facultad que tienen las partes de decidir con quién y cómo contratar (libertad de configuración), elegir comprometerse en una relación contractual con un tercero, así como la determinación del contenido del mismo; mientras que la segunda determina la legislación aplicable al problema, así lo manifiesta Dávalos Fernández

(2003). Esto pone de manifiesto la voluntad soberana de las partes para conducir la celebración del contrato y para determinar sus efectos admisibles el reconocimiento, fruto de la autonomía de la voluntad. En este orden de ideas, Fernández Rozas (2004) lo expresa de la siguiente manera: “La ley aplicable a un contrato es la base legal que da la expresión y el contenido a la voluntad de las partes” (p. 36).

Al igual que los autores anteriores, Leible (2011) opina que la autonomía conflictual, concede a las partes de un contrato la libertad de elección del Derecho, por ende, pueden decidir a qué Derecho se somete la relación jurídica existente entre ellas. Doctrinariamente se reconoce que de esta autonomía se origina “el principio de libertad de elección del Derecho aplicable”. Ortiz Vidal (2012) agrega que esta libertad debe traducirse en la escogencia de un Derecho sustantivo nacional (Ley), o bien la *Lex Mercatoria* o un instrumento de Derecho suave (*Soft law*); planteamiento con el que estamos totalmente de acuerdo, y es que el argumento de más peso es sin lugar a dudas el respeto de los intereses de las partes y la ganancia en seguridad jurídica que esta comporta.

La autonomía conflictual no es absoluta, a pesar que no es objetivo de nuestra investigación, manifestamos que existe un factor limitativo de la potestad de autorregulación basado en el orden público de los Estados (limitante que también manifiesta el Derecho nicaragüense en su norma civil), es decir, no está totalmente exenta de problemas, debido a que ellos pueden presentar limitantes en su aplicación por los Derechos estatales, y sus normas de orden público coartan la autonomía de la voluntad privada (Calderón Marengo, 2017). Verbigracia de esto lo expone Giménez Corte (2002) siendo que si es necesario recurrir a un juez nacional para solicitar el cumplimiento del contrato donde se haya establecido un Derecho no estatal para su regulación, este juez controlará que el Derecho aplicable al contrato no viole los principios de orden público del Estado donde pretenda hacerse valer, o sea contrario a su Derecho positivo.

Por otra parte, también tenemos que el efecto vinculante del Derecho suave (*Soft law*) se adquiere mediante su aplicación en los tribunales arbitrales (cuando las partes hayan decidido someter sus controversias a estos tribunales), quienes son usuarios y desarrolladores de este. La importancia del uso de Derecho suave (*Soft law*) en el contexto del arbitraje radica en su poder descriptivo, es decir que se proporciona un marco jurídico neutro compuesto de reglas del juego necesarias para un marco estable y transnacional para la realización de negocios. Los *Incoterms* son un ejemplo de este marco descriptivo y facilitador (Di Matteo, 2013), de igual forma exterioriza Pereznieta Castro (2013) que cuando existe una cláusula de Derecho aplicable en donde se determine a la *Lex Mercatoria* o al Derecho suave (*Soft law*) como tal, los árbitros deben construir su decisión de manera que corresponda a la legítima voluntad de las partes; concediendo efectos vinculantes a los Derechos escogidos por ellos (las partes), asimismo considera Carrasco González (2011) que la cláusula del Derecho o la ley aplicable debe ser una de las más importantes en los contratos internacionales.

El árbitro ha de ser fiel cumplidor del mandato de las partes sobre el Derecho aplicable, pues sus facultades están limitadas por el poder que ellas le han conferido, pues, debe acomodarse a dicha remisión y aplicar el bloque normativo seleccionado, de esta manera la *Lex Mercatoria* propia o bien manifestada por un instrumento de Derecho suave (*Soft law*) se ha convertido en un elemento fundamental, considerada por la jurisprudencia arbitral con el mismo rango que los sistemas jurídicos estatales, afirmando expresamente la juridicidad de sus normas precisándolas e, incluso, creándolas (Fernández Rozas, 2004).

Como bien destaca Oviedo Albán (2012), estos instrumentos cuyo valor normativo no depende de la voluntad legislativa de los Estados, sino de la voluntad de las partes de incorporarlos a los contratos, depende también de la decisión de los árbitros y jueces de fallar conforme a ellos al reconocerlos como manifestación de la *Lex Mercatoria* o, en defi-

nitiva, por su propia fuerza persuasiva, tal como ha sucedido con los Principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales; las reglas y usos uniformes sobre crédito documentario; los *Incoterms*, etc. Sin embargo, al igual que la autonomía conflictual, presenta sus limitantes siempre devenidas del ordenamiento nacional; y es que todo funciona satisfactoriamente hasta el momento de ejecutar la decisión de los árbitros en algún Estado mediante sus órganos jurisdiccionales, los cuales podrán negarse a reconocer legitimidad de la jurisdicción arbitral, al Derecho seleccionado o creado por las partes en razón de sus intereses y al laudo resultante. Así, la eficacia y ejecutabilidad del laudo arbitral puede caer en riesgo (Revoredo de Mur, 1994).

Sin embargo, hoy en día, existe una clara tendencia en el Derecho contemporáneo de los Estados a admitir la validez del pacto de elección de Derecho aplicable a contratos internacionales, así como la jurisdicción arbitral y el reconocimiento de sus laudos internacionales. En Nicaragua, la *Ley de mediación y arbitraje* (2005), en su artículo 54, permite que el tribunal arbitral decida el litigio de conformidad con las normas de Derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del asunto, y en sus decisiones tendrá en cuenta los usos y costumbres aplicables al caso; la estructura del articulado prioriza la escogencia de un Derecho sustantivo, lo que puede generar críticas sobre la permisión de un instrumento de Derecho suave (*Soft law*).

Para los autores nicaragüenses Orúe Cruz & Meza Gutiérrez (2009), en todos los asuntos, además de las cláusulas contractuales, debe tomar el tribunal arbitral en cuenta los usos y costumbres que resultaren aplicables, en caso de ser necesario, auxiliándose igualmente de instrumentos tales como los *Incoterms*. En este mismo sentido, Robleto Arana (2010) expresa que el tribunal debe resolver en base al ordenamiento jurídico que las partes decidan, sobre esto debe comprenderse que este ordenamiento, a como bien afirma, puede ser la *Lex Mercatoria*, afirmación con

la estamos completamente de acuerdo, a pesar de que la ley enuncia que debe entenderse como Derecho sustantivo de un Estado: "...Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado" (Ley de mediación y arbitraje, 2005, art. 54). Tal como manifestamos, consideramos que la legislación nicaragüense propende a una aplicación del Derecho estatal, y es que cuando no se establece un Derecho aplicable por las partes, el articulado permite al tribunal arbitral determinar la "ley aplicable", por lo que consideramos que la redacción correcta debería ser: "un Derecho aplicable", porque el tribunal no solo debe ceñirse a determinar a un "Ley" Estatal.

En consonancia con este instrumento legal, el *Código de procedimiento civil* (2015), en su artículo 27, determina que en caso de existir un acuerdo arbitral para someter la controversia, los jueces civiles deberán abstenerse de conocer. De igual manera el art. 410 limita la ejecución del laudo arbitral, hasta que por medio del análisis la autoridad judicial competente verifique el respeto a las normas de orden público y la legalidad de su contenido, y si se cumple con ello despachará ejecución. No obstante, su denegación se hará mediante auto, contra el que cabe recurso de apelación. Sobre esto podemos apuntar que existe la posibilidad que el Judicial restrinja la autonomía de la voluntad dado que del examen que realice del asunto en cuestión pueda establecer en su fallo que las decisiones adoptadas por las partes contravienen el orden público nicaragüense primando la voluntad Estatal y protegiendo su estructura legislativa, también debe tomarse en cuenta que Nicaragua es parte de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, conocida como la Convención de Nueva York de 1958, que establece que las decisiones arbitrales pueden ser exigidas y perseguidas en tribunales nacionales.

Sin embargo, en otras sedes estatales, las decisiones judiciales confieren efectos vinculantes a los instrumentos, es así que Giménez Corte (2002)

y Jaramillo Vernaza (2010) consideran que el Juez debe determinar el Derecho aplicable a la garantía internacional, recurriendo a la costumbre jurídica transnacional, o a la *Lex Mercatoria*, y aplicarla aun sin elección expresa por las partes. Lo que permite ser fuente de pronunciamientos judiciales posteriores, denotando una inclusión directa de estos instrumentos y otorgándole un carácter vinculante. Por ejemplo, en Colombia, la Corte Suprema de Justicia en fallo de 21 de febrero de 2012 se pronunció favorablemente en pro de la posibilidad de escoger como ley del contrato un instrumento de Derecho suave (*Soft law*) como son los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Oviedo Albán, 2012), particularmente aun en Nicaragua no existe sentencia alguna por parte de la Corte Suprema de Justicia en donde se pronuncie sobre este aspecto, sin embargo la legislación mercantil y arbitral, en teoría, está encaminada a favorecer la aplicación de usos y costumbres, aunque no sin antes de haberse realizado un control de legalidad por parte del órgano judicial a como bien lo hemos analizado, más aun cuando nuestras leyes no utilizan los términos correctos.

Hemos construido firmemente la diferencia entre *Lex Mercatoria* y Derecho suave (*Soft law*), al igual que su intrínseca relación, demostrando la integración de dos realidades fundamentales para el comercio y la contratación internacional, así como el fundamento doctrinario, aunque paradójico, del carácter vinculante de este tipo de instrumentos y sus limitantes derivadas de los ordenamientos nacionales. Hasta este punto nuestra investigación ha cumplido abundantemente con sus objetivos, entramando nuestra posición frente a este amplio espacio de análisis que genera el Derecho suave (*Soft law*) y, a la par de él, la *Lex Mercatoria*. Dentro del espectro de instrumentos de Derecho suave existen, sin un número de ellos, no obstante para nuestra investigación y lograr demostrar la exclusiva relación que edificamos entre *Lex Mercatoria* y Derecho suave (*Soft law*) hemos escogido a los *Incoterms* como instrumentos nacidos de ambas vertientes, con los que expondremos de manera más pun-

tual su indudable utilidad como instrumentos de *Soft law* tanto para el comercio como para la contratación internacional, y la recepción en los Derechos nacionales.

IV. LOS INCOTERMS COMO INSTRUMENTO DERECHO SUAVE (*SOFT LAW*)

Antes de iniciar el abordaje de estos términos, considerados como una manifestación de la *Lex Mercatoria* traducida en un instrumento de Derecho Suave (*Soft Law*), queremos plasmar lo expresado por Herrera Espinoza & Guzmán García (2014), quienes apunta que la propia práctica del comercio internacional ha favorecido a la *Lex Mercatoria*; convirtiendo a los usos y practicas uniformes elaborados por los propios operadores económicos en una serie de cláusulas contractuales y términos que facilitan la negociación, es así que la Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha desarrollado una importante labor de creación, recopilación y difusión de estos usos y reglas uniformes, cuya manifestación más relevante son los llamados *Incoterms*.

1. Evolución, conceptualización y naturaleza jurídica de los *Incoterms*

Desde inicio del pasado siglo, el comercio internacional experimentó gran auge, sin embargo al empresario comerciante, que a título individual o agrupado en sociedades mercantiles comerciaba con otras naciones, se le presentaban graves problemas, relacionados con el desconocimiento de las leyes de otros Estados; el de sus usos y costumbres; el idioma, entre otros. Por ello, fue objetivo de la Cámara de Comercio Internacionales (CCI), el crear unas normas sintéticas que permitiesen, con el mínimo esfuerzo, conocer los derechos y obligaciones de las partes, sobre todo las más esenciales (Chuliá Vicent & Beltrán Alandete, 1995); por su parte Fratolocchi (1994) apunta a que el origen de estos términos, ade-

más de vincularse con el desarrollo del comercio mundial, se sustenta en la necesidad de sistematizar ciertos usos y costumbres en la compraventa internacional de mercaderías.

Es así que, en el primer congreso de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), realizado en París en 1920, se iniciaron los trabajos que resultaron en el estudio del derecho, usos y prácticas de más de 30 países, conclusiones que se editaron en 1928, pero fueron publicados por primera vez en 1936, por la ya citada cámara. Estas obtienen gran éxito. No obstante, el uso y la experiencia aconsejaron reformas en 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 y 2010 (última versión, actualmente vigente).

Los *Incoterms* se crearon para ser aplicados en las contrataciones de compraventa internacional de mercaderías. Estos regulan las obligaciones, costes y riesgos que implica la entrega de las mercancías de los vendedores a los compradores, de manera más concreta disponen el lugar y condiciones de entrega de las mercancías, la transmisión de los riesgos del vendedor al comprador en el momento de la entrega, y el reparto de costes, como los de seguro, flete o las licencias de importación y entrega de documentos. A medida que se incrementaba el uso de estos términos, la lista inicial de precisiones y sistematizaciones de los términos comerciales internacionales (la que incluía 11 términos) ha ido produciendo una serie de actualizaciones; en algunos casos eliminando e incluyendo nuevos términos, o bien, modificándolos (Huamán Sialer, 2013). Es necesario precisar que la evolución de dichos términos también obedece a las nuevas tendencias del comercio, así como la creación de nuevos usos y costumbres a nivel internacional.

La versión actual recoge 11 términos, y en esta ocasión la Cámara de Comercio Internacional (2010) tomó en consideración la gran influencia que la economía global ha ejercido sobre las empresas, lo que ha permitido la apertura a nuevos mercados, aumentando el tráfico comercial internacional y nacional. Es por esto que se ha autorizado que estos usos puedan

utilizarse en contratos de compraventa nacional. Otro aspecto relevante de esta última versión versa sobre la comunicación electrónica, siendo que las reglas *Incoterms 2010* otorgan ahora a los medios de comunicación electrónicos el mismo efecto que la comunicación en papel, en la medida en que las partes así lo acuerdan o cuando se lleva a cabo con fundamento en la costumbre. Esta fórmula facilita la evolución de nuevos procedimientos electrónicos durante la vigencia de estas reglas.

Los términos que contiene la versión actual son: EXW (Entrega en Fábrica en lugar convenido), FCA (Franco transportista lugar convenido), FAS (Franco al costado del buque puerto de carga convenido), FOB (Franco a bordo en puerto de carga convenido), CFR (Coste y flete hasta puerto de destino convenido) CPT (Transporte pagado hasta puerto de destino convenido), CIF (Coste, seguro y flete), CIP (Transporte y seguro pagados hasta, puerto de destino convenido), DAT (Entregado en terminal de puerto de destino convenido), DAP (Entregado en un punto, lugar de destino convenido) y DDP (Entregado derechos pagados hasta lugar de destino convenido); estos se encuentran agrupados en cuatro grupos.

El grupo E implica el mínimo de obligaciones para el vendedor, pues este cumplirá su obligación de entrega poniendo a disposición del comprador la mercancía en su propio almacén o fábrica; el grupo F tiene como característica común el hecho de que dejan a cargo del comprador los gastos principales del transporte de la mercadería; mientras el vendedor se obliga a entregar la mercancía al transportista, designado por el adquirente, en un lugar y tiempo determinado y hasta ese momento asume los gastos de transporte y los riesgos derivados de la posible pérdida o daño de los bienes negociados; el grupo C se caracteriza porque la entrega se produce, como norma general, en el medio de transporte designado por el vendedor, quien corre con los gastos de transporte, pero no asume los riesgos de pérdida o daño de la mercancía desde el momento en que se produce la entrega, por último, en el grupo D el exportador

asume todos los gastos y riesgos necesarios para llevar las mercancías a un lugar específico dentro del país de destino y el importador tiene menos obligaciones y recibe los bienes en su propia bodega (Calderón Marengo, 2017).

Para Marzorati (1993) los *Incoterms* son un conjunto de reglas aplicables internacionalmente y destinadas a facilitar la interpretación de los términos comerciales comúnmente utilizables, en el fondo son usos y costumbres codificados de aplicación no obligatoria. Huamán Sialer (2013) adiciona que son una redacción sumaria de las costumbres internacionales que constituyen un Derecho, elegido por las partes. De su conceptualización podemos deducir su naturaleza jurídica la cual es meramente dispositiva, y es que si bien es muy importante reconocer el funcionamiento de los *Incoterms*, no debemos olvidar que no son normas obligatorias para las partes, a menos que así lo acuerden expresamente, incluyendo su sigla en el contrato de compraventa internacional de mercaderías, por tanto su origen o naturaleza viene dada por la voluntad las partes, en tanto que estos términos son dispositivos, pueden incluirse o no en los contratos según lo que ellas acuerden.

Es por esto que Jerez Riesco (2007) asevera que estos términos tienen carácter facultativo, por lo que se pueden celebrar contratos de compraventa internacional sin tomarlos en cuenta ni consideración. Asimismo, Boyeras Schumman (2012) sostiene que: “la naturaleza de los *Incoterms* es contractual y no normativa. A pesar de ello, esa ausencia de carácter normativo no supone una merma en la importancia de los *Incoterms* en la práctica internacional” (p. 126). Sobre la base de estas reflexiones doctrinarias, indudablemente, nos parece que la naturaleza de estos términos es la de tratarse de normas de carácter dispositivo, otorgándole a la parte la facultad de poder disponer o no de ellos en sus contrataciones, esto también deviene por ser característico de los usos y costumbres, o bien, de la *Lex Mercatoria*.

2. Los *Incoterms* como manifestación de *Lex Mercatoria* e instrumento de Derecho suave (*Soft Law*)

Razona Fernández Rozas (2004) que la condición de los *Incoterms*, meramente facultativa, configura la cristalización de una serie de prácticas comerciales internacionales, que se han normalizado y sistematizado con el ánimo de armonizar las operaciones internacionales de comercio internacional. Su gran difusión, con la que cuentan hoy, les ha dotado de un valor considerable como auténticas normas reguladoras de las relaciones contractuales entre las partes. Atendiendo al hecho de que estos son una redacción sumaria de la costumbre, los *Incoterms* son un reflejo de la denominada *Lex Mercatoria* (Ortega Giménez, 2008). En la edificación de la afirmación anterior participan Fernández de la Gándara & Calvo Caravaca (1995), para ellos la *Lex Mercatoria* se traduce en la acción normativa de los comerciantes mediante corporaciones profesionales y que además son independientes del Derecho estatal, tal como sucede con los *Incoterms*.

Bajo el concepto de *Lex Mercatoria*, que plasmamos líneas arriba, los *Incoterms* pueden ser acogidos dentro del mismo, dado que se ha reconocido que son usos y costumbres que se han compilado desde 1936 por la Cámara de Comercio Internacional, procurando facilitar una serie de términos de forma universal, en los contratos de compraventa internacional de mercaderías, especificando los derechos y obligaciones de las partes bajo cada uno de ellos. Es posible dejar asentado y con precisión que los usos y costumbres profesionales o locales que las partes han establecido en sus tratos los convierte en un Derecho que se superpone a las leyes nacionales, lo que permite dar vida a los *Incoterms* como manifestación de una *Lex Mercatoria* debidamente sistematizada (Acosta, 2002).

Tanto Bernitz (2013) como Chavarría Chávez (2013) aseguran firmemente que los *Incoterms*, gozan del estatus de práctica comercial, convirtiéndolos directamente en una manifestación de la *Lex Mercatoria*, por tanto en ellos se manifiestan los elementos integradores de este ordena-

miento jurídico. Son entonces, los *Incoterms* un componente de la *Lex Mercatoria*, proveniente de una asociación gremial con autoridad para indicar que ciertas reglas y usos que de manera constante se están utilizando en el comercio internacional pueden instrumentalizarse.

Ahora bien, los *Incoterms*, además de ser una manifestación de la *Lex Mercatoria*, su sistematización por parte de la CCI les concede la categoría de instrumentos de Derecho suave (*Soft law*), y es que atendiendo a sus características no poseen verdadera fuerza normativa, en tanto no han surgido de un tratado entre Estados. Estas cláusulas tampoco quedan incorporadas a los Derechos nacionales mediante ningún acto normativo. Por tanto no pueden ser considerados como normas legales, dado que estos términos fueron elaborados por un organismo privado, fieles a las características de instrumentos de *Soft law*. Por ende son carentes de valor vinculante al no estar dotadas de fuerza coercitiva y, además, no se imponen a los contratantes si no es por medio de los acuerdos de voluntades (Oviedo Albán, 2003).

Como es evidente, no tienen fuerza de ley, se aplican única y exclusivamente cuando las partes han hecho referencia expresa a estos términos, lo que les confiere, sin duda alguna, el rasgo distintivo de su efecto jurídico, mas no vinculante, lo que encaja dentro de los códigos de conducta, como parte de la clasificación de los instrumentos considerados como Derecho suave (*Soft law*), que no entran en conflicto con normas imperativas o de orden público (Rodríguez Fernández, 2010), aunque, como ya hemos visto, en ciertas ocasiones pueden encontrar ciertas limitantes. Como demostramos en los acápites anteriores, los instrumentos de Derecho suave (*Soft law*), aunque suene incongruente, si se revisten de fuerza vinculante mediante la configuración de la autonomía de la voluntad, ello no es diferente con los *Incoterms*, es así que procederemos a evidenciar la manera de cómo estos adquieren este carácter.

3. Efecto vinculante de los *Incoterms* como instrumento de Derecho Suave (*Soft Law*)

Definitivamente, lo obvio es que el efecto vinculante viene dado por la autonomía conflictual de las partes, sin embargo, a como mencionamos, estos términos solo pueden utilizarse en los negocios jurídicos de compraventa internacional de mercaderías, por ende ellos tiene una especial vinculación con la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, instrumento reconocido por la doctrina como uno de los mayores éxitos de la creación de un Derecho uniforme internacional que brinda seguridad jurídica a los comerciantes, con el ánimo de facilitar los intercambios de bienes, capitales y servicios en un momento que tiende a la globalización económica, denotando así la creación de un Derecho supra nacional (Calderón Marenco, 2017).

Sobre esto debemos apuntar que los Estados partes de esta convención, reconocen la plena aplicación de los usos y costumbres en este tipo de negocio jurídico, lo que se manifiesta en un instrumento de Derecho duro (*Hard law*). En este sentido, expresa Ruiz Castellanos (2012) que la validez jurídica de estos términos proviene directamente de la Convención, a través de lo dispuesto en el art. 9. Por este motivo serían directamente aplicables al margen de lo dispuesto por los contratantes, afirmación que no compartimos del todo, debido a que ese hecho no los convierte en un instrumento vinculante, pero si les confiere a las partes mayor certeza y seguridad por la validez que le otorga esta convención como instrumento imperativo de los Estados.

La posición de Alzate Ossa (2013) radica en que la Convención de Viena de 1980 hace prevalecer los usos y prácticas mercantiles que las partes hayan convenido o establecido entre ellas, dentro de las cuales están preponderantemente los *Incoterms*; esto aunque las partes expresamente así no lo estipulen en el clausulado contractual, sin olvidar, claro está, el carácter marcadamente dispositivo de tales términos. La elección voluntaria para

incorporar los términos encuentra su sustento en el art. 6 de la citada convención, siendo que establece la posibilidad de que las partes desplacen total o parcialmente las normas de la Convención en favor de normas o regulaciones ajenas al mismo, que en este caso podrían ser los *Incoterms*. Razonamos que tanto el artículo 6 como el artículo 9 son complementarios, siendo fieles al fin primordial del comercio como es la celeridad y adaptabilidad del mismo a las nuevas prácticas comerciales, por ende la convención va más allá de un simple texto normativo, lo cual permite la integración de la *Lex Mercatoria* (Calderón Marenco, 2017, p. 34).

Así mismo, lo confirmó la *Courd'appel* de Versailles, Francia, en el Caso *CLOUT No 225* del 29 de enero de 1998, quien se ha ocupado de la relación entre el párrafo 2 del artículo 9 y los *Incoterms*, afirmando que están incorporados en la convención en virtud del párrafo 2 del artículo 9. Con arreglo a este artículo las definiciones de los *Incoterms* deben aplicarse al contrato aunque no haya una referencia expresa a ellos en este. Así, el tribunal sostuvo que, al incorporar un término CIF a su contrato, las partes tenían la intención de aludir a la definición de ese término (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2010).

En razón de esto, los *Incoterms* cobran vida mediante la autonomía conflictual. Su acogimiento y cumplimiento deviene en voluntario y facultativo, lo que los convierte obligatorio para las partes que los han invocado en sus contratos. Oviedo Albán (2011) al respecto indica que las partes en uso de la libertad de pacto (autonomía conflictual), al escoger la ley del contrato podrían designar como tal un instrumento jurídico de *Soft law*, tales como los *Incoterms*. No obstante, el carácter vinculante también se adquiere mediante el reconocimiento que les otorgan los tribunales arbitrales.

Un ejemplo de esto es el laudo de la CCI número 8502, en donde las partes del contrato no acordaron expresamente la ley aplicable al mismo, hecho que no significó para el tribunal que el pacto de ley aplicable no

podiera deducirse de las relaciones entre las partes. No obstante, ellas habían hecho referencia a usos del comercio internacional, como los términos *Incoterms* 1990. Asumió el tribunal que la ley que debía regir el contrato eran las prácticas admitidas bajo el derecho del comercio internacional, sobre los cuales resolvieron el fondo del asunto, por consiguiente notamos que el reconocimiento y carácter vinculante vienen dado por estos tribunales.

Para finalizar las reflexiones de este acápite, debe tomarse en consideración que de los resultados de las prácticas comerciales internacionales y de la actividad institucional en el ámbito internacional pueden ser, asimismo, objeto de recepción individual por los distintos sistemas estatales, a través de la codificación interna. Ya bien lo dice Fernández Rozas (2000), nada impide que el legislador estatal utilice la técnica de la incorporación material, hacer suyas las leyes modelo o textos internacionales sobre arbitraje o usos y prácticas mercantiles; si bien es cierto le otorgaría de forma directa el efecto vinculante al convertirlos en instrumentos de Derecho duro (*Hard law*), sin embargo perdería la flexibilidad que hasta el día de hoy les ha ganado reconocimiento. Por tanto, debe hacerse una valoración precisa al momento de positivizar usos, costumbres o instrumentos de Derecho suave (*Soft law*).

Como corolario de esta investigación es preciso apuntar que definitivamente hemos dejado establecido la diferencia que guarda el Derecho suave (*Soft law*) y la *Lex Mercatoria*, así como su intrínseca relación a partir del comercio internacional y de la proliferación de actores estatales que demanda su propia regulación con el ánimo de alegarse de las legislaciones estatales, es por esto que han creado instrumentos Derecho suave (*Soft law*), carentes de efecto jurídicos, que se nutre de la *Lex Mercatoria* (usos y costumbres comerciales internacionales), es decir que una vía para normar a la tan sonada *Lex Mercatoria* son los instrumentos de este Derecho; por lo que podemos vislumbrar que estas dos realidades autó-

nomas se complementan y encuentran cabida a partir de su vinculación en las contrataciones internacionales mediante la autonomía conflictual.

El mejor ejemplo que hemos podido traer a colación para su análisis son los *Incoterms* quienes son una manifestación de la *Lex Mercatoria* y se han plasmado en instrumentos de Derecho suave (*Soft law*), resaltando su carácter facultativo, y es que mediante la incorporación a los contratos internacionales como Derecho aplicable, les confiere carácter vinculante. Asimismo hemos repasado en líneas anteriores que estas realidades y sus manifestaciones no están exentas de problemas a partir de contraponerlos con los sistemas imperativos estatales, sin embargo estructuramos las posibles soluciones que puede tomarse para complementar la validez de los mismos.

V. CONCLUSIONES

La regulación del comercio tanto a nivel nacional como internacional, ha dependido desde sus inicios de sus operadores, los comerciantes, y es que el comercio se ha valido de los usos y costumbres que se han creado en el seno de esta sociedad, con el ánimo de alejarse de las aplicaciones de normas estatales que no son congruentes con las prácticas comerciales, por su rigidez, y más aún en el plano internacional. En un comienzo, estos usos y costumbres se le denominaron *Lex Mercatoria*, la cual se erigió para consagrar las buenas prácticas que regían la actividad comercial; sin embargo, con el transcurrir del tiempo los usos y costumbres fueron sometidos al proceso de codificación, es entonces que la sociedad de comerciantes debía regirse por las normas emitidas por los órganos estatales, que en cierta medida brindaban seguridad jurídica.

Con el tiempo, la práctica del comercio ha trascendido fronteras, las interrelaciones entre sujetos de distintos Estados es más común, máxime con el intercambio de bienes y servicios que permite la apertura a diferentes mercados y economías, esto también atiende a la fuerte influencia del

fenómeno de la globalización, que ha reclamado un espacio en distintos ámbitos del ser humano y el Estado, entre ellos el comercio y el Derecho. Sobre este orden de ideas, el comercio se ha caracterizado por su agilidad y flexibilidad que no siempre son acordes a las normas imperativas, las que crean camisas de fuerza en las relaciones internacionales, más específicamente en las contrataciones de compraventa internacional de mercaderías.

En el ámbito internacional, los comerciantes han optado por regirse por sus propias costumbres, aplicando Derechos creados por sus propias manos. Esto ha permitido el resurgimiento de la *Lex Mercatoria* considerándose como un ordenamiento jurídico independiente. Es así que hemos demostrado de manera contundente la existencia de este Derecho espontáneo, autónomo, y uniforme que tiende de manera natural a alejarse de las regulaciones estatales, intentando de esta manera dar solución definitiva a los nuevos conflictos del comercio, por eso la *Lex Mercatoria* constituye un factor trascendental en el marco de las transacciones comerciales internacionales, a pesar de las críticas que le realizan los positivistas, quienes defienden la potestad soberana del Estado de crear normas.

La *Lex Mercatoria* es una fuente de Derecho propia del comercio, es un ordenamiento que engloba una serie de usos y costumbres; sin embargo también le confiere en muchas ocasiones validez a instrumentos creados por organismos internacionales que la expresan o plasman en sus contenidos. La sociedad de comerciantes ha otorgado la facultad a sus integrantes de dictarse sus propias reglas, desconociendo cualquier tipo de soberanía estatal, al mejor estilo del Derecho clásico mercantil. Las características de estas normas están estrechamente vinculadas con el término Derecho Suave (*Soft law*), acuñado por Lord McNair, el cual es utilizado para denominar a todos aquellos instrumentos creados por asociaciones profesionales o por los organismos internacionales, cuya característica principal es no poseer efectos vinculante pero si efectos jurídicos. Ahora bien, habrá que acotar que estos instrumentos pueden manifestarse en

cualquier contenido o materia del Derecho (derechos humanos, propiedad intelectual, comercial, etc.)

Estos instrumentos han sido contrastados con las normas imperativas de Derecho Duro (*Hard law*), dado que su principal debilidad se manifiesta en su flexibilidad ante las normas imperativas, lo que es cuestionable desde el aspecto de la seguridad jurídica, máxime que son normas que provienen de actores no estatales, por ende se contraponen con la tradicional forma de hacer normas. Sin embargo la debilidad que se muestra frente a este Derecho imperativo le resulta ventajoso al Derecho comercial internacional, una realidad que en ciertas ocasiones ha encontrado respuestas por la vía del Derecho uniforme, los instrumentos de Derecho suave (*Soft law*) procuran una uniformidad en este ámbito. Esto se debe a que, en el dinámico contexto del mercado internacional, opciones como la del Derecho suave (*Soft law*) resultan especialmente apropiadas por la eficiencia de sus respuestas y soluciones, por su inmediatez y por adecuarse a los intereses de las partes contratantes, a como bien lo hemos puntualizado en el cuerpo de este trabajo.

La *Lex Mercatoria* y el Derecho suave (*Soft law*) guardan una intrínseca relación, y es que en el comercio internacional la primera se manifiesta mediante instrumentos de este tipo Derecho, especialmente porque ambos carecen de efectos vinculantes. En otras palabras, los usos y costumbres en ciertas ocasiones se traducen mediante el *Soft law*. Ambos encuentran limitantes en el orden público y las normas imperativas Estatales, pero localizan su fuerza vinculante mediante la autonomía conflictual de las partes contratantes, imponiéndose la libertad de ellos al momento de elegir el Derecho aplicable a sus contrataciones. Cabe entender que este Derecho no puede ser únicamente una ley Estatal, de modo que aquí es donde tiene cabida la noción de un ordenamiento jurídico constituido y compuesto por la *Lex Mercatoria* y los instrumentos Derecho suave (*Soft law*). No obstante, no solo mediante la autono-

mía conflictual puede adquirir efectos vinculantes sino también por las disposiciones de los tribunales arbitrales quienes en sus laudos reconocen la existencia de estos Derechos y el pleno respeto a la voluntad de las partes, en otras veces, también lo encontramos en las resoluciones judiciales, donde los jueces aplican normas de Derecho suave (*Soft law*).

Para finalizar con este análisis, en esta investigación hemos puesto de manifiesto que un ejemplo palpable de estas dos realidades integradas son los *Incoterms*, usos y costumbres que fueron compilados por la CCI en 1936. Términos que a todas luces son una clara manifestación de la *Lex Mercatoria*, y se han materializado mediante un instrumento de Derecho suave (*Soft law*). Ellos han sufrido el inevitable efecto de la evolución y la globalización, es por esto que han sido reformados dando pauta a la inclusión de costumbres y usos que se han actualizado, algunos de ellos por el constante avance de la tecnología. Además, se han revelado como un producto de la unificación del Derecho comercial internacional en materia de compraventa internacional de mercaderías, y que los Estados se han visto obligados a conceder un amplio margen de aceptación mediante la inclusión en las cláusulas contractuales.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACOSTA, F. (2002). *Incoterms, Términos de Compraventa Internacional*. México: Ediciones Fiscales ISEF.

ALL, P. M. (2013). Algunos interrogantes sobre la fuerza y la debilidad de la codificación privada internacional. En D. Fernández Arroyo, *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración* (págs. 169-204). Asunción: CEDEP.

ALZATE OSSA, M. (2013). Los Incoterms, el contrato de seguro y la compraventa internacional de mercaderías: la transferencia del dominio y del riesgo en el contrato de compraventa internacional y los Incoterms, y su relación con el interés asegurable y la cobertura en el contrato. *PRINCIPIA IURIS*, (19), 269-324.

- AYOGLU, T. (2014). *Some Reflectionson the Sources of Lex Mercatoria*. Recuperado de https://www.trans-lex.org/bibliopdfs/tolga_ayoglu.pdf.
- BERNITZ, U. (2013). Commercial norms and soft law. *Scandinavian studies in law*, (58), 29-44.
- BORETTO, M. M. (2012). Soft Law. Nuevos enfoques para el desarrollo progresivo del Derecho Internacional de la Propiedad Intelectual. *Ars Boni Et Aequi*, (2), 81-144.
- BOUZA VIDAL, N. (2005). *Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y ley aplicables a los contratos internacionales*. Recuperado de: http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2004/2004_5.pdf.
- BOYERAS SCHUMMAN, D. (2012). *La Compraventa Internacional de Mercaderías la modalidad FOB* (Tesis Inédita de Doctorado). Universidad Autónoma de Barcelona, España.
- CALDERÓN MARENCO, E.A. (2017). Aplicación normativa de la compraventa internacional de mercaderías. *Revista de Derecho*, (22), 37-60.
- Cámara de Comercio Internacional. (2010). *Reglas de ICC para el uso de términos comerciales nacionales e internacionales*. Barcelona: Apograf S.A.
- CASTRILLÓN Y LUNA, V. (2003). *Contratos Mercantiles* (2da ed.). Ciudad de México: Porrúa.
- CARRASCO GONZÁLEZ, J. (2011). *La redacción de los contratos internacionales*. Madrid: Colex.
- CHAVARRÍA CHÁVEZ, P. M. (2013). Los Incoterms 2010 y su aplicación en el comercio internacional. *Revista Judicial*, (108), 202-228.
- CHULIÁ VICENT, E., & Beltrán Alandete, T. (1995). *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- CLERC, C. (2013). El Derecho Internacional Privado y los procesos globalizadores. *Prolegómenos*, 16(32), 15-30.

Código Civil de la República de Nicaragua. Publicado en la *Gaceta Diario Oficial* No. 2148 del 5 de febrero de 1904. Nicaragua.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2010). *Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. Nueva York: Naciones Unidas.

CORTES CABRERA, B. A. (2014). El Soft law y su aplicación en el derecho comercial. *Revista Tribuna Internacional*, 3 (6), 55-69.

DÁVALOS FERNÁNDEZ, R. (2003). La regulación jurídica del contrato internacional. *Revista Cubana de Derecho*, (21), 4-56.

DÍAZ BRAVO, A. (2007). *Derecho Mercantil* (2da ed.). México: Iure Editores.

DIMATTEO, L. A. (2013). *Soft law and the principle of fair and equitable decision making in international contract arbitration*. Recuperado de <http://cjcl.oxfordjournals.org>.

ESPINOZA QUINTERO, L. (2009). Principio de Autonomía de la Voluntad e instrumentos de carácter internacional en el sistema jurídico colombiano. *Civilizar ciencias sociales y humanas*, 9(16), 15-40.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., & Calvo Caravaca, A. L. (1995). *Derecho Mercantil Internacional* (2da ed.). Madrid: Editorial Tecnos S.A.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (2004). *Anuario de Derecho Internacional Privado*. Madrid: Iprolex.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (2000). El derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización. *Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, (5), 161-230.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (2010). Autorregulación y Unificación del Derecho de los Negocios Internacionales. En J. V. González García (Dir.), *Derecho de la regulación económica* (Vol. VIII, págs. 83-138). Madrid: Iustel.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., Arenas García, R., & De Miguel Asensio, P. A. (2013). *Derecho de los negocios internacionales* (4ta ed.). Madrid: Iustel.

- FRATALOCCHI, A. (1994). *Incoterms contratos y comercio exterior*. Buenos Aires: Ediciones Macchi.
- GALIANA SAURA, A. (2016). La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa. *AFD*, (XXXII), 297-322.
- GARCÍA CASTILLO, T. (s.f.). *Lex contractus en los contratos internacionales*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2776/7.pdf>.
- GIMÉNEZ CORTE, C. (2002). Lex Mercatoria, garantías independientes y coacción extra estatal. *Revista de Derecho Internacional y Mercosur*, (3), 343-361.
- GONZÁLEZ MARTÍN, N. (2011). Private international law in Latin America: from Hard to Soft law. *Anuario mexicano de Derecho Internacional*, XI, 393-405.
- GONZÁLEZ RIVERA, T.V., & Castrillón y Luna, V. M. (2015). *La codificación del derecho mercantil internacional*. México: Porrúa.
- HERRERA ESPINOZA, J. J., & Guzmán García, J. (2014). *Contratos Civiles y Mercantiles* (3ra ed.). Managua: Universidad Centroamericana (UCA).
- HUAMÁN SIALER, M. A. (2013). Comentarios a las innovaciones de los Incoterms 2010. *LEX*, 12, 321-346.
- JEREZ RIESCO, J. L. (2007). *Comercio Internacional* (3ra ed.). Madrid: ESIC Editorial.
- LEIBLE, S. (2011). La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales. *Cuaderno de Derecho Transnacional*, 3 (1), 214-233.
- Ley No. 540. Ley de mediación y arbitraje. Publicada en la *Gaceta Diario Oficial* No. 122, del 24 de Junio del 2005. Nicaragua.
- Ley No. 902. Código de Procedimiento Civil de la Republica de Nicaragua. Publicada en la *Gaceta Diario Oficial* No. 191, del 9 de Octubre del 2015. Nicaragua.
- MARZORATI, O. (1993). *Derecho de los Negocios Internacionales*. Buenos Aires: Astrea.
- MAZUELOS BELLIDO, A. (2004). Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces? *Revista electrónica de estudios internacionales*, (8), 1-40.

- MEDINA GONZÁLEZ, K. A. (2016). *La presencia del Soft Law en el derecho administrativo colombiano. Los documentos Conpes como manifestación del Soft Law en Colombia* (Tesis inédita de Maestría en Derecho Administrativo). Universidad del Rosario, Bogotá D.C.
- NAVARRO PENTÓN, A. G. (2009). *Régimen Jurídico de la compraventa internacional de mercaderías en Europa y América latina: ¿Un sistema eficiente?* (Tesis Inédita de Doctorado). Universidad de Granada, España.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A. (2008). *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Confianza en el Comercio*. Madrid: ICEX.
- ORÚE CRUZ, J. R., & Meza Gutiérrez, M. A. (2009). *La mediación y el arbitraje*. Managua: Universidad Centroamericana (UCA).
- ORTIZ VIDAL, M. D. (2012). *Contratación Internacional y espacio jurídico europeo: el principio de proximidad en el Reglamento de Roma I* (Tesis Inédita de doctorado). Universidad de Zaragoza, España.
- OVIDO ALBÁN, J. (2003). Instituciones jurídicas en procesos de integración y globalización: la formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías. *Vniversitas*, (105), 463-552.
- OVIDO ALBÁN, J. (2011). *Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías. Aplicaciones jurisprudenciales*. Saarbrücken: Editorial Academia Española.
- OVIDO ALBÁN, J. (2012). La ley aplicable a los contratos internacionales. *Revista colombiana de Derecho Internacional*, (21), 117-157.
- PEREZNIETO CASTRO, L. (1999). *Derecho Internacional Privado* (7ma ed.). México: Oxford.
- PEREZNIETO CASTRO, L. (2012). La revolución del Derecho Internacional Privado en el mundo de hoy. *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, (21), 401-419.
- PEREZNIETO CASTRO, L., & Silva Silva, J. A. (1995). *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. México: Oxford.
- PEREZNIETO, L. (2013). *Tratado de arbitraje comercial internacional mexicano*. México: Editorial Limusa.

- RAPALLINI, L. E. (2011). Evolución del “Ius Mercatorum” como fuente del derecho internacional privado del comercio. *Anales*, (41), 108-116.
- REVOREDO DE MUR, D. (1994). La autonomía de la voluntad y la ley aplicable al contrato internacional. *Themis*, (30), 231-241.
- ROBLETO ARANA, C. A. (2010). Arbitraje Comercial en Nicaragua. En J. L. Collantes González (Dir.), *Arbitraje comercial internacional en Latinoamérica* (págs. 357-451). Perú: Palestra Editores.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. (2010). Los Nuevos Términos Comerciales Internacionales -INCOTERMS- (Versión 2010) y su aplicación en el Derecho Colombiano. *Revista e-Mercatoria*, 9 (2), 1-73.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. (2012). Reconocimiento de la Lex Mercatoria como normativa propia y apropiada para el comercio internacional. *Revista e-Mercatoria*, II (2), 45-84.
- RUIZ CASTELLANOS, E. (2012). El valor de los Incoterms para precisar el juez del lugar de entrega. *Cuadernos de derecho transnacional*, 4 (2), 93-122.
- RUIZ CASTELLANOS, G. (2016). La nueva Lex Mercatoria. *Revista Boliviana de Derecho*, (21), 340-351.
- SARMIENTO, D. (2006). La autoridad del Derecho y la naturaleza del Soft law. *Cuadernos de Derecho Público*, (28), 221-266.
- SIERRALTA RÍOS, A. (2001). Palabras lineras del derecho internacional del comercio. *Revista Jurídica*, 4, 37-66.
- TOBAR TORRES, J. A. (2012). La nueva Lex Mercatoria o de cuando la realidad supera la ficción. Ataques y defensas de la nueva Lex Mercatoria en el comercio internacional. *Pensamiento Jurídico*, (34), 239-274.
- DEL TORO HUERTA, M. I. (2006). El fenómeno de Soft law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, VI, 513-549.
- VERNAZA, M. J. (2010). El Derecho Mercantil en el contexto transnacional: su relación con el procedimiento de inclusión. *Revista Análisis Internacional*, (1), 154-170.

Reflexiones sobre el régimen transitorio de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco

SANDRA CASTELLANOS CÁMARA

Investigadora predoctoral

UPV/EHU

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 25/10/2017

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 12/11/2018

Resumen: En este trabajo se analiza el régimen transitorio de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, con el objetivo de proponer soluciones concretas a los inevitables conflictos intertemporales que los operadores jurídicos se están viendo abocados a afrontar en el tránsito bien desde la Ley 3/1992, de Derecho Civil Foral del País Vasco bien desde el Código Civil, en dos cuestiones clave: la nueva vecindad civil vasca y las novedades introducidas en materia de sucesión forzosa. Esto último conecta, naturalmente, con aquellos instrumentos otorgados al amparo de la normativa anterior, cuya validez y eficacia actual ha de ser ponderada.

Palabras clave: Derecho transitorio, vecindad civil vasca, legítima, interpretación testamentaria.

Euskal Zuzenbide Zibilaren ekainaren 25eko 5/2015 Legearen erregimen iragankorrari buruzko hausnarketak

Laburpena: Lan honek Euskal Zuzenbide Zibilaren ekainaren 25eko 5/2015 Legearen erregimen iragankorra aztertzen du, ondorengo asmoarekin: lege aldaketa dela eta, operadore juridikoek hainbat gatazka ebatzi behar izango dituzte, Euskal Herriko Foru Zuzenbide Zibilari buruzko 3/1992 Legetik eta Kode Zibiletik indarrean jarri berri den legeari trantsizioa gainditzeko den bitartean. Hori dela eta, konponbide zehatzak proposatzen dira lan honetan, bi aldaketa garrantzitsu kontuan hartuz: euskal auzotasun zibila eta oinordetzailearen askatasunari jarritako mugapenak. Azken horrek zerikusi handia dauka aurreko legea errespetatu formalizatu ziren testamentu, oinordetza-itun zein eskriturekin, haien egungo balioa eta eraginkortasuna aztertu behar baita.

Gako-hitzak: Erregimen iragankorra, euskal auzotasun zibila, legezko oinordetza, testamentuen interpretazioa.

Thoughts on the transitional regime of Law No. 5/2015, dated 25 June, regarding Basque Civil Law

Abstract: This paper analyzes the transitional regime of Law No. 5/2015, dated 25 June, regarding Basque Civil Law, as its goal is to provide specific solutions to the conflicts that have arisen as a consequence of the change in the law in force. As a matter of fact, there are two main changes in Law No. 5/2015, comparing to the previous Law No. 3/1992 and the Civil Code, which are the creation of the Basque regional citizenship and the rules regarding forced heirship. We ought to analyze, thus, whether the wills, inheritance contracts and succession-related deeds, which were granted according to the previous law, are currently both valid and effective.

Key words: Transitional regime, Basque regional citizenship, compulsory share, interpretation of the will.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PANORAMA NORMATIVO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO PREVIO A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 5/2015, DE 25 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL VASCO. III. EL DERECHO TRANSITORIO: ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS PRIMERA Y SÉPTIMA DE LA LEY DE DERECHO CIVIL VASCO. 1. La vecindad civil vasca como punto de conexión. 2. Interpretación de las disposiciones testamentarias relativas a la legítima, otorgadas al amparo a la normativa anterior. 2.1. *Legítima de los descendientes: la legítima estricta, su relación con la cautela socini y la preterición no intencional. RRDGRN de 12 de junio y 12 de julio de 2017.* 2.2. *Legítima de los ascendientes: ¿legado sin objeto? RDGRN de 6 de octubre de 2016.* IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA. VI. JURISPRUDENCIA CITADA. VII. ANEXOS.

I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV), ha supuesto un importante hito en orden a la regulación de un ordenamiento civil propio de la CAPV, principalmente en materia sucesoria. En efecto, el Parlamento Vasco, dentro del marco competencial definido por los arts. 149.1.8ª CE y 10.5 EAPV, ha regulado un nuevo estatuto sucesorio de aplicación uniforme en toda nuestra Comunidad Autónoma, con el que ha dado fin a la profunda fragmentación legislativa presente en el conjunto de los tres Territorios Históricos. Asimismo, partiendo del respeto a la identidad histórica del Derecho civil foral, ha tratado de satisfacer las necesidades de la actual sociedad vasca, otorgando a los ciudadanos una mayor libertad en el campo de la planificación sucesoria.

A tal fin, el legislador vasco ha apelado a una vecindad civil hasta ahora *inexistente* en la CAPV como punto de conexión para la aplicación del recién estrenado régimen sucesorio, a saber: la vecindad civil vasca, que deberá conjugarse con las ya conocidas vecindades civiles locales

(vizcaína, ayalesa o guipuzcoana) respecto a la aplicación de las instituciones forales singulares que, en cada uno de los territorios señalados, se han mantenido vivas.

El objeto principal de este trabajo se centra, por tanto, en analizar el trascendental giro que la nueva Ley vasca ha introducido en relación con el panorama normativo anterior y las principales novedades que, en materia de vecindad civil y sucesión forzosa, han sido incorporadas, dada la importancia crucial de tales aspectos en todo ordenamiento sucesorio. Aún mas, ambas cuestiones son abordadas desde el prisma del Derecho transitorio, al objeto de proponer soluciones concretas a los inevitables conflictos intertemporales que los operadores jurídicos se están viendo abocados a afrontar en el tránsito hacia la LDCV (ya desde la Ley 3/1992, de Derecho Civil Foral del País Vasco, ya desde el Código Civil), principalmente en lo atinente a la interpretación que deba darse a las disposiciones testamentarias relativas a la legítima otorgadas al amparo a la normativa anterior. Prueba de ello son las recientes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de fechas 6 de octubre de 2016, 12 de junio de 2017 y 12 de julio de 2017, cuyo análisis se acometerá en las líneas que siguen.

II. PANORAMA NORMATIVO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍSVASCO PREVIO A LA ENTRADA ENVIGOR DE LA LEY 5/2015, DE 25 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL VASCO

La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, que adquirió vigencia el día 3 de octubre de 2015, fue acogida con satisfacción por gran parte de los operadores jurídicos, quienes abogaban desde tiempo atrás por la aprobación de una única norma que regulase un régimen sucesorio común y homogéneo para toda la CAPV, dando fin a la profunda fragmentación legislativa que, principalmente, en materia sucesorio-

ria, regía en la misma. Consciente de este sentir, la propia EM de la LDCV declaraba lo siguiente:

“El texto pretende tener vigencia en toda la Comunidad Autónoma Vasca. Sus disposiciones han de ser aplicadas en todo el territorio porque, aunque es cierto que históricamente siguieron Álava, Gipuzkoa y Bizkaia distintos caminos, son escasas, y en muchos casos más formales que materiales, las diferencias en el amplio campo de la costumbre foral¹.

Esta circunstancia ha permitido redactar un texto unificado que puede ser aceptable para todos los vascos, salvo en los casos de leyes y costumbres muy diferenciadas, como ocurre con la libertad de testar ayalesa, o la troncalidad y el régimen de comunidad de bienes en el matrimonio vizcaíno”.

El marco normativo que atribuye a las asambleas autonómicas y, en este particular caso, al Parlamento Vasco, la competencia legislativa en materia de Derecho civil foral, se circunscribe a los arts. 149.1.8^a CE y 10.5 EAPV, en consonancia con la *garantía institucional de la foralidad*² que propugna la Disposición Adicional primera de la Carta Magna; marco normativo que, junto a la interpretación que del mismo ha realizado la jurisprudencia constitucional, ha permitido a la CAPV elaborar esta norma sin necesidad de plantearse las dudas competenciales que surgieron con ocasión de la aprobación de la Ley 3/1992, de 1 de julio, derogada por esta.

¹ En este mismo sentido, sostiene GIL RODRÍGUEZ, J., “Otros cauces testamentarios en el País Vasco”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, t. I, *Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y País Vasco*, dir. por J. Solé Resina y coord. por M. C. Gete-Alonso, 2^a ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 604, que pertenece al convencimiento generalizado entre los estudiosos del Derecho vasco la premisa de que el Fuero de Bizkaia no hizo sino acertar a concretar en ley escrita lo que todo el pueblo vasco tenía en la costumbre.

² Dictamen de Consejo de Estado 1537/1992, de 27 de mayo de 1993, sobre la adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y Estatuto de Autonomía del País Vasco de la Ley 3/1992, de 1 de julio del Derecho Civil Foral, p. 8.

En efecto, el art. 149.1.8ª CE atribuye al Estado una competencia exclusiva sobre la legislación civil, “*sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*”, de suerte que, como declarara la STC 31/2010, de 28 de junio (RTC 2010\31), “[l]a Constitución permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales *preexistentes* puedan ser objeto no ya de *conservación y modificación*, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no solo la historicidad y la actual vigencia, sino también la *vitalidad hacia el futuro*, de tales ordenamientos preconstitucionales (STC 88/1993, FJ 3)”.

Respecto al alcance del término *desarrollo*, el Tribunal Constitucional ha dejado sentado que el mismo implica la competencia de las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho Civil foral o especial para regular no solo aspectos estrechamente vinculados a los derechos forales que habían sido objeto de compilación a la entrada en vigor de la Constitución, sino también instituciones conexas con las ya reguladas o que puedan identificarse históricamente en la tradición jurídica de la Comunidad Autónoma en cuestión, constituyendo el límite de tal desarrollo, por un lado, la reserva estatal absoluta sobre las materias contenidas en el propio art. 149.1.8ª *in fine* y, por otro, el respeto a la identidad histórica del Derecho civil especial de la Comunidad Autónoma³.

En uso de esta competencia, el Parlamento Vasco ha regulado un ordenamiento sucesorio uniforme para todos los vascos, manteniendo no obstante ciertas especialidades territoriales (art. 8 LDCV) y, a tal fin, ha extendido determinadas singularidades del Derecho foral, actualizadas y renovadas, a algunos ámbitos territoriales en los que venía siendo de aplicación el Derecho civil estatal⁴.

³ STC 88/1993, de 12 marzo (RTC 1993\88) y Dictamen de Consejo de Estado 1537/1992. Entre las últimas resoluciones del TC, vid. sentencia 95/2017, de 6 de julio.

⁴ En este sentido, el Dictamen de Consejo de Estado anteriormente citado cuestionó, en relación a la delimitación territorial de la Ley 3/1992, si la expresión “*allí donde exis-*

Como es sabido, con carácter previo a la entrada en vigor de la ley objeto de análisis, coexistían cinco núcleos normativos que regulaban la sucesión de quienes ostentaban vecindad civil en alguno de los tres Territorios Históricos; cinco regímenes jurídicos comprendidos a su vez en dos normas, a saber: el Código Civil y la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, reguladora esta última del Fuero Civil de Bizkaia, de Álava y de Gipuzkoa en sus Libros I, II y III, respectivamente.

Por lo que concierne al ámbito de aplicación de cada uno de los textos legales reseñados, debe tenerse en cuenta que alrededor del 45% de la población del País Vasco estaba sujeto, en materia sucesoria, a las disposiciones del Código Civil⁵; en concreto, la inmensa mayoría de los *vecinos de Gipuzkoa y Álava*, con las excepciones que posteriormente se dirán.

Es más, el Derecho civil estatal se extendía a la *población vizcaína de villas (no infanzones o no aforados)*, es decir, a aquellos avecindados en el municipio de Bilbao, la ciudad de Orduña y la parte no aforada de las villas de Balmaseda, Bermeo, Durango, Ermua, Gernika-Lumo, Lanestosa, Lekeitio, Markina-Xemein, Ondarroa, Otxandio, Portugalete y Plentzia, conforme preveía el art. 6 LDCF⁶. No obstante, los vizcaínos no aforados

tan” contenida en el art. 149.1.8ª CE debía actuar como límite territorial a la competencia de las asambleas autonómicas, mas concluyó que tal expresión debía entenderse referida no al concreto espacio geográfico de una institución foral sino a la totalidad del territorio autonómico, de suerte que el ámbito territorial sujeto al Derecho foral podía extenderse o modificarse dentro de la Comunidad Autónoma en tanto en cuanto existiera, en aquellos territorios a los que se extendía, una conexión con los elementos identificadores del Derecho civil foral o especial, como efectivamente ocurre en la CAPV, en la que históricamente se ha aplicado el Derecho Foral, v. gr. en parte de las villas sometidas al Derecho común (Bizkaia).

⁵ Dato correspondiente al año 2010, según información extraída de VVAA, *Memento Práctico Civil Foral 2011 Familia Sucesiones*, coord. por C. Trinchant Blasco, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 1001.

⁶ La población vizcaína de villas se cifraba aproximadamente en el 45% del censo, representativo de unos 519.283 vecinos, en contraste con el 54,95% de la población del

tenían mayor libertad respecto a la forma de ordenar su sucesión, habida cuenta de que la LDCF les facultaba, en su art. 13, para hacer uso del testamento mancomunado y del testamento por comisario, en contra de lo previsto por las disposiciones del Código Civil.

Por el contrario, los vizcaínos avecindados extramuros de las citadas localidades, en el conocido como Infanzonado o Tierra Llana, poseían *vecindad civil vizcaína infanzona o aforada* y, como tal, les resultaba de aplicación el Fuero Civil de Bizkaia en su integridad, con sus particularidades, principalmente, en materia de sucesión forzosa, donde se conjugaba una fuerte legítima colectiva con la más robusta si cabe institución de la troncalidad. Este Fuero resultaba asimismo aplicable al 6,31% de los vecinos alaveses de Llodio y Aramaio⁷.

Por lo que respecta al Fuero Civil de Álava y Gipuzkoa, su ámbito de aplicación era notablemente inferior al de Bizkaia. Tan es así que el primero de ellos se reducía, más allá de lo señalado respecto a Llodio y Aramaio, al *Fuero de Ayala*, de aplicación en los municipios de Ayala, Amurrio y Okondo y en algunos poblados del municipio de Artziniega (art. 131 LDCF), y otorgaba la más amplia libertad de testar al escaso 5% de la población alavesa que podía acogerse al mismo.

Para finalizar con el panorama sucesorio vasco se encontraba el Fuero Civil de Gipuzkoa, aplicable a quienes ostentaban *vecindad civil guipuzcoana*, es decir, a aquellos guipuzcoanos propietarios de un caserío sito en este Territorio Histórico (aproximadamente un 1,5% de la población⁸), a cuyos cónyuges o parejas de hecho se extendía la facultad de testar mancomunadamente.

Territorio Histórico vizcaíno a quienes se aplicaba el Fuero Civil de Bizkaia en su integridad, conforme a los datos extraídos de VVAA, *Memento...*, cit., p. 1001.

⁷ En definitiva, gozaban de estatuto sucesorio plenamente vizcaíno alrededor de 653.198 vascos, según VVAA, *Memento...*, cit., p. 1001.

⁸ Alrededor de 10.000 guipuzcoanos, conforme a VVAA, *Memento...*, cit., p. 1001.

En definitiva, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Derecho Civil Vasco, coexistían cinco estatutos sucesorios que desplegaron sus efectos en el ámbito territorial de la CAPV y regulaban, de forma absolutamente dispar en lo que a sus consecuencias se refiere, la sucesión *mortis causa* de los ciudadanos vascos.

Nótese que dos eran los aspectos principales en los que la regulación del Código Civil y la Ley 3/1992, de Derecho Civil Foral del País Vasco, divergía de forma significativa: por un lado, en las formas de ordenar la sucesión voluntaria, es decir, en la variedad de instrumentos a disposición del causante para decidir *mortis causa* el destino de sus bienes; y, por otro lado, en materia de sucesión forzosa, esto es, en las mayores o menores restricciones impuestas a la libertad de testar del *de cuius*, en favor de determinados parientes⁹. Huelga decir que no se trata, por tanto, de cuestiones baladíes sino, antes bien, de aspectos decisivos en todo régimen sucesorio, dada su enorme repercusión social y económica.

En primer lugar, respecto a las posibles formas de ordenar la sucesión y en contra de la prohibición contenida en el art. 669 CC, el testamento mancomunado era un instrumento de que el causante con vecindad civil vizcaína (de villas o aforada) y guipuzcoana podía valerse para ordenar su sucesión (arts. 49 y ss. y 172 y ss. LDCF). Lo mismo podía predicarse respecto al poder testatorio o testamento por comisario, también familiarizado con el Fuero de Ayala a través la institución del *usufructo poderoso* (arts. 32, 140, 164 y concordantes LDCF); y ello en contraposición con lo previsto por el Código Civil, que únicamente permite conferir al cónyuge superviviente las facultades contenidas en su art. 831. En idéntico sentido, mientras la norma estatal recoge un régimen principalmente prohibitivo de la utilización de los pactos sucesorios (arts. 635, 658, 816

⁹ En este sentido, vid. GALICIA AIZPURUA, G., “Legítimas y libertad de testar en el País Vasco”, en *Tratado de legítimas*, coord. por T. F. Torres García, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 417 y ss.

y 1271 CC¹⁰), con escasas excepciones en materia de mejora y donaciones por razón de matrimonio, la Ley vasca permitía su uso a los vizcaínos aforados y guipuzcoanos (arts. 74 y ss. y 179 y ss. LDCF).

Dejando atrás los aspectos relativos a las formas de ordenar la sucesión que, en definitiva, divergían en ambos textos legales pero no tanto dentro del propio Derecho civil vasco, el cual ponía a disposición del causante vizcaíno aforado, no aforado, guipuzcoano o ayalés una mayor variedad de instrumentos a través de los cuales podía disciplinar el destino de sus relaciones jurídicas conforme a su voluntad, no cabe sin embargo sostener idéntica afirmación en materia de sucesión forzosa, en la que los tres Fueros vascos se alejaban no solo de la regulación estatal sino también de la propia de los Territorios Históricos vecinos.

Es de sobra conocido el sistema legitimario que regula el Código Civil, el cual consagra una legítima de dos terceras partes del haber hereditario en favor de los hijos y descendientes y el usufructo de un tercio en favor del cónyuge supérstite; ostentando la consideración de legitimarios, en defecto de los primeros, los padres y ascendientes, en una cuota que varía en función de su concurrencia a la herencia con el cónyuge viudo. En contraste con este modelo, en la Ley vasca podíamos encontrar desde un sistema de legítimas notablemente más rígido que el del Código Civil en el Fuero de Bizkaia, hasta una absoluta libertad de

¹⁰ No obstante, el Tribunal Supremo ha modulado la prohibición contenida en el art. 1271 CC, sosteniendo que no se trata de una prohibición absoluta sino referida exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia, integrada por todos los bienes, derechos y obligaciones subsistentes a la muerte del causante. De esta guisa, ha proclamado la validez del pacto cuando se refiere a bienes conocidos y determinados, existentes al tiempo del otorgamiento del contrato en el dominio del causante o que hubieren de adquirirse por título de heredero [entre otras, SSTs 718/1997, de 22 de julio (RJ 1997\5807) y de 3 de marzo de 1964 (RJ 1964\1254), seguidas por la SAP Cuenca 250/2009, de 30 de octubre (JUR 2009\497002), SAP A Coruña de 26 de abril de 2002 (AC 2002\2225), SAP León 428/1995, de 8 de noviembre (AC 1995\2254), SAP Guadalajara 195/1995, de 11 de octubre (AC 1995\1902)].

testar en el Fuero de Ayala, pasando por un sistema más flexible en el Fuero de Gipuzkoa, tendente a lograr la transmisión indivisa del caserío guipuzcoano mediante la modulación de las reglas contenidas en la norma civil estatal¹¹.

Afortunadamente, la Ley 5/2015 ha puesto fin a esta pluralidad de ordenamientos sucesorios para conjugar en un único texto un estatuto sucesorio propio para todas aquellas personas que ostenten vecindad civil vasca. Ha salvaguardado, empero, determinadas especialidades del Fuero Civil de Bizkaia y del Fuero de Ayala, que únicamente resultarán de aplicación a quienes tengan vecindad civil local en dichos territorios. En consecuencia, la regulación del Código Civil en materia sucesoria, que hasta la fecha contaba con una notable presencia en nuestra Comunidad Autónoma, ha quedado relegada a un segundo plano y operará únicamente como Derecho supletorio (art. 3 LDCV).

En fin, a pesar de las dificultades que el tránsito hacia esta nueva Ley pueda generar y de las inevitables lagunas que en sede doctrinal y jurisprudencial habrán de ser colmadas, resulta indiscutido que este texto legal ha cumplido el objetivo de ofrecer mayor seguridad jurídica en una materia no exenta de polémica, a la par de crear un régimen homogéneo que permita a todos los ciudadanos vascos ordenar su sucesión desde un plano de mayor igualdad, en el que parece ser el inicio del camino hacia el reconocimiento de una plena libertad de testar.

¹¹ En este sentido, vid. GALICIA AIZPURUA, “Legítimas...”, cit., pp. 420 y ss. y, del mismo autor, “La sucesión forzosa: planteamiento general”, en *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 391 y ss.; VVAA, *Memento...*, cit., pp. 1004-1014, 1018-1030; CELAYA IBARRA, A., “Ley sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXVI, dir. por M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, Edersa, Madrid, 1997.

III. EL DERECHO TRANSITORIO: ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS PRIMERA Y SÉPTIMA DE LA LEY DE DERECHO CIVIL VASCO

El Derecho transitorio puede definirse como el conjunto de normas que determinan, sobrevenido un cambio legislativo, el alcance temporal de la ley derogada y de la vigente y, por ende, el derecho aplicable al amplio abanico de situaciones jurídicas creadas conforme a la normativa anterior y que no se han agotado en ese periodo temporal, para lo que es preciso velar por la salvaguarda, entre otros, del constitucionalmente consagrado principio de seguridad jurídica¹².

Es sumamente ilustrativa la distinción que entre retroactividad y transitoriedad propugna HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ, partiendo de su diferencia de perspectiva:

“Cuando se habla de la retroactividad o irretroactividad de una norma se parte de la certeza de la norma, que será la norma vigente al tiempo de cuestionarse sobre su aplicación; cuando se acude al Derecho transitorio se parte de la certeza de la situación pero de la incertidumbre de cuál sea el Derecho aplicable, que es lo que las disposiciones transitorias (contenidas eso sí, en el derecho vigente al tiempo del acto de aplicación normativa) determinan”¹³.

¹² DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, t. I, Civitas, Madrid, 2008, pp. 632 y 718, define las disposiciones transitorias como las “normas determinadoras de las disposiciones que han de regir las relaciones jurídicas existentes al producirse un cambio legislativo”. Siguiendo sus palabras, “la cuestión básica del Derecho transitorio es la de marcar la línea divisoria entre la eficacia de la ley antigua y la de la ley nueva”. Por su parte, la STSJ Cataluña 38/2014, de 26 de mayo (RJ 2014\3742) señala como finalidad del derecho transitorio la de resolver las cuestiones que se suscitan cuando las relaciones jurídicas bien en cuanto a sus presupuestos bien en orden a su nacimiento, efectos y ejercicio se extienden a lo largo del tiempo y abarcan dos normativas, determinándose por el derecho transitorio cuál sea la norma aplicable.

¹³ HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ, A., “Disposiciones transitorias”, en *Comentario del Código Civil*, t. II, dir. por R. C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz, P. Salvador, Ministerio de Justicia, 2ª ed., Madrid, 1993, p. 2186.

Respecto al conjunto de normas que integran el definido como Derecho transitorio, debe tenerse en cuenta que, más allá de las disposiciones transitorias concretas que cada ley pueda contener, bien separadas del articulado (v. gr. Código Civil, al final) bien incluidas en el mismo (v. gr. art. 85 CC, sobre la eficacia retroactiva del divorcio introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio¹⁴ y art. 1939 CC, en materia de prescripción), todas ellas están inspiradas en una serie de principios generales que marcan la hoja de ruta de todo el ordenamiento jurídico y que se concretan en los arts. 9.3 CE y 2.3 CC¹⁵ y, fundamentalmente, en las disposiciones transitorias de este último cuerpo legal.

Si atendemos específicamente a la estructura de la LDCV, esta incluye siete disposiciones transitorias, que someramente podemos sintetizar en los siguientes términos: la primera tiene un alcance general, la segunda se refiere a la posibilidad de adquirir la servidumbre de paso por usucapión, la tercera, cuarta y quinta contemplan diversas cuestiones relacionadas con los poderes testatorios, la sexta atañe a los derechos de troncalidad sobre sepulturas y, por último, la séptima alude a la adquisición de la “nueva” vecindad civil vasca. Observamos, entonces, que las disposiciones transitorias del Código Civil, más allá de servir de inspiración, constituyen en realidad el marco normativo al que debemos acudir para solventar el grueso de conflictos intertemporales que con ocasión de la nueva Ley vasca se originen, pues a ellas se remite su DT primera: “[l]os conflictos intertemporales entre esta ley y las que deroga se resolverán aplicando las disposiciones transitorias preliminar, 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª y 12.ª del Código Civil”.

¹⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, t. I, *Parte general del Derecho Civil*, v. I: *introducción*, Librería Bosch, Barcelona, 1982, p. 218.

¹⁵ Mientras que el art. 9.3 CE consagra el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, el correlativo art. 2.3 CC proclama como regla general el de la irretroactividad de las leyes, en sentido amplio, “*si no dispusieren lo contrario*”; principio que adquiere un valor interpretativo de las propias disposiciones transitorias del CC, según HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ, “Disposiciones...”, cit., p. 2187.

La técnica de remisión utilizada por la Ley vasca viene a revalidar, así, una afirmación pacíficamente asumida por doctrina y jurisprudencia, como es la de la vocación generalizadora y universalista de las disposiciones transitorias del Código, equivalentes a ese derecho transitorio dotado de un referente normativo abstracto y *dirigido a resolver, intemporalmente, los conflictos de leyes en el tiempo*¹⁶. Todas ellas vienen, en fin, a profundizar en el contenido del principio de irretroactividad de las normas, al objeto de preservar bien derechos adquiridos con anterioridad (disposición preliminar), bien cualquier derecho reconocido en la legislación anterior y desconocido después o a la inversa (primera), bien derechos derivados de los actos y contratos celebrados al amparo de la legislación anterior (segunda), bien actos u omisiones no sancionados por las leyes vigentes en el momento de su comisión (tercera), bien acciones nacidas bajo la normativa anterior y pendientes de ejercicio (cuarta) bien, finalmente, derechos hereditarios (duodécima)¹⁷. Fácilmente se advierte, así, que habremos de centrar nuestra atención en la segunda y duodécima al objeto del presente trabajo, en tanto que comprensivas de las claves que nos permitan realizar una correcta interpretación de las disposiciones testamentarias otorgadas con carácter previo a la entrada en vigor de la ley que deban regir sucesiones abiertas bajo su imperio.

La LDCV añade, además, una última previsión, para el caso de no poder resolverse mediante ellas el conflicto de que se trate, a cuyo tenor “*las variaciones introducidas en esta ley no deben perjudicar los derechos adquiridos conforme a la legislación anterior*”, en clara referencia a la teoría de los derechos adquiridos que el Tribunal Supremo ha señalado como fundamento del principio general de irretroactividad en materia sucesoria

¹⁶ HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ, “Disposiciones...”, cit., p. 2181.

¹⁷ Para una mayor profundización en el contenido de cada una de las disposiciones transitorias del CC, vid. VVAA, *Comentario del Código...*, cit., pp. 2180-2215; y LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., pp. 222-225.

[STS de 13 abril 1984 (RJ 1984/1964)]. Obsérvese, empero, que esta previsión no hace sino reiterar el contenido de la disposición transitoria preliminar del CC y, por ello, carece de virtualidad alguna, en la medida en que si un determinado conflicto intertemporal no ha podido resolverse con arreglo al régimen transitorio del Código, difícilmente podrá encontrar solución con base en este criterio de respeto de los derechos adquiridos que contiene la LDCV. Estaríamos, en definitiva, intentando remediar el mismo conflicto con aplicación de idéntica regla que, si antes ha resultado infructuosa, lo será también por segunda vez.

1. La vecindad civil vasca como punto de conexión

Más allá de la profunda fragmentación legislativa presente en la CAPV en materia sucesoria, el Estado español se caracteriza por la diversidad de regímenes jurídicos civiles territoriales que coexisten en el mismo y la inevitable presencia, como consecuencia de tal carácter pluralista, de conflictos normativos internos de corte interregional.

Mientras que el art. 9.8 CC alude a la *nacionalidad del causante* como punto de conexión para solventar los conflictos internacionales de leyes en materia sucesoria¹⁸, por lo que se refiere a los conflictos en el ámbito del Derecho interregional, en los que el causante siempre ostentará nacionalidad española, el legislador ha optado en los arts. 14.1 y 16.1.1^a CC por la *vecindad civil* como criterio determinante de la ley aplicable cuando los conflictos deban resolverse atendiendo a la *ley personal*; vecindad civil cuyo régimen de adquisición, conservación y pérdida se regula en los arts. 14 y 15 CC¹⁹.

¹⁸ Téngase en cuenta que este criterio ha sido modificado por el Reglamento (UE) n.º 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, que ha establecido como punto de conexión la residencia habitual del causante (art. 21.1).

¹⁹ GALICIA AIZPURUA, G., “La ley aplicable en materia de sucesiones según el Reglamento (UE) n.º. 650/2012 y el principio de troncalidad del Fuero de Bizkaia”, *Actualidad*

Debe tenerse en cuenta que, con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 5/2015, en la CAPV coexistían hasta cinco vecindades civiles, de las cuales cuatro eran vecindades vascas (la vizcaína aforada y no aforada, la ayalesa y la guipuzcoana) y una de Derecho común o, en palabras de CELAYA IBARRA²⁰, *castellana*, que venía a ser ostentada, recordemos, por el 45% de la población del País Vasco.

En este contexto, el Parlamento Vasco, a través de la ley objeto de análisis, no solo ha instaurado un ordenamiento sucesorio homogéneo para todos los ciudadanos vascos sino que, correlativamente, ha configurado una vecindad común para todos aquellos que poseían vecindad civil en alguno de los tres Territorios Históricos: la *vecindad civil vasca*²¹. Ello sin perjuicio del mantenimiento de las ya conocidas vecindades locales que a ella se superponen respecto a los vecinos del valle de Ayala, los vizcaínos y los guipuzcoanos, a efectos de la aplicación de las respectivas instituciones territoriales, a saber: la *vecindad civil ayalesa*, respecto a la libertad de testar y el usufructo poderoso, la *vecindad civil vizcaína* (zona afo-

Jurídica Iberoamericana, 2, 2015, pp. 495-496, define la figura de la vecindad civil como el “criterio que determina la sujeción de los nacionales españoles a alguno de los ordenamientos civiles coexistentes en el territorio del Estado en tanto que ley personal suya o, dicho más sintéticamente, como el punto de conexión por medio del cual se fija el ámbito personal de los distintos Derechos civiles que coexisten en España. Es, entonces, el criterio que determina qué ordenamiento sucesorio (el del CC o el de alguno de los Derechos civiles autonómicos) se aplica a la herencia de un causante con nacionalidad española”.

²⁰ CELAYA IBARRA, A., “Conflictos de leyes civiles”, *Jado: boletín de la AVD-ZE Arenaldizkaria*, 18, 2009, p. 17.

²¹ Su falta de regulación previa obligó al Parlamento Vasco a recurrir a la vecindad administrativa como punto de conexión en la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho. Este criterio ha sido suplantado por el de la vecindad civil vasca al objeto de determinar el ámbito de aplicación de la citada Ley de Parejas de Hecho (art. 2) así como de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (art. 2). Vid., respecto a la primera, ASUA GONZÁLEZ, C., “Familia, Derecho de familia e instituciones para la convivencia”, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, dir. por J. Gil Rodríguez y coord. por G. Galicia Aizpurua, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 250 y ss.

rada), en relación a la troncalidad y el régimen de comunicación foral de bienes en el matrimonio vizcaíno y la *vecindad civil guipuzcoana*, en lo que concierne a la transmisión del caserío guipuzcoano²².

Como reza la EM de la LDCV, la experiencia legislativa comparada de las Comunidades Autónomas con Derecho civil foral o especial propio (Aragón, Cataluña, Islas Baleares, entre otras) y la jurisprudencia constitucional relativa a la interpretación del art. 149.1.8^a CE han permitido asimismo dar respuesta positiva a las dudas competenciales que el establecimiento de esta vecindad civil vasca podía suscitar. En efecto, debemos partir de la siguiente premisa: el art. 149.1.8^a CE reserva a la exclusiva competencia del Estado la adopción de las “*normas para resolver los conflictos de leyes*” que, en materia civil, puedan surgir en el seno del ordenamiento jurídico español. El legislador estatal, en uso de tal competencia, ha diseñado un sistema uniforme de resolución de los conflictos internos presidido por el principio de igualdad o paridad entre los diversos ordenamientos civiles coexistentes en el Estado [STC 226/1993, de 8 julio (RTC 1993\226)], que se concreta en el art. 16 CC con el establecimiento de la vecindad civil como criterio de sujeción personal a los distintos ordenamientos civiles y único punto de conexión.

Este sistema impide a las asambleas autonómicas regular regímenes peculiares de resolución de los conflictos de leyes, conforme sienta la STC 156/1993, de 6 de mayo (RTC 1993\156), “ya por la vía de articular puntos de conexión diversos a los dispuestos en la legislación general ya, en otra hipótesis, por medio de la redefinición, alteración o manipulación de tales puntos de conexión. Esta es, en definitiva, una materia enteramente

²² En realidad, respecto al Territorio Histórico de Gipuzkoa, debe tenerse en cuenta que, salvada la posibilidad de transmitir de forma indivisa el caserío guipuzcoano a través de la generalización de la legítima colectiva en la LDCV, se ha suprimido el sistema regulado en los arts. 153 a 163 de la LDCF y únicamente se han mantenido en la nueva ley determinados criterios definitorios del caserío en Gipuzkoa.

sustraída por el art. 149.1.8ª a la acción normativa de las Comunidades Autónomas y atribuida *en todo caso* a la legislación del Estado”.

No obstante, la regulación de esta vecindad civil vasca debe estimarse acorde con la competencia legislativa autonómica derivada de los arts. 149.1.8ª CE y 10.5 EAPV, en la medida en que no se establecen en la ley nuevos mecanismos para la adquisición, conservación y pérdida de la vecindad civil ni para la resolución de los conflictos de leyes interregionales²³, sino que únicamente se regula la consecuencia del sometimiento de la CAPV a un nuevo régimen jurídico. De este modo, siguiendo las palabras del Consejo de Estado²⁴, vecinos de dicho territorio seguirán siendo los que con anterioridad lo fueren, de conformidad con lo dispuesto en el art. 14 CC, habida cuenta de que no se ha alterado la causa en virtud de la cual se adquirió dicha vecindad civil ni su función como punto de conexión.

En efecto, en la regulación del ámbito de aplicación personal de la LDCV, el art. 10 se remite a la regulación del Código Civil en lo que a los puntos de conexión se refiere, a saber:

- “1. El Derecho civil de la Comunidad Autónoma del País Vasco se aplica a todas aquellas personas que tengan vecindad civil vasca.
2. La vecindad civil vasca o la vecindad civil local cuando sea preciso aplicarla, se adquieren, se conservan y se pierden conforme a las normas contenidas en el Código Civil, sin perjuicio del principio de territorialidad en materia de bienes troncales”.

Ahora bien, se reconoce asimismo en el art. 9 LDCV la competencia de la CAPV para el establecimiento de las normas de conflicto interno

²³ GOROSTIZA VICENTE, J.M., “La vecindad civil vasca en el Proyecto de Ley Civil Vasca de 2007”, *Jado: boletín de la AVD-ZE Aren aldizkaria*, extra 5, 2008.

²⁴ Dictamen de Consejo de Estado 1537/1992, pp. 20 y ss.

que puedan surgir entre la vecindad civil vasca y las vecindades civiles locales, es decir, una competencia reducida al ámbito de los denominados *conflictos interlocales*, de conformidad con lo admitido por el Consejo de Estado en Dictamen 1537/1992, de 27 de mayo de 1993, sobre la adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y Estatuto de Autonomía del País Vasco de la Ley 3/1992, de 1 de julio del Derecho Civil Foral²⁵.

En conclusión, acogiendo las palabras de ÁLVAREZ RUBIO²⁶, “no puede hablarse de creación *ex novo* de una nueva vecindad civil (la vecindad civil vasca), sino que se positiviza el reconocimiento de la existencia de tal categoría, como única vía conflictual que permita hacer realidad la aplicación de ciertas instituciones civiles propias de nuestro Derecho Civil Vasco a los tres Territorios Históricos, respetando las particularidades o especificidades de cada uno de ellos, pero a la vez dando plas-

²⁵ En este sentido, vid. ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “Hacia una vecindad civil vasca”, *Jado: boletín de la AVD-ZE Aren aldizkaria*, extra 4, 2007 y del mismo autor, “Una renovada dimensión de los conflictos internos: la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco y la interacción entre bloques normativos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 68/2, 2016, pp. 23-49; así como URRUTIA BADIOLA, A., “Derecho Civil Foral Vasco: nuevas perspectivas”, *Jado: boletín de la AVD-ZE Aren aldizkaria*, extra 4, 2007, pp. 167 - 174.

²⁶ ÁLVAREZ RUBIO, “Hacia...”, cit., p. 61. En idéntico sentido se pronuncia GALICIA AIZPURUA, G., “Notas a la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 4, 2016, pp. 308-309, por cuanto que “existiendo normas civiles aplicables en todo el ámbito de la CAV, ha de existir necesariamente una vecindad civil vasca en virtud de la cual se determine la sujeción a aquellas, y esta no puede ser otra que la regulada en el CC; en cuanto a lo primero, porque no puede haber un Derecho privado sin que haya a su vez un criterio de aplicación del mismo, que no es otro que la vecindad civil; y en cuanto a lo segundo porque, siendo la vecindad civil el punto de conexión utilizado para la determinación del estatuto personal, constituye un aspecto nuclear del Derecho interregional, y claro es que su regulación compete al Estado a tenor de lo establecido en el art. 149.1.8.ª CE”. Sostiene, por ello, este autor, que la virtualidad de art. 10 LDCV “ha de incardinarse ante todo en el recordatorio de la eficacia territorial de la propiedad troncal vizcaína, que comporta la subsistencia de los límites de ella derivados aun cuando el titular de los bienes troncales pierda la vizcaínia y adquiera otra vecindad civil distinta”.

mación normativa a una realidad subyacente históricamente y que por primera vez adquiere refrendo legal”.

Por su parte, el art. 11 LDCV sienta la necesidad de dejar constancia de la vecindad civil vasca y vecindad civil local del otorgante en todos los instrumentos públicos, a efectos de determinar bajo qué régimen normativo ha sido celebrado el negocio jurídico en cuestión y estableciendo, para el caso de duda, una presunción *iuris tantum* consistente en que la vecindad civil es la correspondiente al lugar de nacimiento del otorgante, en idéntico sentido a lo que prevé el art. 14.6 CC.

Por lo que concierne al momento de adquisición de la vecindad civil vasca y sus consecuencias, la DT séptima establece lo siguiente:

“Desde la entrada en vigor de esta ley, quienes gocen de vecindad civil en cualquiera de los territorios de la Comunidad Autónoma del País Vasco, adquirirán *automáticamente* la vecindad civil vasca y la vecindad civil local que, en su caso, les corresponda.

La nueva legislación que les resulte aplicable, de acuerdo con lo establecido en esta disposición, no alterará el régimen económico matrimonial o patrimonial, en el caso de las parejas de hecho, salvo que se acuerde en capitulaciones matrimoniales o pacto. En lo relativo a las relaciones personales y sucesorias, se estará a lo dispuesto en la disposición transitoria primera”.

De la DT transcrita se deriva que el día 3 de octubre de 2015 adquirieron *ope legis* vecindad civil vasca todos aquellos que, en aquel momento, ostentaban vecindad civil “*en cualquiera de los territorios de la Comunidad Autónoma del País Vasco*”, esto es, quienes poseían alguna de las cuatro vecindades vascas (vizcaína aforada o no aforada, ayalesa o guipuzcoana), pero también quienes ostentaban vecindad común al haber residido –de forma continuada durante dos años manifestando ser esa su voluntad o durante diez años, sin declaración en contrario durante ese plazo, en virtud del art. 14.5 CC– en alguno de los territorios vascos sujetos al Código Civil.

Ahora bien, pueden surgir interrogantes relativos a la adquisición de la vecindad civil vasca en determinados supuestos, v. gr. en el caso de un vecino de Burgos que en el mes de octubre de 2015 llevaba seis años residiendo en Bilbao, ¿cuándo se entenderá que ha adquirido la vecindad civil vasca? ¿Y cuál es actualmente la vecindad civil de un vecino de Galdakao que reside de forma continuada en Santander desde hace cinco años?

En el primero de los supuestos, la solución debería partir de considerar que tal individuo ostentaba antes de la entrada en vigor de la LDCV vecindad común, por lo que su sucesión debía regirse por el Derecho civil común, debiendo alcanzarse idéntica conclusión en la actualidad, en tanto en cuanto no se prolongue su estancia en Bilbao durante, al menos, cuatro años más, momento en el cual sí adquirirá la vecindad civil vasca, conforme a las reglas contenidas en el art. 14 CC. De la misma forma, debe tenerse en cuenta que el vecino de Galdakao goza, desde el día 3 de octubre de 2015, de vecindad civil vasca y vecindad local vizcaína, de suerte que habría de considerar la Ley 5/2015 como ley aplicable a su sucesión, que lo será hasta que transcurran otros cinco años de residencia continuada en Santander, salvo que con anterioridad manifieste su voluntad de adquirir la vecindad común.

En definitiva, solo en la línea de la interpretación realizada puede dependerse que la LDCV no ha alterado los puntos de conexión establecidos por legislador estatal que, como apuntábamos, tiene competencia exclusiva en la regulación de esta materia. Dicho de otro modo: únicamente han adquirido *automáticamente* la vecindad civil vasca y vecindad local correspondiente, en su caso, quienes previamente ya hubieran adquirido vecindad civil en alguno de los tres Territorios Históricos conforme a las reglas del Código Civil.

2. Interpretación de las disposiciones testamentarias relativas a la legítima, otorgadas al amparo a la normativa anterior

La nueva Ley de Derecho Civil Vasco, que deroga la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco y relega a un segundo plano las disposiciones que en materia de sucesiones contiene el Código Civil, ha marcado un hito temporal en la sucesión *mortis causa* de los *vecinos* vascos, en la medida en que rige solo la de aquellos cuyo óbito se produzca con posterioridad al *3 de octubre de 2015*. Y es que no cabe duda de que la ley aplicable a la sucesión es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante: así lo establece la DT duodécima del Código Civil, a la que se acoge la DT primera LDCV, y la interpretación que de aquella ha realizado el Tribunal Supremo²⁷.

Como pone de manifiesto GALICIA AIZPURUA, la dicción del art. 17.2 LDCV no debe llevar a equívoco respecto al *momento de la apertura de la sucesión*, que coincidirá siempre con el del fallecimiento del causante, pues es entonces cuando se extingue su personalidad y cuando, por consiguiente, su patrimonio transmuta en herencia (arts. 17.1 LDCV, 657 y 661 CC). De modo que lo único que se perfecciona o produce en el momento en que el fiduciario ejercita su poder es la delación (vid. arts. 321.4 y 448 CDFA), instante hasta el cual la herencia habrá permanecido en situación de yacencia²⁸.

²⁷ SSTS 895/2006, de 18 de septiembre (RJ 2006\6547) y 896/2007, de 31 julio (RJ 2007\6258), seguidas por la Audiencia Provincial de Bizkaia en sentencias 501/2007, de 6 de julio (JUR 2008\8061), 194/2011, de 18 de marzo (JUR 2011\303248) y Auto 388/2007, de 25 de mayo (JUR 2007\349908). Respecto a la ley temporalmente aplicable al fenómeno sucesorio, vid. FEMENÍA LÓPEZ, P.J., “Los derechos sucesorios de los hijos no matrimoniales en sucesiones abiertas con anterioridad a la Constitución de 1978. Comentario a la STS de 31 de julio de 2007”, *Derecho Privado y Constitución*, 22, 2008, pp. 134 y ss.

²⁸ GALICIA AIZPURUA, G., “Delación hereditaria y sucesión legal en el País Vasco”, en *Manual...*, cit., pp. 300-301.

Ahora bien, no pueden obviarse los evidentes conflictos que en el ámbito del Derecho transitorio puede desencadenar esta sustitución normativa, fundamentalmente, respecto a los actos por causa de muerte otorgados con carácter previo a la entrada en vigor de la ley que deban regir sucesiones abiertas con posterioridad, así como respecto a las sucesiones que, aun habiéndose abierto antes del día 3 de octubre, puedan producir efectos después (v. gr. a través de instituciones fideicomisarias). Dicho con otras palabras: ¿es válido un testamento otorgado en virtud del régimen anterior? De ser así, ¿cuál es la norma que ha de guiar su interpretación, la vigente en el momento del otorgamiento del testamento o la aplicable a la sucesión? Aún más, ¿qué valor ha de darse a aquellas disposiciones testamentarias que reconocen derechos a favor de legitimarios en su mínima expresión, cuando estos han decaído en la norma vigente?

Como ya se intuye, las disposiciones en materia de sucesión forzosa van a constituir el máximo exponente de esta conflictividad, por su carácter de piedra angular de todo ordenamiento sucesorio y porque, como ya se ha indicado, la LDCV ha propiciado un cambio de hondo calado en su regulación. Este cambio de paradigma se concreta en la regulación de una legítima *colectiva* en favor de los descendientes que, aunque conocida para aquellos sometidos al Fuero de Bizkaia, sustituye a la legítima individual que impera en el Derecho común, y que además lo es por un *quantum* significativamente inferior al de los sistemas precedentes —se ha reducido de los dos tercios del CC o los cuatro quintos del Fuero vizcaíno a un tercio del caudal—. En la misma dirección, aunque de forma más drástica, se ha actuado respecto al colectivo de los ascendientes, pues han sido totalmente privados de la condición de sucesores forzosos, mientras que, por el contrario, en relación al cónyuge o pareja de hecho supérstite, se ha aumentado (al menos en comparación al CC) su cuota legitimaria en usufructo, además de reconocérsele un derecho de habitación sobre la vivienda familiar²⁹. Se

²⁹ Reténgase que el sistema descrito no resulta aplicable de forma uniforme en todo el territorio de la CAV, en la medida en que se mantienen determinadas especialidades para

reconoce, por tanto, a favor del causante una mayor libertad respecto al colectivo de los descendientes y se refuerza, en cambio, la posición del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho³⁰, en clara respuesta al sentir de la sociedad vasca.

De esta guisa, y dado que el carácter colectivo de la legítima se encontraba ya presente en el Fuero de Bizkaia de 1992, el cambio ha revestido un mayor impacto para aquellas personas cuya sucesión debía previsiblemente quedar sometida a la regulación estatal y cuyas disposiciones tomaron en consideración en el instante en el que acometieron su planificación sucesoria. En perspectiva cuantitativa, esto afecta, recordemos, a la inmensa mayoría de la población guipuzcoana y de la población alavesa —exceptuando a los ayaleses y los vecinos de Llodio y Aramaio—, así como a quienes venían ostentando la condición de vizcaínos no aforados (vid. arts. 12 y 13 LDCF).

Y afecta a estas personas en mayor medida ya que, como es de sobra conocido, la legítima colectiva permite al causante optar, con absoluta libertad distributiva, por uno o varios de sus descendientes —no necesariamente de entre los más próximos en grado— como herederos o legatarios de esa cuota de un tercio que ineludiblemente les corresponde, apartando a todos los demás de cualquier derecho en su herencia (arts. 48 y 51.1 LDCV)³¹. Acontece, por ello, de forma correlativa, que habiéndose suprimido la legítima individual material que consagra el Código, expresiones tales como legítima “*corta o larga*”, legítima “*estricta*”

quienes ostenten vecindad civil local vizcaína y ayalesa: rige para los primeros la institución de la troncalidad, que prevalece sobre la legítima (arts. 47 y 70.1 LDCV) mientras que, para los segundos, se mantiene el sistema de plena libertad de testar (art. 89 LDCV).

³⁰ La equiparación que en materia sucesoria realiza la LDCV entre las parejas de hecho y las casadas está referida exclusivamente a las parejas de hecho *inscritas* en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco, conforme a la disposición adicional segunda LDCV.

³¹ Conforme al régimen del Código Civil, el *de cuius* únicamente podía *apartar* a un legitimario de su sucesión mediante la institución de la desheredación, cuyas causas, de especial gravedad, son *numerus clausus* (art. 848 y ss. CC). No obstante, debe tenerse en cuenta

y “tercio de mejora” –con frecuencia utilizadas en testamentos otorgados conforme al mismo– carecen de significado en el sistema previsto en la LDCV. Ahora bien, igualmente vacías de contenido pueden reputarse aquellas disposiciones que, no solo en cumplimiento del Código Civil sino también de la Ley 3/1992, reconocen derechos a favor de los ascendientes en tanto que legitimarios conforme a dichos textos legales, en el instante en el que fue ordenada la sucesión del causante.

Expuestos los términos del debate, hemos de comenzar por resolver las dos primeras cuestiones planteadas, o sea, las relativas a si los instrumentos otorgados con antelación a la aprobación de la ley deben reputarse válidos y cuál es, en caso afirmativo, la normativa que ha de guiar su interpretación. Y para ello hemos de atender al contenido de las disposiciones transitorias segunda y duodécima del CC, de cuya lectura se infiere que la solución pasa no solo por otorgarles plena validez sino, aún más, por dotarles de la eficacia que ostentaban a la luz de la normativa vigente en el instante de su formalización. Reza la DT segunda que “los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior y que sean válidos con arreglo a ella –entre ellos, los testamentos–, surtirán todos sus efectos según la misma”. Esta DT se completa con la duodécima, cuyo tenor literal es el siguiente: “[l]os derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto este lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados; pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código”³².

que la desheredación y el apartamiento son instituciones diferentes aunque pueda, a través de las mismas, alcanzarse en ocasiones idéntico resultado: vid. CELAYA IBARRA, *Comentarios...*, cit., p. 235.

³² CATALAYUD SIERRA, A., “La institución hereditaria recíproca entre cónyuges sin descendientes: el art. 108.3 de la compilación: su naturaleza jurídica y efectos en el derecho

Obsérvese que la regla no funciona al revés, es decir, que los pactos o testamentos mancomunados eventualmente celebrados por quienes hasta el 3 de octubre de 2015 ostentaban vecindad civil común son nulos (arts. 669 y 1271 CC) y no resultan convalidados por el hecho de que la LDCV los acepte y regule (no cabe apelar al inciso segundo de la DT 1º CC: SSTS 14-5-1903 y 17-9-2007, RJ\2007\4968). Solo en la medida en que esos instrumentos fuesen validos al instante de su otorgamiento, por haber respetado las reglas entonces vigentes, continuarán siéndolo ahora. Además, la revocación o modificación de estos actos deberá, evidentemente, ajustarse a las nuevas reglas sentadas por la LDCV³³.

Este es el criterio que aplica el Tribunal Supremo, entre otras, en sus sentencias de 13 de abril de 1984 (RJ 1984\1964) y de 22 de noviembre de 1991 (RJ 1991\8477): en la interpretación testamentaria debe atenderse a la legislación vigente al tiempo del otorgamiento del testamento para dotar de sentido a sus cláusulas. En el primero de los supuestos mencionados se cuestiona la interpretación que debe darse a un testamento por el que el causante instituye herederos “a los que lo fueran según la ley” y si, como consecuencia de tal disposición, debe quedar incluida como heredera su hija adoptiva cuando, en aplicación del art. 177 CC en su primitiva redacción (vigente a la fecha de fallecimiento –año 1951–), los hijos adoptados no adquirirían *ope legis* derecho alguno a heredar. Por su parte, en el segundo supuesto señalado, el Tribunal Supremo remite, de igual forma, a la norma vigente en el instante en el que fue formalizado el testamento

interespecial”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2, 1996, pp. 99-112, sostiene que “el espíritu del principio de conservación de los negocios, que es probablemente el más importante de todo régimen de Derecho transitorio, lleva a respetar el título sucesorio anterior a la reforma ya interpretado e integrado conforme a la legislación vigente al tiempo del otorgamiento”. Este principio de *conservación de los actos y negocios jurídicos* y su proyección en el ámbito del Derecho de sucesiones ha sido resaltado recientemente por el Tribunal Supremo, particularmente en la aplicación del principio de *favor testamenti*, entre otras, en SSTS 254/2014, de 3 septiembre (RJ 2014\4795) y 423/2013, de 28 junio (RJ 2013\8081).

³³ GALICIA AIZPURUA, “La sucesión forzosa...”, cit., p. 420.

para integrar el contenido de una cláusula testamentaria en la que el causante instituye heredera a su hija natural “*en lo que por legítima le correspondiera*” y a su hijo legítimo “*en el remanente del caudal hereditario*”.

La regla de validez y eficacia que acaba de anunciarse cuenta, empero, con un claro límite, y es que ningún instrumento puede sobrepasar los mandatos que en materia de sucesión forzosa prevea la ley aplicable a la sucesión, por su condición de Derecho necesario: “*se respetarán las legítimas, mejoras y legados; pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código*” (DT duodécima *in fine* CC). No obstante, habida cuenta de la regulación que respecto a la legítima de los descendientes prevé la Ley 5/2015, en la que se suavizan las limitaciones impuestas a la libertad de testar del causante respecto a las contenidas en el CC, la interpretación de un testamento que se adecúe a las proporciones previstas en este último, en tanto que norma vigente en el momento del otorgamiento del título sucesorio, en ningún caso vulnerará las reglas imperativas contenidas en la ley aplicable a la sucesión; antes bien, los legitimarios recibirán una cuota mayor al mínimo garantizado por la LDCV³⁴. Tal colisión sí podrá producirse, por el contrario, en la esfera del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, a quien la ley vasca ha aumentado —o reconocido, en el segundo caso— su cuota usufructuaria respecto a la medida prevista en el CC, además de haberle asignado un derecho de habitación sobre la vivienda familiar³⁵. En caso de que tenga lugar dicha colisión y *solo en tal caso*, según el tenor del Código, habrá que modificar la cuantía de las legítimas, mejoras y legados.

³⁴ PARAMIO JUNQUERA, N. y PIÑOL OLAETA, E., “Disposiciones Adicionales. Disposiciones transitorias. Disposiciones derogatorias y disposición final”, en *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, dir. por A.M. Urrutia Badiola, Dykinson, Madrid, 2016, p. 227.

³⁵ Vid., sobre este particular, FERNÁNDEZ DE BILBAO, J., “El derecho de habitación del viudo en la Ley de Derecho civil vasco”, *Forulege*, consultado el 15/12/2017. http://www.forulege.com/dokumentuak/Derecho%20de%20habitacion%20del%20viudo%20en%20la%20Ley%20de%20Derecho_Civil%20Vasco.pdf.

La misma conclusión se extrae de la comparativa entre el sistema legitimario previsto en la LDCF y el actualmente vigente: comoquiera que el Fuero de Bizkaia establecía en favor de los descendientes una cuota significativamente superior a la que actualmente les atribuye la ley (de cuatro quintos al actual tercio), la pervivencia de una disposición testamentaria respetuosa con el contenido de la Ley 3/1992 en ningún caso conculcará las reglas que en la materia prevé la nueva ley vasca, con la única excepción del derecho de habitación que la misma reconoce a favor del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho.

Idéntico criterio de continuidad en la eficacia y alcance de las cláusulas testamentarias parece establecer el art. 9.8 CC al regular la sucesión *mortis causa* del causante cuya nacionalidad o vecindad civil no se corresponda con la que ostentaba en el momento de otorgar testamento (conflicto móvil), habida cuenta de que el precepto vela por la validez de “*las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento*”, aun cuando las legítimas deban atenerse, evidentemente, a los límites que fije la ley que rija la sucesión³⁶. En aplicación de este último precepto, la SAP Bizkaia 194/2011, de 18 de marzo (JUR 2011\303248) resolvió el supuesto de un causante que, tras haber otorgado poder testatorio a favor de su cónyuge mientras ostentaba vecindad civil foral vizcaína, falleció con vecindad común, al haberla adquirido por residencia continuada durante más de diez años en Burgos (art. 14.5.2° CC). El órgano judicial concluyó que su sucesión debía regirse por las disposiciones del Derecho civil común, y ello sin perjuicio de la validez del poder testatorio otorgado, de suerte que la consecuencia de la aplicación a la sucesión del Código Civil no era la nulidad de la disposición de bienes realizada por

³⁶ MARIÑO PARDO, F., “Las disposiciones testamentarias relativas a la legítima y el derecho transitorio. El caso de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia”, *Iuris Prudente*, consultado el 15/12/2017. <http://www.iurisprudente.com/2015/04/las-disposiciones-testamentarias.html>.

el comisario sino la obligación, por parte de este, de respetar en ella las legítimas del Derecho civil estatal.

En suma, la sucesión de los *vecinos* vascos cuya defunción tenga lugar del día 3 de octubre de 2015 en adelante, vendrá sujeta a la nueva Ley de Derecho Civil Vasco, mas si fallecen habiendo planificado su sucesión conforme a la normativa anterior, su ordenación será plenamente válida y habrá de surtir *todos sus efectos*, con el único límite que representa el sistema legitimario de la LDCV. Sentado lo anterior, surge en este estadio la cuestión de si aquellas disposiciones testamentarias que reconozcan derechos a favor de legitimarios en su mínima expresión han interpretarse a la luz de la nueva Ley vasca, en la medida en que su sistema legitimario pueda satisfacer de forma más plena la voluntad de aquel testador que, en cumplimiento de la normativa vigente en el momento de testar, dispuso a favor de sus legitimarios lo mínimo a lo que venía constreñido por ley. Y es que, en la interpretación de las disposiciones testamentarias, debe sin duda primar el respeto a la voluntad de testador, que se erige en ley de la sucesión, conforme a los arts. 658 (“[l]a sucesión se defiere por la voluntad del hombre”) y 675 CC (“[t]oda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento”)³⁷.

³⁷ SSTS 124/2002, de 12 febrero (RJ 2002\3191), 1042/2008, de 7 noviembre (RJ 2008\7696) y SAP Santa Cruz de Tenerife 91/2011, de 4 de marzo (JUR 2011\217190): “fuera del caso de la limitación que se establece respecto de las legítimas de los herederos forzosos (art. 763 CC), la voluntad privada obtiene prioridad sobre la ley, que se relega a una función meramente subsidiaria y de complemento”. En este sentido, señala SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., “Convalidación de testamentos nulos en los conflictos de leyes. Su tratamiento en la Ley de Sucesiones Aragonesa”, *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, 1, 2010, que “tener como regla de oro el favor testamenti y reconocerle validez hasta el límite de lo posible, (...) es la solución más congruente con la primacía que tiene la sucesión voluntaria y con el respeto a la voluntad del causante, considerada *ley de la sucesión*, mientras no adolezca de defectos formales y *no quepa duda razonable de que la que se tiene por tal voluntad sucesoria es la que realmente expresó en vida*”.

En la ardua tarea de interpretar las disposiciones testamentarias, sirva de referencia la SAP Santa Cruz de Tenerife 91/2011, de 4 de marzo (JUR 2011\217190), que recoge una exhaustiva recapitulación de la doctrina jurisprudencial a este respecto, sentando sobre el particular los siguientes parámetros que han de servir de guía:

(i) La finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la *voluntad real del testador*, que es la manifestada *en el instante del otorgamiento* del testamento [STS 325/2010, de 31 mayo, (RJ 2010\2653)];

(ii) El intérprete no puede verse constreñido por las declaraciones o por las palabras, sino que su objetivo ha de ser la de *descubrir dicha intención*, que prevalece sobre aquellas porque constituye el fin de la hermenéutica testamentaria [entre otras, SSTS de 9 de marzo de 1984 (RJ 1984\1206), 9 de junio de 1987 (RJ 1987\4049), 3 de noviembre de 1989 (RJ 1989\7847), 338/1997, de 26 de abril (RJ 1997\3542), 721/1998, de 18 julio (RJ 1998\638818), 482/2002, de 24 mayo (RJ 2002\445924), 13/2003, de 21 enero (RJ 2003\60421), 629/2005, de 18 julio (RJ 2005\5339) y 695/2005, de 28 septiembre (RJ 2005\715428)];

(iii) Entre los *medios de interpretación testamentaria* se encuentran primordialmente los siguientes: el elemento literal o gramatical, del que procede partir según el propio art. 675 y, además, con la presunción de que las palabras utilizadas por el testador reproducen fielmente su voluntad (STS 629/2005, de 18 julio (RJ 2005\5339)); los elementos sistemático, lógico y finalista, empleados de forma conjunta o combinada, sobre la base de la consideración del testamento como unidad (STS 1237/1992, de 31 diciembre, RJ 1992\10426); y los elementos de prueba extrínsecos, admitidos por las doc-

SANDRA CASTELLANOS CÁMARA
*Reflexiones sobre el régimen transitorio de la Ley 5/2015,
 de 25 de junio, de Derecho Civil Vásc*

trinas científica y jurisprudencial, ya sean coetáneos, previos o posteriores al acto testamentario [entre otras, SSTs de 29 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9490), 721/1998, de 18 julio (RJ 1998\638818), 482/2002, de 24 mayo (RJ 2002\445924) y 13/2003, de 21 enero (RJ 2003\60421)]”.

Como ya se ha sugerido, a la vista del alcance de la modificación introducida por la ley en el terreno de la sucesión forzosa, la circunstancia antedicha, consistente en el reconocimiento en testamento de una legítima que ha devenido inexistente, puede tener lugar con relativa asiduidad en relación a los dos siguientes colectivos: los descendientes, en la medida en que el testador reconozca en favor de alguno de ellos “su legítima estricta”; y los ascendientes, cuando la disposición testamentaria consagre un legado de “lo que por legítima pudiera corresponderles”. Veamos, a continuación, algún supuesto práctico que nos permita extraer una conclusión respecto a la interpretación que deba darse a las mismas.

2.1. Legítima de los descendientes: la legítima estricta, su relación con la cautela socii y la preterición no intencional. RRDGRN de 12 de junio y 12 de julio de 2017

Como ya se ha indicado, se ha producido una alteración sustancial en la regulación de los derechos legitimarios de los descendientes, pues la nueva norma contempla una legítima de carácter colectivo en favor de estos que permite al causante elegir a uno o varios de ellos como herederos o legatarios de la cuota de un tercio que por ley les corresponde. En consecuencia, el desajuste en aquellos instrumentos (más comúnmente, testamentos) que aún no han sido adaptados a la regulación vigente se suscitará, fundamentalmente, en lo que atañe a las dos siguientes cuestiones: de un lado, al *quantum* que a favor de estos haya sido reconocido, que superará colmadamente el mínimo previsto actualmente en la ley; y, de otro lado, en el reconocimiento a favor de todos ellos de una

legítima individual, en previsión de un derecho que ha decaído al amparo de la legislación vigente.

Y es que podemos encontrarnos, con relativa frecuencia, con testamentos similares al que se acompaña como *Anexo nº 1*, en el que el testador dispone lo siguiente:

Primero.- Lega a su hija su legítima estricta.

Segundo.- Lega a su esposa el usufructo del tercio de mejora y del de libre disposición.

Tercero.- Lega a sus cinco nietos, hijos de su hija, la nuda propiedad en cuanto al tercio de mejora.

Cuarto.- Lega la nuda propiedad en cuanto al tercio de libre disposición a sus sobrinos.

Considerando que fallezca con vecindad civil vasca, surge sin duda la incertidumbre de cómo debe interpretarse su testamento pues, si bien es claro que no vulnera las normas imperativas que en materia de sucesión forzosa contiene la Ley vasca —en la medida en que reconoce a favor del cónyuge viudo el usufructo de dos tercios de los bienes (superior, por tanto, al derecho que le reconoce el art. 52 LDCV) y dispone asimismo de un tercio del caudal hereditario a favor de sus descendientes (nietos), conforme al art. 49 LDCV—, no lo es tanto el sentido que debe darse a la cláusula primera: ¿podría reputarse parcialmente revocada aquella disposición testamentaria, considerando que el causante ha relegado a su hija el mínimo legal, actualmente inexistente, a través de un legado simple de legítima? ¿O debe, por el contrario, respetarse e integrarse conforme a la norma vigente en el instante en el que se realizó la atribución?

Lo cierto es que la forma en la que fue redactado el testamento constituye un indicio de que la voluntad del testador, cuyo caudal hereditario venía integrado por dos activos de escaso valor, era la de reconocer a

favor de su hija el mínimo al que venía obligado por ley; interpretación que, si bien conjugada con otros elementos de prueba intrínsecos (v. gr. testimonio del Notario) y/o extrínsecos al acto testamentario (v. gr. una nefasta o inexistente relación paterno filial), podría llevarnos a interpretar tal disposición en el sentido de entender que su hija no ostenta derecho subjetivo alguno sobre dicha herencia. Mas, insistimos, deberían existir elementos adicionales que sustentaran tal afirmación y permitieran apartarse del tenor literal del testamento pues, conforme ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia 1042/2008, de 7 de noviembre (RJ 2008\7696), solo cuando aparezca *claramente* que la voluntad del testador fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto.

Y es que la interpretación testamentaria cuenta con un límite infranqueable: la imposibilidad de generar a su través disposiciones nuevas, no formuladas por el testador, como sería en este caso la de revocación del legado. El intérprete puede, por supuesto, integrar una disposición *existente* completando aspectos no previstos por el otorgante, lo que nunca puede hacer es *crearla de la nada*. Así lo imponen los límites a la interpretación testamentaria y el respeto al carácter solemne de los negocios *mortis causa*, que impide dar por válida una voluntad que no ha sido la expresada guardando las formas legales³⁸. En consecuencia, fuera de ese supuesto, habremos de dotar a la cláusula testamentaria del sentido que la misma tenía en el marco del Código Civil, en tanto que norma que le sirvió de sustento.

En sentido contrario se ha pronunciado, sin embargo, la DGRN en su resolución de fecha 12 de julio de 2017 (BOE de 27 de julio), en la que sostiene que la disposición testamentaria en virtud de la cual el testador lega a uno de sus hijos “*la legítima estricta que por ley corresponda*” equivale

³⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009, p. 211.

a su exclusión de la herencia, a la vista de que no existe, al amparo de los arts. 48 y 49 LDCV, legítima “estricta” alguna, amén de que, en su caso, esta había sido debidamente satisfecha en las proporciones previstas en la LDCV mediante la designación de otra hija como heredera universal. Ahora bien, al contrario de lo que alega el Centro Directivo, sí nos hallamos ante un verdadero problema de interpretación testamentaria, que la Dirección resuelve *de un plumazo* mediante la revocación de una disposición que debía haber sido interpretada e integrada conforme al marco normativo que sirvió de base al negocio jurídico: el Código Civil.

Así, es claro que los límites que en materia de sucesión forzosa prevé la ley vasca habían quedado ampliamente cubiertos con la institución de heredera, mas tampoco cabe duda de que el testador reconoció a favor de su hijo un derecho legitimario que encuentra pleno sentido en el contexto del Código. Aún más, no se ha producido, al contrario de lo que parece deducirse de las consideraciones de la DRGN, apartamiento ni preterición alguna, sino mención de una legítima *inexistente* en el momento de la apertura de la sucesión; empero, si bien la alusión a la legítima “estricta” no encuentra un sentido en la ley vasca, sí lo tenía, insistimos, en la norma que sirvió de soporte al acto testamentario y como tal ha de respetarse, según ordena la disposición transitoria duodécima del Código.

Es por ello que resulta de todo punto improcedente excluir al hijo de la herencia, sin al menos indagar siquiera cuál fue la voluntad del testador. Dicho con otras palabras: solo en la hipótesis de que se hubiera acreditado que la voluntad real del testador al instante del otorgamiento era *claramente* la de excluir a su hijo de la herencia y que la previsión cuestionada respondía exclusivamente a la necesidad de cumplir la normativa entonces aplicable, sería razonable dejar sin efecto el legado. Excluido lo anterior, el mismo debería estimarse plenamente válido con el alcance antedicho.

Por otro lado, en estrecha relación con la alusión que respecto a la legítima “estricta” pueden contener un gran número de instrumentos inadap-

tados, destaca el de aquellos que incluyan la denominada *cautela socini*, conforme prevé el testamento que se acompaña como *Anexo nº 2*, por cuanto que habrá de interpretarse el alcance de la “sanción testamentaria”³⁹ en virtud de la cual el legitimario disconforme debería percibir única y exclusivamente lo que *por legítima estricta o corta le corresponda*.

Al respecto, nótese que la Ley 5/2015 faculta al causante para disponer a favor de su cónyuge o miembro superviviente de la pareja de hecho del usufructo universal de sus bienes, gravando de esa forma la legítima de los descendientes y el entero caudal relicto en su beneficio (arts. 56.2 y 57 LDCV). Es por ello que actualmente deviene innecesario en el ámbito de aplicación de la LDCV el recurso a la figura de la *cautela socini*, a la que anteriormente se recurría en orden a salvaguardar la voluntad del aquel causante que deseaba, precisamente, atribuir a su pareja el usufructo vitalicio y universal de su herencia.

Así, sin perjuicio del análisis singular que es preciso acometer en cada caso, cabe sostener como regla general que tales instrumentos deberán interpretarse en el sentido de entender que el derecho de opción de los legitimarios, articulado en forma de *cautela socini*, ha decaído, debiendo estos, por tanto, respetar necesariamente la disposición que en ese sentido y como plasmación de su voluntad (ley suprema de la sucesión) haya realizado su ascendiente. Y ello porque, como ya se ha apuntado previamente, las reglas de intangibilidad cuantitativa y cualitativa que, en tanto

³⁹ Respecto a su caracterización, el TS ha matizado que “pese a su usual redacción bajo una formulación de sanción, no constituye un *fraus legis* dirigido a imponer una condición ilícita o gravamen directo sobre la legítima (813 CC), pues su alcance en una sucesión abierta y, por tanto, diferida, se proyecta en el plano del legitimario configurada como un *derecho de opción o facultad alternativa* que, sujeta a su libre decisión, puede ejercitar en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses, esto es, ya aceptando la disposición ordenada por el testador o bien ejercitando la opción de contravenir la prohibición impuesta por el testador y solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima” [STS de 3 septiembre de 2014 (RJ 2014/4795)].

que Derecho imperativo, han de observarse, son las propias de la nueva normativa y no produciéndose en este contexto colisión con ninguna de ellas –como sí ocurría en el marco del CC– debe hacerse primar la voluntad del *de cuius*, o sea, la de constituir el usufructo universal de su herencia a favor de su cónyuge o pareja.

Por último, el Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse en relación al *original* tratamiento que la recién estrenada ley vasca ofrece para los supuestos de preterición no intencional, mediante resolución de fecha 12 de junio de 2017 (BOE de 5 de julio). En la misma se dilucida si procede o no la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las siguientes circunstancias: el causante, vecino civil vasco, fallece en 2016 bajo la vigencia de un testamento otorgado en el año 1994 y en el que había instituido heredero universal al único hijo y legitimario que tenía entonces. A este le siguen otros dos hijos habidos del causante, si bien la imprevisión de este hecho por el testador al tiempo del otorgamiento del testamento conlleva, lógicamente, su preterición.

En lo atinente al conflicto de derecho intertemporal que se plantea en este supuesto, la DGRN se limita a aplicar los referentes normativos anteriormente expuestos, a saber: comoquiera que la sucesión se ha abierto una vez entrada en vigor la LDCV, esta es la norma de aplicación, incluido naturalmente el sistema legitimario que la misma prevé, pero respetando en la medida de lo posible las disposiciones testamentarias en tanto que *esencia* que rige la sucesión. Sentado lo anterior, el Centro Directivo sostiene la plena aplicabilidad del art. 48 LDCV, cuyo número 4 equipara la preterición no intencional de un descendiente heredero forzoso a su apartamiento, en sintonía con su número 2, que otorga al causante la posibilidad de elegir entre los legitimarios al agraciado o agraciados con la legítima. De esta forma, reputa único heredero del causante al hijo llamado en testamento (que *absorbe* la legítima –colectiva– de todos los descendientes), por lo que sus otros dos hijos deben entenderse apartados de la

herencia en tanto que preteridos, y ello a pesar de que lo hayan sido de forma no intencional (es decir, por una imprevisión del *de cuius*).

Según pone de manifiesto GALICIA AIZPURUA, la solución que para los casos de preterición no intencional sienta la nueva legislación viene a suprimir la función natural que el apartamiento o exclusión sucesoria de los herederos forzosos tenía en los Fueros vizcaíno y ayalés de 1992, en los que precisamente actuaba a modo de garantía del carácter voluntario y consciente de la misma. Es más, supone un notable desvío respecto a la forma en la que este problema es solventado por los restantes ordenamientos civiles españoles, pues, atendido el vicio que en estas hipótesis afecta a la voluntad del causante, anudan a él, siempre, alguna consecuencia especial (nulidad de la institución de heredero –arts. 814.II.2.º CC y 259 LDCG–, ineficacia del testamento –art. 451-16.2 CCCat.–, etc.)⁴⁰.

Ahora bien, más allá de la crítica que a la técnica legislativa quepa formular, habida cuenta de que no prevé una solución específica para los supuestos en los que se produzca la preterición de hijos sobrevenidos, no cabe, en estricta aplicación de la normativa vigente, otra resolución del supuesto de hecho sobre el que versa el conflicto. Obsérvese, de un lado, que el testamento no conculca las normas de Derecho imperativo que, en materia de sucesión forzosa, contiene la ley vasca, en tanto que aplicable a la sucesión, pues, conforme sienta el Centro Directivo, la legítima (de carácter colectivo) queda satisfecha con cargo a la institución de heredero universal de uno de los hijos, debiendo considerar a los demás apartados, al haber sido preteridos. En efecto, si bien la interpretación del instrumento debe realizarse conforme a la ley que resultara de aplicación en el instante en el que fue formalizado (en este caso, el CC), las reglas de intangibilidad cuantitativa y cualitativa que han de observarse son las propias de la nueva legislación.

⁴⁰ GALICIA AIZPURUA, “La nueva legítima vasca...”, cit., p. 16.

De la misma forma, tampoco cabe sostener que de las disposiciones testamentarias derive una voluntad en contrario del testador que, como no podía ser de otra manera, ante la imprevisión de futura descendencia, ninguna mención realizó a su respecto. No procede, en este caso, apelar a una hipotética voluntad del testador que no obtuvo reflejo alguno en el acto testamentario y tampoco está permitido, como ya se ha dicho, crear *de la nada* disposiciones nuevas, no formuladas por este. Se trata, sencillamente, de un problema de estricta aplicación de ley.

2.2. *Legítima de los ascendientes: ¿legado sin objeto? RDGRN de 6 de octubre de 2016*

Como ya se ha avanzado, la LDCV ha introducido también un notable cambio en lo que se refiere a la posición sucesoria de los ascendientes, optando por su exclusión del colectivo de legitimarios. Se ha suprimido, por tanto, la cuota prevista para estos tanto por el Código Civil (arts. 807 y 809) como por el Fuero vizcaíno (arts. 53 y 56 LDCF), excepción hecha para este último caso de los bienes troncales (arts. 63, 66, 67, 69 y 70 LDCV). En consecuencia, el cambio normativo nos sitúa, en el campo del Derecho transitorio, ante la siguiente disyuntiva: si el legado que en favor de estos prevea el testador ha de mantenerse, con el alcance que el mismo tenía al amparo de la normativa precedente, o bien si se debe sostener que el mismo ha decaído y, por tanto, la disposición ha de tenerse por no puesta.

Tal es la tesis en la que nos coloca el testamento que se acompaña como *Anexo nº 3*, en el que la testadora lega a su madre “*lo que por legítima pudiera corresponderle*”. Ahora bien, comoquiera que este guarda plena identidad con el supuesto de hecho que da lugar a la resolución de la DGRN de 6 de octubre (BOE de 21 de octubre), procedemos a realizar un análisis de esta última, aplicable, de igual forma, al testamento que se acompaña como botón de muestra.

El supuesto de hecho que da lugar a la resolución puede sintetizarse en los siguientes términos: el causante, que fallece sin descendencia en 2016 siendo vecino de Zaldibar (Bizkaia), lo hace bajo testamento otorgado en 2004, a cuyo tenor “[l]lega a sus padres lo que por legítima les corresponda” e “[i]nstituye y nombra como única y universal heredera a su cónyuge”. Así, se da la circunstancia de que el testamento había sido otorgado bajo la vigencia de la LDCF, que reconocía derechos legitimarios a los ascendientes consistentes en la mitad de todos los bienes del testador, mientras que el óbito se produce una vez entrada en vigor la LDCV, cuyo articulado no reconoce en favor de los ascendientes, como ya se ha dicho, derecho legitimario alguno. La cuestión sometida a debate consiste, pues, en resolver si procede o no la inscripción de la escritura de aceptación de herencia otorgada única y exclusivamente por el cónyuge viudo con exclusión de los ascendientes, o debe, por el contrario, entenderse que estos continúan ostentando derechos en la sucesión de su hijo a tenor de la precitada cláusula testamentaria.

La decisión de la DGRN toma como punto de partida las dos máximas que se han venido defendiendo hasta ahora, a saber: primera, que la LDCV es la que debe regir la sucesión del causante por tratarse de la vigente a la fecha de su fallecimiento y, segunda, que no puede predicarse la ineficacia del testamento otorgado conforme al régimen precedente, si bien esta debe quedar reducida al objeto de permitir que los derechos de los herederos forzosos *se acomoden a la ley que ordena la sucesión*.

A partir de ahí, y aunque es claro que los ascendientes no ostentan derechos legitimarios, se plantea si la disposición testamentaria en cuestión puede imputarse a la parte de libre disposición. Se sostiene, sin embargo, que el legado testamentario en atribución de la legítima anterior ha devenido vacante por mor de la nueva regulación y, en tal escenario, debe operar la *vis atractiva* que la condición de heredero ostenta sobre posibles legados vacantes *ex art. 888 CC*. Este criterio se cohonestaría mejor, a jui-

cio de la Dirección, con la voluntad del testador, de suerte que “la porción vacante derivada de la reducción de los derechos legitimarios legales corresponda a quien hubiese designado heredero frente a quien designa legatario”, máxime teniendo en cuenta que la legítima no se había distribuido sobre bienes concretos o por cuotas determinadas. Estima, por el contrario, difícilmente justificable extender la voluntad del causante más allá de la literalidad de la cláusula testamentaria, que parece claro que se realiza en atribución de la legítima y no por el deseo del testador de atribuir la mitad de los bienes de su herencia a sus padres.

Si entramos en el análisis de la resolución, se observa, de un lado, que su tenor literal constituye un indicio de que la voluntad del causante no era sino legar a sus padres “lo que por legítima les corresponda”, *si es que debe corresponderles algo* y que, por tanto, su inclusión en el testamento venía exclusivamente motivada por razón de dar cumplimiento a una norma de Derecho necesario que amparaba a sus progenitores en el momento de su otorgamiento, en su condición de herederos forzosos. Esta interpretación viene además confirmada, como acertadamente pone de manifiesto el Centro Directivo, por su atribución a través de legado (en lugar de hacerlo a título de herencia)⁴¹, amén de no haber realizado el testador la partición del caudal, asignando a cada uno de los partícipes determinados bienes en pago de su respectiva cuota. Ello dificultaría aún más una posible reformulación de la disposición, en el sentido pretendido por la Dirección.

⁴¹ En este sentido, en la SAP Cáceres 210/2015, de 6 julio (AC 2015\1048), en la interpretación de un testamento por el cual el causante legaba a sus tres hijas “*lo que por legítima les correspondiera*” e “*instituíla por su única y universal heredera*” a una de ellas, sin especificar si la primera estipulación se refería a la legítima larga o, por el contrario, a la legítima corta o estricta, el Tribunal concluyó que la designación como única y universal heredera de una sola de sus hijas demostraba “una voluntad inequívoca de dejar todo el haber hereditario, tanto del padre, como de la madre, a dicha hija (como heredera universal), atribuyendo solo y únicamente a las demandantes lo mínimo que pudiera corresponderles, es decir, la denominada legítima corta”, interpretación que venía sustentada, en este caso, por el testimonio del Notario autorizante del testamento.

Ahora bien, sorprende sobremanera la interpretación que de la disposición transitoria 12ª CC realiza la Dirección, a la par que la forma en la que plantea la cuestión, a saber, la de si cabe o no imputar a la parte de libre disposición el legado realizado en favor de los ascendientes. Se parte, entonces, de una premisa incorrecta: comoquiera que los derechos de los herederos forzosos en las sucesiones abiertas con la nueva ley deben “acomodarse” a esta, y en la misma los ascendientes no tienen reconocido derecho legitimario alguno, solo cabe su mantenimiento en la medida en que pueda imputarse a la parte de libre disposición y sobre ello se cuestiona cuál pudo ser la voluntad del testador. Aún más: se realiza así una inversión del razonamiento respecto a la que fue *voluntad* del testador. Y ello por la siguiente razón: de la recta interpretación de la transitoria 12ª CC se infiere que únicamente habrá de reducirse la cuantía de la *legítima* reconocida en testamento en la medida en que su mantenimiento impida otorgar a los herederos forzosos según la nueva ley (en este caso, al cónyuge viudo) lo que les corresponda conforme a esta –como con acierto señaló el Registrador en su nota de calificación–. En lo demás, habrá de respetarse la disposición testamentaria, interpretada e integrada conforme a la legislación vigente al tiempo del otorgamiento (disposición transitoria 2ª CC y principio de *favor testamenti*). Solo entonces es cuando procede indagar la que fue voluntad real del testador en el instante en el que formalizó el acto testamentario: ¿puede razonablemente concluirse que su voluntad era la de excluir a sus padres del testamento? Solo una respuesta afirmativa a tal interrogante podría sustentar la declaración de ineficacia de la disposición testamentaria.

No obstante, a nuestro juicio, esta debería venir refrendada por otros elementos de prueba intrínsecos o extrínsecos al acto testamentario, pues solo ello permitiría apartarse de su tenor literal, a pesar de lo indiciario de este –decisión que, dicho sea de paso, competiría a los órganos judiciales–. Lo contrario supone, precisamente, *extender la voluntad del causan-*

te más allá de la literalidad de la cláusula testamentaria, con base en simples conjeturas, según pone de manifiesto el Registrador.

Téngase en cuenta, por lo demás, que a pesar de que se entienda invocada la legítima (inexistente en el momento de la apertura de la sucesión) como *causa* de la atribución testamentaria, la aplicación al caso de lo previsto en el art. 767 CC no conduciría a un desenlace diferente, salvo que, como ya se ha dicho, se acredite debidamente que la causa errónea fue *determinante* de la atribución. Y ello debería realizarse, en este particular supuesto, en base a otros elementos probatorios ajenos a la propia disposición, de la que no se colige necesariamente que el testador hubiera dejado de realizar la atribución de haber podido conocer el ulterior cambio legislativo y la supresión en este de la legítima que le sirvió de base.

Recuérdese, a este respecto, cuál ha sido el criterio que ha mantenido la DGRN para el supuesto del legado realizado por el causante en favor de su cónyuge sin prever que el matrimonio se disolvería ulteriormente por divorcio (resoluciones de 26 de noviembre de 1998 y 26 de febrero de 2003): para él sitúa en la revocabilidad esencial del testamento la solución a dicha *alteración sobrevenida de las circunstancias*, de suerte que a falta de tal revocación las disposiciones a favor del cónyuge divorciado se mantienen. Y ello ya que solo en aquellos supuestos en los que conste con meridiana claridad cuál fue la voluntad del testador cabe el recurso al art. 767 CC⁴². De lo contrario, el intérprete estaría creando una disposición *nueva* (de revocación del legado), lo cual le está, como ya se ha dicho, taxativamente vetado, pues la *construcción* o *recreación* por el intérprete de lo que el testador quiso o hubiera podido no querer, no cohonesto con la naturaleza del testamento como acto que requiere de estrictas solemnidades.

⁴² GALICIA AIZPURUA, G., “Comentario al artículo 767”, en *Comentarios al Código Civil*, dir. por R. Bercovitz, t. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5678.

En fin, a la vista de las anteriores consideraciones ha de concluirse que, salvo que el tenor del testamento dé pie de algún modo para, *integrando* la voluntad del otorgante, llegar a aquel resultado de minoración o incluso de supresión de la atribución hecha en favor del legitimario, habrán de respetarse sus disposiciones en las dimensiones que venía a establecer la LDCF –o, en su caso, el Código Civil–. Y tal interpretación requerirá, en supuestos como el analizado, de elementos de prueba adicionales al propio instrumento que permitan sustentar la misma bajo criterios racionales.

Si, por último, centramos la atención en el art. 888 CC, al que la Dirección alude como soporte de su fundamentación jurídica, observamos que difícilmente cabe predicar su aplicación al supuesto de hecho que es objeto de análisis. Y ello no solo porque la alusión que realiza el precepto a *cualquier otra causa* por la que el legado quede sin efecto esté prevista para supuestos que ninguna relación guardan con el que aquí acaece⁴³, sino, antes bien, porque la norma se refiere genéricamente a cualquier causa que *no suponga la extinción del objeto legado*, de suerte que este pueda refundirse en la masa⁴⁴. Ahora bien, de la argumentación que realiza la DGRN se extrae la conclusión inversa: puesto que la ley vasca no reconoce a favor de los ascendientes derecho legitimario alguno, el legado se encuentra vacío de contenido y, por ende, extinto. No se propugna, por ello, su refundición en la masa sino, simple y llanamente, su desaparición.

⁴³ Vid., al respecto, la SAP Toledo de 24 de abril de 2000 (AC 2000/4862), a tenor de la cual cabría entender incluida en la expresión *cualquier otra causa* los supuestos de prelación del legatario respecto del testador, por vicios de forma no fundamentales, por vicios materiales o defectos no sustanciales de incapacidad del otorgante y, en general, en aquellos casos de delación cuyos efectos son claudicantes.

⁴⁴ VICENTE DOMINGO, E., “Comentario al artículo 888”, en *Código Civil comentado*, dir. por A. Cañizares, P. de Pablo y J. Orduña, v. II, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 1131.

IV. CONCLUSIONES

La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco ha recibido una gran acogida por parte de los juristas vascos y ello debido, principalmente, a los siguientes motivos:

1. Mediante esta norma el legislador vasco ha puesto fin a la honda diversidad legislativa presente en la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia sucesoria, en la que coexistían hasta el día 3 de octubre de 2015 una norma aprobada por un órgano legislativo vasco (Ley 3/1992, de Derecho Civil Foral del País Vasco) junto con la norma civil estatal por antonomasia (Código Civil), reguladoras, a su vez, de cinco estatutos sucesorios: primero, el relativo a la inmensa mayoría de vecinos guipuzcoanos y alaveses, sujetos al Código Civil; segundo, el de la población vizcaína de villas, que debía acogerse de igual forma al Derecho común con la posibilidad adicional de otorgar testamento mancomunado y por comisario; tercero, el correspondiente a la población vizcaína aforada, sujeta al Fuero Civil de Bizkaia; cuarto, el relativo a los vecinos del valle de Ayala, a quienes resultaba de aplicación el Fuero de Ayala; y, por último, el de los guipuzcoanos propietarios de caseríos sitios en Gipuzkoa, acogidos al Fuero Civil de Gipuzkoa.
2. Esta ley ha supuesto, además, una renovación de las instituciones forales, en respuesta a las necesidades de la sociedad actual, y la extensión del ámbito de aplicación de estas a toda nuestra Comunidad Autónoma, mediante el establecimiento de un ordenamiento sucesorio vasco único y la creación de una vecindad civil común a todos los vascos: la vecindad civil vasca. Nos encontramos, por tanto, ante una nueva realidad sucesoria presidida por una mayor libertad de disposición *mortis causa* y tendente a posibilitar una adecuada planificación hereditaria, en coherencia con el principio de libertad civil que consagra el art. 4 LDCV.

3. Es más, la recién aprobada ley no está destinada a agotar todo el contenido del Derecho civil foral vasco sino que, como pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos, es el punto de partida en el recorrido por la profundización del Derecho civil propio de nuestra Comunidad Autónoma, que será al parecer paulatinamente ampliado por el Parlamento Vasco en uso de la competencia que le reconocen los arts. 149.1.8ª CE y 10.5 EAPV.

No obstante, como en todo cambio normativo, no pueden obviarse los principales conflictos que en materia de Derecho transitorio se pueden suscitar, habida cuenta, además, de la sustancial modificación introducida, principalmente para aquellas personas anteriormente sujetas al régimen del Código Civil. Entre ellos, el momento de adquisición de la nueva vecindad civil como punto de conexión y las novedades introducidas en materia de sucesión forzosa constituirán, a nuestro juicio, el máximo exponente de dicha conflictividad, a cuyo respecto ha de tenerse presente lo siguiente:

1. En orden a la adquisición de la vecindad civil vasca, esta ha sido atribuida *ope legis* de forma *automática* a quienes gozaban de vecindad civil en alguno de los tres Territorios Históricos (DT 7ª LDCV), mas aquellos supuestos que planteen dudas habrán de resolverse conforme a las reglas de adquisición, modificación y pérdida de la vecindad civil previstas por el Código Civil, dada la exclusiva competencia del Estado para la regulación de esta materia.
2. En relación a los instrumentos otorgados conforme al régimen normativo anterior, debe partirse de la premisa de que los mismos son plenamente válidos y despliegan todos sus efectos siempre y cuando lo fueran en el momento de su otorgamiento (DT 2ª y 12ª CC). Por su parte, aquellas disposiciones testamentarias relativas a la legítima que, en orden a respetar las proporciones vigentes en el momento de su otorgamiento, hayan realizado una remisión genérica al régimen correspondiente, ha-

brán de interpretarse a la luz de la normativa en vigor al tiempo de su celebración, en atención al principio de conservación de los negocios que, en este caso, vienen integrados por dicho marco normativo. Ahora bien, la regla enunciada cuenta con dos importantes excepciones:

a) Primera, la necesidad de respetar las normas de Derecho necesario de la LDCV como ley aplicable a la sucesión, por tratarse de la norma vigente a la fecha de fallecimiento. Solo en el caso de que se vulneren tales normas de Derecho imperativo *y solo en tal caso* deberían modificarse, en principio, las legítimas, mejoras y legados.

b) Segunda, el deber de salvaguardar, en todo caso, la voluntad del testador cuando aparezca *claramente* ser distinta de la que se desprenda del tenor literal del testamento, habida cuenta de su condición de ley suprema de la sucesión, como puede ocurrir, v. gr. en los casos en los que el testador hubiera recurrido a la figura de la *cautela socini* como mecanismo que permitía disponer del usufructo universal de la herencia a favor del cónyuge supérstite.

En definitiva, en el presente trabajo se han abordado las principales novedades introducidas por la nueva Ley vasca y las claves que, desde el prisma del Derecho transitorio y dada la reciente entrada en vigor de la ley, pueden guiar la resolución de los conflictos intertemporales, tomando asimismo en consideración el análisis realizado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus recientes resoluciones. Ello sin perjuicio de los pronunciamientos que habrán de dictar, en adelante, los Juzgados y Tribunales vascos, cuya línea interpretativa integrará los preceptos del Derecho civil vasco, conforme enuncia el art. 2 LDCV, y servirá de criterio a los operadores jurídicos en la aplicación de tan ansiada norma.

V. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “Una renovada dimensión de los conflictos internos: la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco y la interacción entre bloques normativos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 68/2, 2016, pp. 23-49.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “Hacia una vecindad civil vasca”, *Jado: boletín de la AVD-ZEAren aldizkaria*, extra 4, 2007.

CATALAYUD SIERRA, A., “La institución hereditaria recíproca entre cónyuges sin descendientes: el art. 108.3 de la compilación: su naturaleza jurídica y efectos en el derecho interespecial”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2, 1996, pp. 99-112.

CELAYA IBARRA, A., “Ley sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXVI, dir. por M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, Edersa, Madrid, 1997.

CELAYA IBARRA, A., “Conflictos de leyes civiles”, *Jado: boletín de la AVD-ZEAren aldizkaria*, 18, 2009.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, v. I, Civitas, Madrid, 2008.

FEMENÍA LÓPEZ, P.J., “Los derechos sucesorios de los hijos no matrimoniales en sucesiones abiertas con anterioridad a la Constitución de 1978. Comentario a la STS de 31 de julio de 2007”, *Derecho Privado y Constitución*, 22, 2008.

FERNÁNDEZ DE BILBAO, J., “El derecho de habitación del viudo en la Ley de Derecho civil vasco”, *Forulege*, consultado el 15/12/2017, <http://www.iurisprudente.com/2015/04/las-disposiciones-testamentarias.html>

GALICIA AIZPURUA, G., “La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2016, pp. 77-124.

GALICIA AIZPURUA, G., “La ley aplicable en materia de sucesiones según el Reglamento (UE) n.º 650/2012 y el principio de troncalidad del Fuero de Bizkaia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2, 2015, pp. 489-502.

GALICIA AIZPURUA, G., “Legítimas y libertad de testar en el País Vasco”, en *Tratado de legítimas*, coord. por T.F. Torres García, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 417-470.

GALICIA AIZPURUA, G., “Notas a la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 4, 2016, pp. 303-320.

GALICIA AIZPURUA, G., “Comentario al artículo 767”, en *Comentarios al Código Civil*, dir. por R. Bercovitz, t. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5675-5679.

GIL RODRÍGUEZ, J., GALICIA AIZPURUA, G., “Otros cauces testamentarios en el País Vasco”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, t. I: *Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y País Vasco*, dir. por M.C. Gete-Alonso Calera y coord. por J. Solé Resina, 2ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 601 y ss.

GOROSTIZA VICENTE, J.M., “La vecindad civil vasca en el Proyecto de Ley Civil Vasca de 2007”, *Jado: boletín de la AVD-ZE Aren aldizkaria*, extra 5, 2008, pp. 49-55.

HERNÁNDEZ -GIL ÁLVAREZ, A., “Disposiciones transitorias”, en *Comentario del Código Civil*, t. II, dir. por C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador, Ministerio de Justicia, 2ª ed., Madrid, 1993, pp. 2180 y ss.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, t. I, *Parte general del Derecho Civil*, v. I: *introducción*, Librería Bosch, Barcelona, 1982.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, t.V, *Sucesiones*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.

MARIÑO PARDO, F., “Las disposiciones testamentarias relativas a la legítima y el derecho transitorio. El caso de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia”, *Iuris Prudente*, consultado el 15/12/2017, <http://www.iurisprudente.com/2015/04/las-disposiciones-testamentarias.html>.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., “Convalidación de testamentos nulos en los conflictos de leyes. Su tratamiento en la Ley de Sucesiones Aragonesa”, *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, 1, 2010.

URRUTIA BADIOLA, A., “Derecho Civil Foral Vasco: nuevas perspectivas”, *Jado: boletín de la AVD-ZE Aren aldizkaria*, extra 4, 2007, pp. 5-20.

VICENTE DOMINGO, E., “Comentario al artículo 888”, en *Código Civil comentado*, dir. por A. Cañizares, P. de Pablo y J. Orduña, v. II, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 1131.

SANDRA CASTELLANOS CÁMARA
*Reflexiones sobre el régimen transitorio de la Ley 5/2015,
de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*

VVAA, *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016.

VVAA, *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, dir. y coord. por A.M. Urrutia Badiola, Dykinson, Madrid, 2016.

VVAA, *Manual de Derecho civil Vasco*, dir. por J. Gil Rodríguez y coord. por G. Galicia Aizpurua, Atelier, Barcelona, 2016.

VVAA, *Memento Práctico Civil Foral 2011 Familia Sucesiones*, coord. por C. Trinchant Blasco, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

VI. JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal	Número	Referencia	Fecha	Ponente
TC	31/2010	RTC 2010\31	28/06/2010	Casas Baamonde, María Emilia
TC	226/1993	RTC 1993\226	08/07/1993	López Guerra, Luis
TC	156/1993	RTC 1993\156	06/05/1993	Gimeno Sendra, Vicente
TC	88/1993	RTC 1993\88	12/03/1993	Rodríguez Bereijo, Álvaro
TS	717/2014	RJ 2015\1913	21/04/2015	Orduña Moreno, Francisco Javier
TS	254/2014	RJ 2014\4795	03/09/2014	Orduña Moreno, Francisco Javier
TS	423/2013	RJ 2013\8081	28/06/2013	Orduña Moreno, Francisco Javier
TS	325/2010	RJ 2010\2653	31/05/2010	O'Callaghan Muñoz, Xavier
TS	1042/2008	RJ 2008\7696	07/11/2008	Salas Carceller, Antonio
TS	929/2007	RJ 2007\4968	17/09/2007	Montes Penades, Vicente Luis
TS	896/2007	RJ 2007\6258	31/07/2007	Gullón Ballesteros, Antonio
TS	895/2006	RJ 2006\6547	18/09/2006	Xiol Ríos, Juan Antonio
TS	695/2005	RJ 2005\715428	28/09/2005	Ferrándiz Gabriel, José Ramón
TS	629/2005	RJ 2005\5339	18/07/2005	Roca Trías Encarnación
TS	13/2003	RJ 2003\60421	21/01/2003	Marín Castán, Francisco
TS	482/2002	RJ 2002\445924	24/05/2002	Marín Castán, Francisco
TS	124/2002	RJ 2002\3191	12/02/2002	O'Callaghan Muñoz, Xavier
TS	721/1998	RJ 1998\638818	18/07/1998	Morales Morales, Francisco
TS	718/1997	RJ 1997\5807	22/07/1997	Villagómez Rodil, Alfonso
TS	-	RJ 1997\9490	29/12/1997	O'Callaghan Muñoz, Xavier
TS	338/1997	RJ 1997\3542	26/04/1997	González Poveda, Pedro

Tribunal	Número	Referencia	Fecha	Ponente
TS	1237/1992	RJ 1992\10426	31/12/1992	Burgos Pérez de Andrade, Gumersindo
TS	-	RJ 1989\7847	03/11/1989	González Poveda, Pedro
TS	-	RJ 1987\4049	09/06/1987	Burgos Pérez de Andrade, Gumersindo
TS	-	RJ 1984\1964	13/04/1984	Sánchez Jáuregui, Antonio
TS	-	RJ 1984\1206	09/03/1984	Sánchez Jáuregui, Antonio
TS	-	RJ 1964\1254	03/03/1964	Bonet Ramón, Francisco
SAP Bizkaia	194/2011	JUR 2011\303248	18/03/2011	Iracheta Undagoitia, Ana Belén
SAP Bizkaia	501/2007	JUR 2008\8061	06/07/2007	Castresana García, María de los Reyes
AAP Bizkaia	388/2007	JUR 2007\349908	25/05/2007	Castresana García, María de los Reyes
SAP Cáceres	210/2015	AC 2015\1048	06/07/2015	González Floriano, Antonio María
TSJ Cataluña	38/2014	RJ 2014\3742	26/05/2014	Alegret Burgués, María Eugenia
SAP S. C. Tenerife	91/2011	JUR 2011\217190	04/03/2011	Dobarro Ramos, Eugenio Santiago
SAP Cuenca	250/2009	JUR 2009\497002	30/10/2009	Casado Delgado, Ernesto
SAP A Coruña	-	AC 2002\2225	26/04/2002	Fernández-Porto García, Rafael Jesús
SAP Toledo	325/2000	AC 2000\1593	11/07/2000	de la Cruz Mora, Juan Manuel
SAP León	428/1995	AC 1995\2254	08/11/1995	Álvarez Rodríguez, Alberto Francisco
SAP Guadalajara	195/1995	AC 1995\1902	11/10/1995	Sanz Pérez, Víctor Manuel

ANEXO Nº 2

NÚMERO . -----

En Bilbao, a de del año dos mil

Ante mí, , Notario de Bilbao, Capital de su Ilustre Colegio, -----

C O M P A R E C E: -----

DOÑA , que se me identifica mediante su D.N.I. número ; a quien juzgo capaz y manifiesta: que nació en , término municipal de (La Coruña), el día de de ; que es hija de los difuntos consortes don y doña ; vecina de Bilbao (Vizcaya), con domicilio en número , y que está casada en primeras nupcias con don , del que tiene dos hijos llamados, y

Y DISPONE COMO SU TESTAMENTO: -----

PRIMERO.- Lega a su marido don , el usufructo vitalicio y universal de su herencia, relevándole de inventario y fianza y facultándole para tomar por sí mismo posesión de este legado que se valorará por las normas tributarias, o a su elección, la parte de libre disposición de su herencia en pleno dominio. -----

SEGUNDO. Lega, constreñido en su caso por el usufructo legado a su marido, a su hijo don , lo que corresponda a la testadora en la vivienda en Bilbao, calle número ,

TERCERO. En el remanente de todos sus bienes, derechos, acciones y obligaciones, instituye herederos por mitad e iguales partes, a sus dos hijos don y doña , con sustitución vulgar a favor de sus respectivas estirpes de descendientes.

CUARTO. Si su marido, por el legado que le hace, optara por el usufructo vitalicio universal de su herencia y alguno o algunos de sus herederos se opusieran, aquél o aquellos que así lo hicieran se entendería instituido heredero solo en su cuota de legítima estricta. -----

Leo este testamento en alta voz, renuncia a leerlo por sí misma la testadora y lo otorga y firma.----

DOY FE de la unidad de acto, del cumplimiento de las demás formalidades legales y de todo lo consignado en este testamento, que autorizo a las once horas y cuarenta minutos. Está la firma de la testadora. Signado, firmado y rubricado: . Sellado

ANEXO N° 3

TESTAMENTO ABIERTO

NUMERO _____
EN BILBAO, a _____ de _____ del año
dos mil _____

Ante mí, _____, por
oposición, Notario de Bilbao, _____

COMPARECE: _____

DOÑA _____, empleada
de empresa de _____; hija del
finado don _____, y de doña _____, que vive;
nacida en _____ (A Coruña), el día _____ de
_____; con D.N.I. número _____,
casada en únicas nupcias con don _____

_____, de cuyo matrimonio no tiene sucesión. -

Tiene, a mi juicio, la señora compareciente,
capacidad legal para otorgar su TESTAMENTO -
ABIERTO, y ordena su última voluntad con arreglo
a las siguientes, _____

CLAUSULAS: _____

PRIMERA.- Para el caso de que ésta le haya
sobrevivido, lega a su madre, doña _____,
_____, lo que por legítima pudiera correspon-

SEGUNDA.- Lega a su marido, don _____

_____, el usufructo vitalicio de la par-
ticipación del cincuenta por ciento que a la
testadora corresponde en la vivienda del piso
_____, de la casa número _____ de la calle
_____, de esta Villa de Bilbao, con todo cuanto
en él se encuentre de puertas para dentro. -----

TERCERA.- En el remanente de sus bienes,
instituye heredera a su hermana de doble vincu-
lo, doña _____, y en defecto
de ésta, a sus hermanos doña _____ y don
_____, por partes iguales,
sustituidos por sus respectivos descendientes y
con derecho de acrecer a falta de éstos. -----

TERCERA.- Para el caso de que en su herencia
participen menores, ausentes o incapacitados, o
solicite su intervención algún heredero, designa
albaceas, contadores partidores solidarios a los
Letrados del Ilustre Colegio de Abogados de Biz-
kaia, don _____ y don _____

_____, con las más amplias facultades,
incluso las del artículo 1.057 del Código Civil,
pago de legítimas en metálico y entrega de lega-
dos y las de realizar cualquier acto o negocio
de disposición de bienes de toda clase y natura-
leza, prorrogándoles el plazo legal por dos años

Lagundutako giza ugalketa tekniken ondorioak euskal Zuzenbide zibilean*

MAITE GÓMEZ OLEAGOITIA

Deustuko Unibertsitatea

Zuzenbidean graduatua

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 25/10/2017

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 12/11/2018

Laburpena: Artikulu honetan barruratzen da halako problematika, lagundutako giza ugalketa teknikak eta horren ondorioek euskal Zuzenbide zibilean sortzen dutenak, besteak beste, seme-alabatasuna eta auzotasun zibila, tronkalitatea, oinordetza eta foru-komunikazioa, horiek baitira aipaturiko Zuzenbide zibilaren erakundeak. Hortaz, aurreko gai horiek lotura berezia dute eskumen legegilearekin eta hori ere aztergai da lan honetan, azken finean, ondorio zehatz batzuk lortzeko euskal Zuzenbide zibilaren eraberritze prozesuan.

Gako-hitzak: Lagundutako giza ugalketa teknikak, seme-alabatasuna, auzotasun zibila, euskal Zuzenbide zibila.

* Lan honek Zuzenbidearen Euskal Akademiaren legelari gazteentzako Adrián Celaya sariaren II. edizioaren saria jaso zuen.

Resumen: El artículo aborda la problemática que plantean las técnicas de reproducción asistida en relación a las cuestiones de filiación y sus efectos en la vecindad civil, la troncalidad, la sucesión y la comunicación foral, todas ellas instituciones ubicadas en el ámbito del Derecho civil vasco. De ahí que su relación con las cuestiones relativas a la competencia legislativa en esta materia sean también objeto de análisis y examen; todo ello para obtener una serie de conclusiones que giran en torno a la renovación del Derecho civil vasco.

Palabras clave: Técnicas de reproducción asistida, filiación, vecindad civil, Derecho civil vasco.

Abstract: This work approaches the problems within the different assisted reproduction techniques in relation with filiation, civil-residence, Real Estate Trunk Lineage Statute, inheritance and Universal Community Marriage Property Regime, all of which are Basque Civil Law institutions. Therefore, their relation with the Law demarcation regulation is also an object of analysis and exam, focusing on a battery of conclusions regarding Basque Civil Law renewing.

Key words: Assisted reproduction techniques, filiation, civil-residence, Basque Civil Law.

AURKIBIDEA: I. SARRERA. II. LAGUNDUTAKO GIZA UGALKETA TEKNIKAK ETA ESKUMEN LEGEGILEA. III. SEME-ALABATASUNA. 1. Arau orokorra. 2. Ezkontzazkoa. A. Homologoa. B. Heterologoa. C. Sexu bereko ezkontideak. 3. Ezkontzaz kanpokoak. A. Homologoa. B. Heterologoa. C. Emakumeak bere kabuz. IV. AUZOTASUN ZIBILA. V. TRONKALITATEA. VI. OINORDETZA. 1. Delazioa. 2. Nahitaezko oinordetza. 3. Abintestato oinordetza. 4. Testamentu bidezko oinordetza. A. Hil-buruko testamentua. B. Testamentu mankomunatua. C. Komisario bidezko testamentua. VII. FORU-KOMUNIKAZIOA. VIII. ONDORIOAK. IX. BIBLIOGRAFIA. X. ARAUEN ERANSKINA. XI. LABURDURAK.

I. SARRERA

Lagundutako giza ugalketa teknikak (aurrerantzean LGUT) gizartean gero eta garrantzia handiagoa duten fenomeno bat dira. Izan ere, familia antolaketaren ikuspegitik ohiko ereduarekiko egon diren aldaketek ugalketa modu berriak sortzea eragin dute. Gaur egun, asko eta asko dira teknika horiek erabiltzen dituzten pertsonak, bai aipatutako familia eredu berriak sortu nahi izateagatik bai modu naturalean ugaltzeko ezintasunagatik (familia antolaketa tradizionalaren kasuan).

LGUT inguruko ikerketa lana egiteko arrazoi nagusia, egungo gizartean gai horrek duen garrantzia izan da. Bada, medikuntza- eta teknologia-aurrerapen horiek jende askok eta askok familia bat sortzea ahalbidetzen dute, modu naturalean ezinezko suertatuko zitzaaien gauza bat, hain zuzen. Hortaz, ezinbestekoa da teknikak arautzea, gizarteak horiek normaltasun eta naturaltasun osoz onar ditzan. Izatez, ernalketa artifizial hauetara jotzen duten pertsonak, gainerakoek beste eskubide dute familia bat sortzeko eta amatasun edo aitatasunaz gozatzeko. Horregatik, 14/2006 legearen azterketak interesgarria dirudi, aipatutako hori guztiori kontuan hartuta ondorio zibilak norainokoak diren ikusteko.

Beste arrazoi batzuk aipatzeko, horietako bat da alde batetik teknika horiek zuzenbidearentzat –zuzenbide zibilarentzat orokorrean– suposatzen duten erronka eta pentsaera aldatetaren garrantzia aztertzea. Batez ere, hauen eta beste aurrerakuntza askoren sorrerak zuzenbidean suposatzen dituen arazoak planteatuz, horien inguruan dauden iritziak haztatu eta balizko konponbideetatik egokiena bilatzea. Bestetik, Euskal Herrian LGUTen inguruko arauketarik ezaren ondorioen norainokoa ikustearren erabaki da gai hau lantzea. Eta legeria falta horrek segurtasun juridikoaren norainoko gutxitzeari so egiteko.

Horiek horrela, tekniken erabileraren hazkundeagatik egoera berri hau erregulatzeko beharra agertu da eta lan honen helburua teknika horiek erabiltzearen ondorioak aztertzea da, hain zuzen ere Euskal Zuzenbidean. Horretarako, kontuan hartuko dira bai 14/2006 Legea, LGUTei buruzkoa¹, bai 5/2015 Legea, Euskal Zuzenbide Zibilaria (EZZ) buruzkoa². Gainera, azken lege honek berrikuntza ugari ekarri ditu EZZean aurreko legeak ezarritako arauketarekin alderatuz, eta egoera berri horiek lan guztian zehar ikertzea da jomuga.

Lana burutzeko metodologiari dagokionez, hasteko gaia zehazteko asmoarekin informazio bilketa bat egin da. Horri jarraituz, hasiera eman zaio abstrakzio fase bati, zeinetan aztertutako atal bakoitzean gerta litezkeen balizko arazoak planteatu diren, gerogarrenean itaun horien konponbidea bilatu eta azaltzeko. Esaterako, guraso baten heriotza gertatu eta gero horrenganako LGUTen ondoriozko seme-alabatasuna zehaztea posible den. Behin edukia osatzen duten atal guztien hipotesi horiek aztertuta, lanetik ateratako ondorioen azalpena burutu da.

¹ Espainia. 14/2006 Legea, maiatzaren 26koa, Lagundutako Giza Ugalketa Teknikei buruzkoa. *Estatuko Aldizkari Ofiziala (EAO)*, 2006ko maiatzaren 28an argitaratua, 126. zenbakia, 19.947-19.956 orr.

² Euskal Autonomia Erkidegoa. 5/2015 Legea, ekainaren 25ekoa, Euskal Zuzenbide Zibilaria buruzkoa. *Euskal Herriko Aldizkari Ofiziala (EHAO)*, 2015eko uztailaren 3an argitaratua, 124. zenbakia.

Ikerketa juridiko hau burutzeko, erabilitako iturriak, orotarikoak izan dira; liburuak, artikulu doktrinalak, aldizkari juridikoak, web orrialdeak, etab. Batez ere, hauen artean erabilienak CENDOJ, Dialnet, JADO eta EAO izan dira.

Azkenik, gradu amaierako lan hau osatzen duten atalen artean sei atal nagusi bereizi behar dira. Lehenengo atala den sarrera honi jarraituz bigarren atalean, LGUT kontzeptua eta gai horren eskumen legegilea aztertu dira. Hirugarrenean, seme-alabatasunaren zehaztapenaren inguruko gora-beherak planteatu dira. Laugarrenean, auzotasun zibila zehazteko orduan sortu litezkeen arazoak azaldu dira. Bosgarrenean, tronkalitateak suposatzen dituen onura eta mugak aztertu dira. Seigarrenean, LGUT bidez jaio-tako seme-alaben oinordetza fenomenoak ikertu da. Eta azkenik, zazpigarrenean foru-komunikazioaren nondik norakoak arakatu dira. Aipatu sei atal horiekin batera, ondorioak planteatzeaz gain laburduren zerrenda, bibliografia eta arauen eranskina ere gehitu zaizkio lanari.

II. LAGUNDUTAKO GIZA UGALKETA TEKNIKAK ETA ESKUMEN LEGEGILEA

Gaur egun, LGUT inguruko arauketa bakarra estatu mailakoa da; 14/2006 Legea. Izan ere, osasunaren oinarriak eta koordinazio orokorra zehaztea estatuaren eskumen eksklusiboa da Espainiako Konstituzioaren³ (EK) 149.1.16. artikulua ezarri bezala. Horrez gain, badaude lege horren zati batzuk zeinak EKren 149.1. artikulua beste azpi-puntu batzuetan oinarritzen diren, hain zuzen ere, IV. kapitulua (gameto eta aurre-enbrioien ikerketari buruzkoa, 149.1.15. artikuluan oinarrituta garatua) eta 7tik 10era arteko artikulua (seme-alabatasunari buruzkoa, 149.1.8. artikuluan oinarrituta).

³ Espainia. Espainiako Konstituzioa. *EAO*, 1978ko abenduaren 29an argitaratua, 311. zenbakia, 29.313-29.424 orr.

Hala ere, kontuan hartu behar da, autonomia erkidegoek (AE) ere badutela zeresanik gai honen barnean. Izan ere, nahiz eta osasunaren oinarri orokorrak finkatzea estatuaren eskumeneko gaia izan, oinarri horiek garatzeko eskumena aitortu zaie AEei EKaren 148.1.21. artikulua esanetan. Euskadin, aukera hori izan arren, ez da eskumen hori erabili; gaur egun ez baitago LGUTen inguruko arauketa propiorik.

Kontrara, 14/2006 Legeak ukitzen duen esparru zibilari dagokionez, Euskal Autonomia Erkidegoan (EAE) badago 5/2015 Legea EZZri buruzkoa, aztergai izango dena teknika horiek erabiltzearen ondoriozko egoera zibilen gora-beherak argitzeko.

14/2006 Legearen aurretik, LGUTen gaiak beste arauketa batzuk ere izan ditu. Teknika berri hauen sorrera 70eko hamarkadan gertatu zenez, une hartan bertan horiek arautzeko beharra sortu zen, eta behar horren emaitza izan zen 35/1988 Legea⁴. Lege honen kontra Konstituzio aurkakotasun errekurso bat aurkeztu zen, baina Konstituzio Auzitegiak ezetzatu egin zuen, legeari onarpena emanez.

Hamabost urte geroago, 45/2003 Legea⁵ eman zen, aurreko hori aldatzeko asmoarekin. Hainbatez, esandako hamabost urte horietan aurreakuntza zientifiko asko gertatu ziren bai medikuntzaren arloan orokorrean, baita LGUTetan. Hortaz, beharrezkoa zen berrikuntza horien inguruko gorabeherak arautzea eta etikaren eta segurtasun juridikoaren inguruan sor litezkeen balizko arazoei konponbidea ematea.

Horrela, gaur egunean indarrean dagoen legeari helduko diogu. Hau ere, denbora igaro ahala, aurreko legean ikusi diren akatsak ongitzeko, hutsuneak osatzeko eta legea bera eguneratzeko emana.

⁴ Espainia. 35/1988 Legea, azaroaren 22koa, Lagundutako Ugalketa Teknikei buruzkoa. *EAO*, 1988ko azaroaren 24an argitaratua, 282. zenbakia, 33.373-33.378 orr.

⁵ Espainia. 45/2003 Legea, azaroaren 21ekoa, zeinaren bitartez 35/1988 Legea, Lagundutako Ugalketa Teknikei buruzkoa aldatzen den. *EAO*, 2003ko azaroaren 22an argitaratua, 280. Zenbakia, 41.458-41.463 orr.

LGUT aurretik aipatu bezala, modu artifizialean emakumearen haurdunaldia lortzeko prozesuak dira, bai emakumearen zein gizonezkoaren antzutasunagatik bai bikote homosexualak batera ugaltzeko ezintasunagatik erabiliak. Egungo legeak hiru teknika jasotzen ditu, beronen eranskinean zehazten direnak.

Hasteko, intseminazio artifiziala aipatzen da. Teknika honen bitartez, espermatozoideak emakumearen umetokian sartzen dira, Falopioren tronpetan ernalketa gerta dadin. Bigarren teknikari dagokionez, in vitro ernalketa edo espermatozoideen zitoplasma barneko injekzioa dugu. Prozesu honek espermatozoidea eta obulua laborategian batzean datza gero garrenean emakumearen umetokira sartzeko. Azkenik, legeak onartu duen hirugarren teknika gametoen transferentzia intratubarikoa da, zeinaren bitartez ebakuntza bat eginez espermatozoide eta obulu helduak emakumearen umetokian sartzen diren.

Teknika horiek beraz, amatasun subrogatua ez bezala, legezkoak dira Espainian. Izan ere, aipatu beharra dago amatasun subrogatua 14/2006 Legeak berak, 10. artikuluan ezarri duenez debekatuta dagoela Espainiako estatuan, eta hori erabiltzekotan, umearen seme-alabatasuna ume hau erditzen duen emakumearekiko zehaztuko dela ezarri da, emakume horren eta beste alderdiaren arteko kontratua deuseza izanik.

III. SEME-ALABATASUNA

1. Arau orokorra

LGUT erabiltzearen ondoriozko seme-alabatasunaren zehaztapenari dagokionez, 14/2006 Legearen 7.1. artikulua dioenez, lege zibilen araberako egingo da. Hortaz, EAEak seme-alabatasunari buruzko arauketa

propiorik ez duenez, Kode Zibilera⁶ (KZ) jo behar da. Bertan, 108. artikuluan seme-alabatasun mota desberdinak zehazten dira; alde batetik, seme-alabatasun biologikoa aipatzen da eta bestetik, adopzio bidezkoa. Biologikoaren baitan, beste desberdintasun bat ere egiten du; ezkontzazkoa eta ezkontzaz kanpokoa.

Hortaz, planteatzen den lehenengo eztabaida LGUTetik eratorritako seme-alabatasunaren erregimen juridikoa zein den zehaztea da. Legegilearen irizpidea bai 35/1988 Legean, bai 14/2006 Legean, seme-alabatasun natural edo biologikoaren aldekoa izan da. Hala ere, doktrinaren parte handi bat ez dago horrekin ados, eta batzuek hirugarren seme-alabatasun mota bat finkatzea edo erabilitako LGUTaren arabera seme-alabatasun mota bat edo beste zehaztea proposatu dute⁷.

Legegilearekin bat etorriz, zentzuzkoa da seme-alabatasun biologikoaren aldeko jarrera hartzea. Izatez, nahiz eta ugaltze-materiala emakumearen umetokian modu artifizialean sartu edo ernalketa modu berean gertatu, enbrioia emakumearen umetokian garatzen da umea jaio arte. Beraz, adopzioan ez bezala, haurraren eta amaren artean lotura estua dago, eta senarraren eta umearen artean ere, baldin eta LGUTan senarraren gametoak erabili badira.

KZko seme-alabatasunaren arauketari jarraiki, aipatu seme-alabatasun biologikoaren barruan beste bereizketa bat egiten du; ezkontzazkoa edo ezkontzaz kanpokoa izan daiteke. Eta orain azalduko den bezala, mota batekoa edo besteko seme-alabatasuna zehazteko arazo desberdinak planteatzen dira.

⁶ Espainia. 1889ko uztailaren 4ko Errege Dekretua, Kode Zibila argitaratzekoa. *EAO*, 1889ko uztailaren 25ean argitaratua, 206. zenbakia, 249 or.

⁷ VERDERA SERVER, R. «Comentario a los artículos 7 y 8». In: COBACHO GÓMEZ, J.A. (Koord.). *Comentarios a la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Zizur Txikia: Thomson-Aranzadi, 2007, 217-219. orr.

2. Ezkontzazkoa

A. Homologoa

- *Inter vivos*

Ernalketa homologoa *inter vivos* gertatzen den kasuetan ez da arazo gehiegi planteatzen. Egin-eginean ere, ernalketa homologoak LGUTn senarraren gametoak erabiltzean datza. Beraz, senarrak bere ugaltze-materiala erabiltzeko adostasuna ematen badu, nahiz eta ernaltzea modu artifizialean gertatu guraso biologikoak (genetika-materiala ematen dutenak) eta guraso juridikoak (modu formalean legearen arabera jasotakoak) bat datoz. Seme-alabatasuna zehazterakoan, ez da inolako arazorik egongo, Kode Zibileko erregelak jarraituko dira, 115.-119. artikuluen bitartekoak hain zuzen.

Aldiz, senarrak bere gametoak erabiltzeko adostasuna ematen ez duenean, seme-alabatasuna zehazteko orduan eztabaida sortzen da. Alde batetik, adostasunari lehentasuna ematen bazaio, senarrak aitatasuna inpugna dezake. Beste alde batetik, gertakari biologikoari lehentasuna ematen bazaio, senarrak aitatasuna onartu beharko luke.

- *Post mortem*

Kasu honetan ere, senarraren gametoak erabiltzen dira kasuan kasuko teknikaren bitartez ernalketa gauzatzeko, baina senarra hil eta gero. Egoera zehatz hau beren-beregi jaso du 14/2006 Legeak, 9.1. artikuluan, eta seme-alabatasuna zehazteko ezintasuna ezarri du (aitarekiko), senarraren heriotza unean bere ugaltze-materiala emaztearen umetokian ez badago.

Aipatu artikuluan xedatutakoa gorabehera, senarrak adostasuna eman dezake eskritura publiko, testamentu edo antzeko agiriaren bitartez, bera hil eta hurrengo 12 hilabeteetan bere ugaltze-materiala erabil dadin bere emaztea ernaltzeko. Egoera horretan senarraren adostasuna dagoenez, jaiotzen den umearikiko ezkontzazko seme-alabatasuna ezarriko da. Adostasun hori dagoela ulertuko da baldin eta gizona hil baino lehen

emazteak lagundutako ugalketarako prozesua hasia bazuen. Guzti hau 9.2. artikulua xedatzen du (14/2006 Legekoak).

B. Heterologoa

Ernalketa heterologoari dagokionez, senarra ez den hirugarren gizon baten gametoak erabiltzen dira ernalketa prozesurako. Beraz, kasu honetan egon daitekeen arazoa da, ugaltze-materiala ez dela senarrarena, eta aitasunaren zehaztapena ez dela ernalketa homologoan bezain argia.

Ernalketa mota hau erabiltzeko, emakumearen eta senarraren adostasuna badago, teknika horren ondorioz jaiotako haurrarekiko, ezkontzazko seme-alabatasuna ezarriko da. Beraz, adostasunak sekulako garrantzia du kasu honetan. Izan ere, 14/2006 Legeko 8.1. artikulua dioenez, behin adostasuna emanda, ez emakumeak ezta gizonak ere, ezin izango dute ernalketa hori aurkaratu.

Eztabaida, senarraren adostasuna ez dagoenean sortzen da. Kasu horretan seme-alabatasuna ezkontzazkoa den edo ez zalantzarria izan daiteke, aurreko kasuan ez bezala senarraren adostasuna falta baita. Honen aurrean planteatzen den konponbidea KZren 116. artikuluan jasotzen den presuntzioa da; hau da, seme-alabak ezkontzaren ostean jaio baidira, eta ezkontza hori desegin edo ezkontideak legez nahiz egitez bannandu eta hurrengo hirurehun egunak igaro baino lehen, uste da horiek senarraren seme-alabak direla.

Gerta daiteke, emakumeak ernalketa heterologo prozesua hastea senarrak horren berri eduki barik. Zer nolako seme-alabatasuna egongo litzateke umea jaiotzean? Senarrak aukera bi izango lituzke. Alde batetik, aitasuna aurkaratu ahal izango luke, akzio baten bitartez. Bestetik, ume hori seme edo alaba bezala inskribatu ahal izango luke; hau da, bere ezkontidearen umea adoptatu.

C. Sexu bereko ezkontideak

Orain arte aipatutako kasu guztiak bikote heterosexualan oinarritutakoak izan diren arren, 14/2006 Legeak, 2007. urtean izandako aldaketa batek ezkontide homosexualen kasua aurreikusten du, amatasun bikoitzarena hain zuzen. Hainbatez, 7.3. artikulua xedatzen duenez, beste emakume batekin ezkontutako emakumeak, bere ezkontidearengandik jaiotako umearen seme-alabatasun zehazteko adostasuna eman dezake Erregistro Zibilaren Legeak xedatutakoaren arabera adierazpen baten bitartez.

Beraz, uler daiteke, umea sabelean hazi ez duen emakumeak, aitorpenaren bitartez, bere ezkontideak erditu duen umearen seme-alabatasunaren gaineko adostasuna eman dezakeela, eta seme-alabatasun hori ezkontzazkoa izango dela. Artikulu horretatik bi ondorio atera daitezke: alde batetik, beharrezkoa dela emakume bien arteko ezkontza egotea, eta bestetik, adostasun adierazpenak zehazten duela seme-alabatasuna. Horiek horrela, doktrinaren ustetan, 7.3 artikulua bitartez, seme-alabatasuna zehazteko titulu berri baten aurrean gaude, BARBER CÁRCAMO⁸ azaldu bezala.

Hala ere, artikulu honek alde batera utzi du ezkontuta ez dauden emakumeen kasua; doktrinak begi onez ikusi ez duen bereizketa. Bartzuen ustetan, xedapen horrek *more uxorio* bizi diren emakumeekiko diskriminazioa suposatzen du. Izan ere, aurrerago azalduko den bezala emakume umedunarekin afektibotasun harremana duen gizonak emandako adierazpena seme-alabatasuna zehazteko modu bat da. Bereizketa hori, analogiaren bitartez konpondu beharko litzateke hauen aburuz⁹.

Horrez gain, gizonezkoen ezkontza edo bikote homosexualak ere, kanpo uzten ditu 7.3. artikulua. Hala ere, horren arrazoia halako kasu

⁸ BARBER CÁRCAMO, R. «Reproducción asistida y determinación de la filiación». *Revista Electrónica de Derecho (REDUR)*. 2010eko abendua, 8. zenbakia, 29. or.

⁹ TAMAYO HAYA, S. «Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas». *Revista Digital Facultad de Derecho (Universidad de Cantabria)*. 2013, 6. zenbakia, 280 or.

baten nahitaez amatasun subrogatura jotzeko beharra da (bikotekideek umeak sabelean hazteko duten ezintasunagatik), eta esan bezala, lege honek beronek debekatu egiten du teknika horren erabilera Espainiako estatuan (10. artikuluan).

3. Ezkontzaz kanpoko

A. Homologoa

- *Inter vivos*

Lehen aipatu antzera, ezkontzaz kanpoko ernalketa homologoan emakumearekin harreman afektiboa duen gizonaren gametoak erabiltzen dira LGUTn. Legeak ez du egoera honentzat arauketa berezirik aurreikusten, eta ondorioz, berriz ere KZera jo behar da. Hain zuzen ere, 120.tik 126.ra bitarteko artikuluetara; bertan xedatzen baita ezkontzaz kanpoko seme-alabatasunaren zehaztapena. Zehaztapen hori egiteko moduak KZren 120. artikuluan jaso dira; Erregistro Zibilar buruzko arauketaren araberrako inprimakian egindako adierazpenaren bidez; Erregistro berdineko arduradunaren aurrean, testamentuan edo beste dokumentu publiko baten egindako aitorenaren bidez; eta erregistro-espeditetik eratorritako ebazpenaren bidez, besteak beste.

Emakumearen bikotearen adostasunik gabe egiten bada KZko presuntzioak aplikatu beharko dira seme-alabatasuna zehazteko. Beraz, gizonak teknikak bere adostasunik gabe erabili direla frogatu beharko du. Dena dela, epaileak batez ere haurraren onura hartuko du kontuan ebazpena emateko orduan.

- *Post mortem*

Post mortem ernalketa homologoan, ernaldua izango den emakumearekin afektibotasun harremana duen gizonaren gametoak erabiltzen dira baina gizon horren heriotza gertatu eta ostean. Kasu honetan, legegileak berdindu egiten ditu ezkontide eta bikotekide zenduaren egoerak. Hau da,

gizonezkoen (senarraren edo bikotekidearen) ugaltze-materiala emakumearen umetokian badago beraien heriotza unean, horiekiko seme-alabatasuna ezarriko da, orain aztergai dugun kasuan ezkontzaz kanpoko.

Horrez gain, LGUTEi buruzko legeak ezkondu gabeko gizonari (senarrarekin egiten duen gisan) bera hil eta hurrengo 12 hilabeteetan bere bikotekidea ernaltzeko helburuarekin bere gametoak erabiltzeari adostasuna emateko baimena ematen dio, kasuan kasuko dokumentuaren bitartez.

B. Heterologoa

Ernalketa heterologoan, arestian azaldu bezala, hirugarren gizon baten gametoak erabiltzen dira; kasu honetan emakumearekin afektibotasun harremana duen gizona ez den beste batenak. Halako kasuetan emakumearen bikotearen aldeko aitatasuna zehaztu ahal izateko, kasuan kasuko teknika hasi baino lehen gizonak adostasuna eman beharko du horretarako eskumena duen zentroaren aurrean egindako dokumentuan. Dokumentu hori zalantzarik gabekotzat hartuko da 20/2011 Legearen¹⁰ 44.7. artikuluko efektuetarako.

LGUTpean jarriko den emakumearen bikoteak adostasunik ez emateko kasuan, zer gertatuko litzateke? Gizon horrek, adostasuna eman ez duela aintzat hartuta, ez luke bere bikoteak erditutako umearekin inolako harremanik izango; ez harreman biologikorik, ezta harreman juridikorik ere. Beraz, ezin izango litzateke aitarekiko seme-alabatasuna zehaztu. Hala ere, nahiz eta prozesua hasi baino lehen adostasuna ez eman, edozein momentutan, gizon horrek bere aldeko aitatasuna zehaztu dadin aitortpena egin dezake (KZren 120. artikuluan xedatutako moduen arabera).

¹⁰ Espainia. 20/2011 Legea, uztailaren 21ekoa, Erregistro Zibilari buruzkoa. *EAO*, 2011ko uztailaren 22an argitaratua, 175 zenbakia, 81.468-81.502 orr.

C. Emakumeak bere kabuz

14/2006 Legeak, ez du beren-beregi aipatzen emakume batek bere kabuz; inolako bikote barik, LGUT erabiltzeko kasua. Hala ere, 6.1. artikulutik ondoriozta daiteke hau posible dela, bertan, 18 urtetik gorako edozein emakume teknika hauen erabiltzaile izan daitekeela esaten baitu, baldin eta horrek jarduteko gaitasuna badauka eta kasuan kasuko teknika erabiltzeko adostasuna modu libre, kontziente eta berariazkoan ematen badu. Gainera, 6.3. artikuluan emakumea ezkondata egotekotan egin beharrekoa aipatzen da, beraz uler daiteke 6.1. artikulua emakumeak bere kabuz teknika hauetara jotzen duen kasuari egiten diola erreferentzia.

Horiek horrela, emakumeak LGUTetara bere kabuz jotzen duenean, teknika horien erabileraren ondorioz jaiotzen den umearen amarekiko seme-alabatasuna zehaztu ahal izango da, ez ordea aitatasuna. Seme-alabatasun hori ezkontzaz kanpokoa izango da eta ernalketa heterologoaren bitartez egindakoa.

Behin seme-alabatasunaren zehaztapenaren inguruko gorabeherak aztertuta, eta horren inguruko hipotesiak argituta, seme-alabatasun hori zehazteak EZZren alor desberdinetan eragiten dituen ondorioak, eta batez ere haurren egoera, aztertzeari joko zaio.

IV. AUZOTASUN ZIBILA

Berez, auzotasun zibila pertsona baten eta lurralde baten artean ezarzen den lotura da. Lotura horrek, Espainiar estatuaren barnean legeria jakin baten edo bestearen menpe jartzen ditu herritarrak; hau da, auzotasun zibilaren bitartez zehaztuko da herritar bakoitzari zuzenbide zibil erkidea edo berezia aplikatuko zaion. Gure kasuan, 5/2015 Legea, EZZri buruzkoa izango litzateke zuzenbide zibil berezia.

LGUTen erabileraren ondorioz jaiotako umeen auzotasun zibilaren zehaztapenari dagokionez, 14/2006 Legeak ez du ezer berezirik aipa-

tzen, beraz lan honetan aztergai den legera jo behar dugu; EZZri buruzko legera hain zuzen. Bertan, lege berriak ekarri duen berritasun handienetako bat ikus daiteke: euskal auzotasun zibila. Izan ere, 5/2015 Legeak indargabetu duen 3/1992¹¹.

Legean ez zegoen euskaldun guztientzako auzotasun zibil erkide bat, eta ondorioz, ez zen lurralde guztietan lege berdina aplikatzen; forudunak eta forugabeak desberdintzen baitziren. Gaur egun, 5/2015 Zazpigarren Xedapen Iragankorrean¹² ezarri denez EAeko edozein lurraldetako auzotasuna dutenek, euskal auzotasun zibila eskuratuko dute zuzenean. Xedapen honen eragina sekulako da, izatez, auzotasuna aldatzeak, aplikagarri zaien legea ere aldatzea eragin du euskal herritar askorentzat.

EZZri buruzko legera auzotasun zibilaren arauketarekin hasteko, 10.2. artikuluan ezartzen denez, auzotasun zibila KZko arauekin bat etorri eskuratu, iraunarazi eta galduko da. Hortaz, KZan xedatutakoa hartu beharko dugu kontutan auzotasun zibilaren zehaztapenerako. KZren 14. artikulua bi kasu bereizten ditu jaioberrien auzotasuna zehazteko momentuan; alde batetik guraso biek auzotasun berdina dutenean, eta bestetik, auzotasun desberdina dutenean.

Lehenengo kasuari dagokionez –gurasoek auzotasun bera dutenean– LGUTen erabileraren ondorioz jaiotako umeak auzotasun hori berori izango du; gurasoen berdina (KZren 14.2. artikulua). Aldiz, gurasoen auzotasuna desberdina den kasua KZren 14.3. artikulua jasotzen du, eta horren arabera, jaioberriaren seme-alabatasuna noren alde lehenago eza-

¹¹ Euskal Autonomia Erkidegoa. 3/1992 Legea, uztailaren 1ekoa, Euskal Herriko Foru Zuzenbide Zibilar buruzkoa. *EHAO*, 1992ko abuztuaren 7an argitaratua, 153. zenbakia, 6.989-7.077 orr.

¹² 5/2015 Legearen Zazpigarren Xedapen Iragankorra: «*Lege hau indarrean jartzeaz geroztik, Euskal Autonomia Erkidegoaren lurraldeetatik edozeinetan auzotasun zibila dutenek zuzen-zuzenean eskuratuko dute euskal auzotasun zibila, eta, hala denean, euren dagokien toki- auzotasun zibila ere bai*».

rri eta horren auzotasuna izango du haurrak. Guraso bien aldeko seme-alabatasuna aldi berean zehaztu bada, umearen auzotasuna bere jaioterriaren arabera izango da. Eta azken buruan, auzotasun erkidea izango du. Hala ere, artikulua berean esaten denez, gurasoek haurra jaio eta hurrengo 6 hilabeteetan beraietako edozeinen auzotasuna ezarri ahal izango diote seme-alabari.

EAEko arauketari jarraiki, EZZri buruzko legearen 11. artikulua zalantzarik kasuetan zein auzotasun zibil gailenduko den aipatzen du, eta hori jaiotza-lekuari dagokiona izango da. Xedapen bera jasotzen du KZk 14.6. artikuluan. Beraz, nahiz euskal legeak zalantzarik kasua berriaz arautu, KZk ezartzen duen berdina jaso du.

Aipatzekoa da, auzotasun zibilari buruzko arauketa berriaren inguruan eztabaida handia sortu izan dela Zazpigarren Xedapen Iragankorren konstituziotasuna dela eta. Bada, doktrinaren zati handi batek EAEk euskal auzotasun zibila sortuaz, EKk 149.1.8. artikuluan¹³ estatuari aitortutako eskumen eskusiboa urratu dela ulertzen du. Bertan aipatzen diren lege-gatazkak konpontzeko arauen barruan lotura puntuak ere badaudela ulertzen baitute. Eta lotura puntu esanguratsuenetariko bat hain zuen, auzotasun zibila da. Jurisprudentziak ere horrela ulertu du, eta auzotasun zibila arautzeko eskumena estatuarena dela adierazi du.

Hala ere, kontrako jarrera ere defendatu daiteke. Eta doktrinaren beste zati handi batek horrela uste du eta hurrengo argudioetan oinarritzen da. Hasteko, ez da inolako konstituzio-aurkakotasun errekurtsorik aurkeztu Estatuaren aldetik. Gainera, Euskal Herriko Autonomia Estatuua-

¹³ EKren 149.1.8. artikulua: «Estatuaren eskumen eskusibokoa da: legegintza zibila; horri kalterik egin gabe, autonomia-erkidegoek zuzenbide zibilak, forudunak nahiz bereziak, iraunarazi, aldatu eta garatu ahal izango dituzte, halakoak direnetan. Edozein kasutan, arau juridikoen aplikazio eta eragingarritasunari buruzko erregelak, ezkontzeko formei dagozkien harreman juridiko-zibilak, erregistro eta agerkari publikoen antolakuntza, kontratuak betebeharen oinarriak, lege-gatazkak konpontzeko arauak eta Zuzenbidearen iturburuak zehazten dituztenak, betiere, azken kasu horretan, foru-zuzenbidearen edo zuzenbide bereziaren arauak errespetatuaz».

ren¹⁴ (EHAE) 10.5. artikulua¹⁵ jasotzen duenez, EAEk eskumena du foru zuzenbidea aldatu eta garatzeko, beraz, euskal auzotasun zibilaren sorrera eskumen honen esparruan egiten da. Azkenik, Estatu Kontseiluaren 1537/92 Irizpenaren¹⁶ arabera EAEk eskumena du bere lurraldearen barnean gerta daitezkeen lege gatazkak konpontzeko gatazka arauak eta auzotasun zibila erregulatzeko.

Azaldu berri diren argudioak, bai alde batekoak, bai bestekoak erabiliz jarrera biak defendatu ahal direnez, desadostasun handiak daude doktrinan. Hala ere, Konstituzio Auzitegiaren epai batez baino ezin daiteke eztabaida hau konpondu¹⁷.

V. TRONKALITATEA

Tronkalitatea, CHALBAUD ERRAZQUINEK¹⁸ zioen bezala, onibarraren eta familiaren artean ezartzen den lotura bat da, ondasun horiek familiaratik inoiz irten ez daitezen. Eta 5/2015 Legeak ere, 62.1. artikuluan definizio bat jasotzen du esanez tronkalitateak ondarearen familia-izaera babesten duela. Beraz, Foruetatik datorren tronkalitatearen erakunde hau

¹⁴ Euskal Autonomia Erkidegoa. 3/1979 Lege Organikoa, abenduaren 18koa, Euskal Herriko Autonomia Estatutuari buruzkoa. *EHAO*, 1980ko urtarrilaren 12an argitaratua, 32. zenbakia.

¹⁵ EHAEn 10.5. artikulua: «*Euskal Herriko Autonomia Erkidegoak bakarreko eskumena du: Euskal Herria osatzen duten lurralde historikoetako foru-zuzenbide zibil eta berezia, dela idatzia ala ohiturazkoa, gorde, aldatu nahi garatzea, eta indar izango duen lurraldea finkatzea*».

¹⁶ Estatu Kontseiluaren 1537/1992 Irizpena, 3/1992 Legea –Euskal Herriko Foru Zuzenbide Zibilari buruzkoa– dela eta eskumenen egokitzapenerakoa.

¹⁷ IRIARTE ÁNGEL, J.L. «El asentamiento institucional y material del Derecho Civil Vasco: Ámbito material y personal y normas conflictuales». In *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Gasteiz: Txosten eta agiriak bilduma. Maior saila. Eusko Legebiltzarra, 2016, 135-161 orr.

¹⁸ CHALBAUD ERRAZQUIN, L. *La Troncalidad en el Fuero de Bizcaya: sucesión troncal, llamamientos en las transmisiones onerosas*. Bilbo: Sebastián de Amorrortu, 1898.

familiak bizitza osoan lortutako ondasunak belaunaldiz belaunaldi igarotzean euren horretan mantentzeko sortua izan zen. Erakunde honen izateko arrazoia estu lotuta dago printzipio tronkal eta sozialekin, eta batez ere baserriak euskal gizartean duen garrantziarekin¹⁹.

Erakunde euskaldun honen aplikazio eremuari dagokionez, onibarrak izango dira Bizkaiko lur lauan zein infantzonatuan eta Laudio eta Aramaioko udal-mugarteetan kokatutakoak, 61.1. artikuluaekin bat etorriz. Beraz, aipatu artikulua eta 61.2. artikulua²⁰ kontuan harturik, tronkalitatearen ondoreak Bizkaiko ia lurralde osoan –61.2. artikuluan zerrendatzen diren herriak salbu– eta Laudion eta Aramaion kokatutako onibarren gainean gertatuko dira. Eta onibarrak dira 64. artikulua dioenez, jabetza eta gainerako gozate-eskubide errealak, lurzorua gainekoak edo bertan landatu, eraiki edo ereiten denaren gainekoak baldin badira. Hortaz onibarrak izan daitezke orube bat, zein etxebizitza bat edo landareak.

LGUTk erabiltzeak tronkalitatean dituen ondorioei erreparatuz, hasteko, jaioberria tronkero izango da, 66.1. artikulua arabera. LGUTk erabili izanak senide tronkero izateko berez, ez du inolako arazorik planteatzen. Berez, horretarako beharrezkoa den betekizun bakarra Erregistro Zibilean seme-alaba gisa inskribatuta egotea delako. Ondorioz, tronkalitatearen ondoreetarako ez da kontuan hartuko seme-alabatasuna naturazkoa edo biologikoa den, eta LGUTen ondorioz jaiotako umeak, modu naturalean jaiotakoak beste eskubide izango ditu tronkalitateari dagokionez.

Zalantzarriagoak dira aldiz, 69. artikulua hari sor daitezkeen egoerak. Artikulu horrek, berrikuntza esanguratsu bat ekarri baitu 3/1992 Le-

¹⁹ GOROSTIZA VICENTE, J.M. «El futuro de la institución troncal». In *El Derecho Civil Vasco... op. cit.*, 275–284 orr.

²⁰ 5/2015 Legearen 61.2. artikulua: «*Infantzonatua edo lur laua da Bizkaiko lurralde historiko osoa, salbu eta Balmeda, Bermeo, Bilbo, Durango, Ermua, Gernika-Lumo, Lanestosa, Lekeitio, Markina-Xemein, Ondarroa, Otxandio, Portugaleta eta Plentziako hiribilduen zati frogabea, eta Urduñako hiria*».

gearren 24. artikulua arauketarekin alderatuz. Aurreko legean ondasun tronkalen gainean dohain bidez egindako eskualdaketak (*inter vivos* zein *mortis causa* egindakoak) deusezak ziren *ope legis* baldin eta, kanpokoen edo ondasunak eskuratzeko lehenespenezko lerroan ez dauden senideen mesedera-ko egiten baziren. Indarreko legean aldiz, horrelako kasuetan eskualdaketa hori deuseztakorra izango da –hortaz ez da berez deuseza izango– eta senide tronkeroak lau urteko epea izango du eskualdaketa hori aurkaratzeko, beronen berri duenetik eta, edozelan ere, Jabetza Erregistroan inskribatu denetik.

LGUTen aplikazioaren ondorioz, manu hauen harira planteatzen da zer gertatuko litzatekeen baldin eta senarra hiltzean bere gametoak erabiltzeko adostasuna eman eta ondasun tronkalaren eskualdaketa, gametoak erabil daitezkeen 12 hilabete horiek igaro baino lehen egiten denean. Kasu horretan, baliteke eskualdaketaren momentuan transmisio hori guztiz baliozkoa izatea (seme-alabarik ez egotekotan beste senide tronkero bati eman zaiolako), baina gerogarrenean lehenespenezko lerroko senide tronkero bat agertzeak, egintza horren inguruko baliozko-tasuna kolokan jartzen du.

Aurreko legeria aplikatuz, arazoa planteatzen da eskualdaketaren momentua eta deuseztasunaren efektuak aztertzean. Hala ere, EZZri buruzko lege berrian kontu hori nolabait argituta geratu da. Hainbatez, horrelako eskualdaketa bat deusez bihurtzeko senide tronkeroak berak aurkaratu beharko du, eta hortaz aurkaratzen ez denean guztiz baliozkoa izango da. Beraz, planteamendu horretatik ondoriozta daiteke, berez lege berriak ez duela, begi txarrez ikusten horrelako eskualdaketak gertatzea. Eta ondorioz, LGUTen erabilera dela eta jaiotako umea aurkaratzeko epea amaitu baino lehen jaiotzen bada kasuan kasuko besterentzea aurkaratu ahal izango du, baina behin epea igarota jaiotzen bada aldiz, ez. Jaioberriak eskualdaketa horren aurka egin ahal izateko gaitasunik ez duenez, garrantzitsua da kontuan hartzea, beronen orde z bere ama edo tutoreek jardun beharko dutela.

Laburbilduz, LGUTen erabilerak tronkalitatean eragin nabarmena dauka. Bada, teknika horien bitartez jaiotako haurrak printzipioz gainerrako senide eta ondorengoek beste eskubide izateaz gain, senide tronkeror izango da. Horrek suposatzen du tronkalitatearen nahitaezko erregelak errespetatuz ondasun tronkeroa familiaren barruan geratu beharko dela, jaraunslaren askatasuna mugatuz.

Amaitzeko, esan beharra dago EZZri buruzko legean tronkalitateari buruz jasotako arauketa nolabait aurreko legekoa baino zabalagoa dela. Baliteke joera malguago horren atzean gizartearen garapen eta aurrerakuntzak egotea, lan honetan aztergai diren LGUTak kasurako. Izan ere, tronkalitatearen inguruabarrak oso desberdinak dira gaur egun eta foruen garaian; familiaren kontzeptutik bertatik hasita. Eta 5/2015 Legearen bitartez, erakunde hau gaur eguneko egoerara moldatu da, ADRIÁN CELAYAK beharrezko zela zioen bezala: «*Y no pienso en abolir la troncalidad sino en adaptarla. Hay que modificar unas normas que heroicamente han sobrevivido durante muchos siglos pero que son muy difíciles de adaptar al mundo actual. (...) Me parece urgente esta modificación de la ley foral*²¹».

VI. OINORDETZA

1. Delazioa

Delazioa EZZri buruzko legean 17. artikuluan jasotzen da, esanez noiz eta non irekiko den. Baina LGUTekin lotuta planteatzen den arazoari buruz, ez da inolako xedapenik jaso. Hau da aipatu arazoa, hain zuzen: *nondum conceptia* oinordetzarako deitua izan daitekeen²². Izan ere,

²¹ CELAYA IBARRA, A. «La troncalidad» *JADO Aldizkaria*. 2012ko ekaina, 23. zenbakia, 7-19 orr.

²² ATXABAL, A.; GOIKOETXEA, L.; PÉREZ, E. eta URRUTIA, A.M^a. *Practicum de Derecho Civil Foral del País Vasco*. Bilbo: Deustuko Unibertsitatea, 1995, 233 or.

nondum concepti edo *concepturusa* oraindik ernaldu gabe dagoen pertsona da; hau da, delazioa egiteko momentuan ernaldu gabe dagoena.

Hasiera baten, doktrina tradizionala *concepturusaren* delazioaren aurka agertu izan da, eta fideikomisozko ordezenaren bitartez egitea baino ez du onartu. Jarrera hori KZren 29. eta 758. artikuluetan oinarritzen dute; jaio arte pertsonak ez duelako nortasun juridikorik eskuratzen eta oinordekoen gaitasuna zehazteko kontuan hartu behar da kausatzaile edo *de cuiusaren* heriotzaren unea. Hortaz, *nondum conceptia*, kausatzailea hiltzen den unean jaio gabe dagoen heinean, ezin zaio oinordetzara deitu, ez baitu inolako izaterik.

Hala ere, doktrina modernoak eta jurisprudentziak, *concepturusaren* aldeko delazioa egin daitekeela adierazi dute, irizpide errealistak aplikatuz. Irizpide hauen oinarria, kausatzailearen borondatea da, eta beraz, kausatzaileak nahi izanez gero, *concepturusaren* aldeko oinordetza zehaztu ahal du, bai fideikomiso bidez, bai zuzenean jaraunsle izendatuz²³. Beraz, LGUTen bitartez oraindik hazia jarri gabe egon arren, kausatzaileak etorkizunean jaioko den umea oinordeko izendatu dezake.

2. Nahitaezko oinordetza

Hasteko, esan beharra dago, 5/2015 Legeak, aurretik zegoen arauketa kontuan hartuta, aldaketa esanguratsuak ekarri dituela nahitaezko oinordetzaren ikuspuntutik. Izan ere, 3/1992 Legea indarrean zegoela legegintza erregimen desberdinak ziren aplikagarri lurraldez lurralde, alde batetik Euskal Foru Zuzenbide Zibilekoa (honen baitan Bizkaia, Gipuzkoa eta Arabako foruak desberdinduz) eta bestetik Kode Zibilekoa, eta orain EZZri buruzko legeari esker lurralde guztirako arauketa berdina ezarri da (Aialako forua eta tronkalitatea mantendu diren arren). Horrez gain senipartearen banaketa eta kantitatea ere aldatu egin da.

²³ URRUTIA BADIOLA, A.M. *Familia eta oinordetza zuzenbidea*. Bilbo: Gomylex, 2017, 163 or.

Nahitaezko oinordeko izango dira beraz, EZZren 47. artikulua arara, seme-alabak edo ondorengoak eta alarguna edo bizirik dirauen bikotekidea, aurreko legeak aipatzen zituen gurasoak edo aurrekoak senipartedunetatik kanpo utziz. Horiek horrela, LGUT bidez jaiotako umeak nahitaezko oinordeko izango dira, modu naturalean jaiotako umeen parean.

EZZn nahitaezko oinordeko edo senipartedunak baztertzeko aukera planteatzen da, hain zuzen ere, 54. artikuluan. Horren harira eta LGUTEkin lotuta, bi egoera planteatu daitezke, alde batetik gizona hiltzeko ane hazia jarrita egotea, eta bestetik, gizona hiltzean hazia jarri gabe egotea. Demagun lehenengo kasuan, gizonak testamentua egin zuen momentuan haurra jaiotzeko edo hazia jarri gabe zegoela, baina gerogarrarean (gizona bizirik zegoela) ernalketa artifiziala egiten dela. Kasu horretan, gizona ernalketaren berri duela zende da, eta hori jakinda aurretik egindako testamentua ez aldatzeko, berez preterizioa suposatuko luke jaiotzeko dagoen ume horrenganako, eta ez baztertzeko. Egin-eginean ere, baztertzeko egintza juridiko bat da, hau da, beharrezkoa da kausatzailearen jarduna egotea, eta preterizioa aldira, ez-egite bat da²⁴. Baina, 5/2015 legeak 48.4. artikuluan berdindu egiten ditu preterizioa eta baztertzeko. Hortaz, halako kasuan, seme-alaba horrek ez luke seniparterik jasoko.

Bigarren kasuari dagokionez, senarrak bera hil eta gero 12 hilabetetan bere gametoak erabiltzeko adostasuna eman badu, baina ez badu testamentuan etorkizunean jaiotzeko umearen aldeko adierazpenik egiten, nahigabeko preterizio bezala uler daiteke. Eta beraz, etorkizunean jaiotzeko den ume horrek ez du ezer jasoko²⁵, 3/1992 Legeak arautzen zuenaren kontrara; bertan gradu bereko oinordekoen artean kuota txikiena jasotzeko umearen kuota berdina jasotzeko aukera baitzuen.

²⁴ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. «La necesidad del apartamento expreso en Derecho foral vizcaíno» *JADO aldizkaria*. 2009ko abendua, 18. zenbakia, 261-286 orr.

²⁵ GALICIA AIZPURUA, G. «La sucesión forzosa: planteamiento general» In *El Derecho Civil Vasco... op. cit.*, 389-421 orr.

3. *Abintestato* oinordetza

Abintestato oinordetza kausatzailea inolako testamentu edo oinordetza itunik egin gabe hil denean zabalduko da. Eta EZZk 113. artikuluan ezarritakoarekin bat etorritik, oinordeko izango dira seme-alabak eta ilobak eta gainerako ondorengoak. Hortaz, LGUT bidez jaiotako seme-alabak oinordeko izan daitezke *abintestato* oinordetza irekitzen denean, baldin eta seme-alaba bezala inskribatuta badaude.

Aldiz, gizona hil eta bere jaraunspena banatu eta gero, bere emazteak senarraren gametoak erabiltzen baditu LGUT bitartez seme-alaba bat izateko, umea jaiotzen denean, GALICIA AIZPURUA²⁶ uste bezala zentzuzkoa dirudi hasierako banaketan beste batzuen alde egindako eskualdaketen eragingarritasunik eza erreklamatzeko aukera izatea. Preteriziori buruzko oker baten aurrean egongo ginatkeelako, kausatzaileak ezinezko zuelako etorkizunean ondorengoak izango zituenik jakitea, eta hori jakingo balu *de cuius*aren borondatea beste bat izango litzatekeela ulertzen da.

4. Testamentu bidezko oinordetza

A. Hil-buruko testamentua

Hil-buruko testamentua heriotza arriskuan egindakoa da, eta baliozkoa izateko hiru lekukoren aurrean egin behar da, EZZren 23. artikulua ezarri duenez. Legeak idatziz egitea eskatzen ez duen arren, beharrezkoa da gerogarrenean egiaztatzea eta eskritura publikoa egilestea, eta horretarako ezarri epean egin ezean indarrik gabe geratuko da testamentua.

LGUT erabileratik eratorri daitezkeen arazoak aurretik nahitaezko ondorengotzan planteatu diren berdinak dira; hau da, behin hazia jarrita

²⁶ GALICIA AIZPURUA, G. «La sucesión forzosa: planteamiento general» In *El Derecho Civil Vasco... op. cit.*, 389-421 orr.

egonda gertatzen denean edo oraindik hazirik jarri gabe. Bai kasu batean zein bestean, preterizio edo baztertze bat gertatuko da senarrak ez badu bere testamentuan seme-alaba horren aldeko adierazpenik, eta beraz, oinordetzatik kanpo gertatuko da kasuan kasuko seme-alaba.

B. Testamentu mankomunatua

Testamentu bat mankomunatua izango da bi pertsonen, bizikidetzaren edo senidetasun harremana eduki zein ez, beraien ondasunak batera tresna bakar baten xedatzen dituztenean (EZZren 24. artikulua).

Beraz, testamentu honek suposatzen duena guraso biek testamentua batera egitea da. Printzipioz ez da inolako arazorik planteatzen oinordekoen izendapenerako eta ondorioz LGUTen bitartez jaiotako umeak modu naturalean jaiotako egoera berdinean egongo dira.

Aipatu beharra dago 5/2015 Legeak berrikuntza bat ekarri duela testamentu mankomunatuari dagokionez. Izatez, aurreko legeak senar-emazteentzako baino ez zuen aurreikusten testamentua egiteko modu hau (49 eta 172 artikuluetan, Bizkaiko eta Gipuzkoako Foruan hurrenez hurren), baina gaur egun indarrean dagoen legeak esparru hori handitu du. Beraz, testamentu mota honen inguruan planteatzen zen arazoa konponduta dago²⁷; orain ez da beharrezkoa izango ez bizikidetzaren ezta senidetasun harremanik egotea, beraz LGUTetara jotzen duten ezkongabeek ere testamentu mankomunatu burutu ahal izango dute.

C. Komisario bidezko testamentua

EZZren 30. artikuluekin bat etorriz, komisario bidezko testamentuan, norbaitek beste inor izendatzen du bere oinordekoak izenda ditzan

²⁷ MARTÍNEZ DE BUTRÓN MARTÍNEZ, M. «De la sucesión por testamento mancomunado o de hermandad». In URRUTIA BADIOLA, A.M. (Koord.). *La ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. Zuzenbidearen Euskal Akademia. Bilbo: Dykinson, S.L., 2016, 63-68 orr.

eta ondasunen banaketa egin dezan, horretarako lehenengoak testamendu ahala eman beharko dio bigarrenari²⁸.

Aztergai den LGUTen kasuan, seme-alabak jaiota egotekotan ez da gatazkarik planteatzen, baina bai ordea oraindik jaiotako ez direnean. Senarra hiltzean hazia jarrita baldin badago, LGUT erabiltzeko adostasuna dagoela ulertuko da eta beraz hildako aitaren seme-alabatasuna zehaztuko da arazorik gabe. Hortaz, komisarioak kontuan hartu beharko du ume hori kausatzailearen oinordekoen izendapenerako eta ondasunen banaketarako.

Hazia jarri gabe dagoenean, baina senarrak bere gametoak erabiltzeko adostasuna eman duen kasuan, ulertuko da bere aldeko seme-alabatasuna zehaztu daitekeela, eta beraz komisarioak oinordeko izendatu dezakeela.

Hala ere, nahiz eta hazia jarri gabe egon, emakumeak gizonaren gametoak erabil ditzakeen 12 hilabete horietan, komisarioa beronek aukera hori egikaritzeari begira egongo da, epe hori igaro arte. Beraz, komisarioak banaketa egiteko duen epea luzatu egingo da. Laburbilduz, komisarioak aintzat hartu beharko ditu kausatzaileak zituen ondorengo eta ondasun guztiak, eta horiek berak uste bezala banatu beharko ditu beraien artean.

VII. FORU-KOMUNIKAZIOA

Foru-komunikazioa berez, Bizkaiko Forutik datorren ezkontza erregimen bat da. Izan ere, 3/1992 Legean arautzen zenez, erregimen hau aplikagarri zitzaizen Bizkaiko lur lauko, Laudioko eta Aramaioko auzotasun zibila zutenei, eta EZZri buruzko egungo legeak ere horrela mantendu du (127.2 artikulua).

²⁸ FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. «De la sucesión por comisario». In URRUTIA BADIOLA, A.M. (Koord.). *La ley 5/2015, de 25 de junio...* op. cit., 70-81 orr.

Hasteko, 5/2015 Legeak, 125. artikuluan askatasuna ematen die ezkontideei beraien arteko erregimen ekonomikoa zehazteko, eta horren inguruko zehaztapenik egin ezean, irabazpidezko sozietatea aplikatuko zaiela ezarri da bi artikulua aurrerago. Hala ere, irabazpidezko sozietatea euskal auzotasun zibil orokorra dutenentzat izango da, baina hasieran aipatu bezala, Bizkaiko lur lauko, Laudioko eta Aramaioko toki auzotasun zibila dutenei foru-komunikazioa dagokie.

Gainera, aipatu beharra dago EZZri buruzko legeak, izatezko bikoteen erregimen ekonomikoaren inguruan aldaketa bat suposatu duela. Bada, lege horren bigarren xedapen gehigarriaren bitartez 2/2003 Legearen²⁹ 5. artikulua eraldatu da, ezarriz izatezko bikoteek euren arteko erregimena zehaztu ezean sorospidez, KZn araututako ondasunen banantzea aplikatuko zaiela.

Foru-komunikazioaren ondorioekin jarraituz, aztergai den legearen 129. artikuluan beronen funtzionamendua ezarri da, esanez erkide egiten direla ezkontideentzat erdiz bana ondasun, eskubide eta akzio guztiak, euren jatorria zein den kontuan hartu gabe. Beraz, manu hau eta 133. kontuan hartuta –zeinak foru-komunikazioak dirauen bitartean ondasun pribatiboak eta erkideak bereiziko direla zehazten duen– ondorioztatzen da erregimen honen aplikazioaren bitartez hiru masa bereiziko direla; batetik masa erkidea egongo da, eta bestetik, ezkontide bakoitzak berea izango du.

Horiek horrela, LGUTekin lotuta foru-komunikazioaren disoluzioa aztertu behar da, momentu hori baita seme-alabak jokoan sartzen direna. EZZren 132. artikuluan foru-komunikazioaren sendotzeaz mintzatzean, berau ezkontideetako bat hiltzean gertatzen dela esaten da, baldin eta horien seme-alaba eta ondorengoak badaude. Ondorioz eta MONJE BALMASE-

²⁹ Euskal Autonomia Erkidegoa. 2/2003 Legea, 2003ko maiatzaren 7koa, Izatezko Bikoteen arauketari buruzkoa. *EHAO*, 2003ko maiatzaren 23an argitaratua, 100. zenbakia.

DAK³⁰ azaldu bezala, ezkontideen ondasun guztiak erdiz bana banatuko dira alargunaren eta oinordekoen artean. Beraz, LGUTen erabileraren bitartez jaiotako seme-alabek, bere gurasoetatik edozein hiltzekotan, foru-komunikazioa osatzen duten ondasun, eskubide eta akzioen erdia jasoko dute.

Aldiz, hiltzen dena senarra baldin bada, eta oraindik umea jaio gabe, edo hazia jarri gabe badago, foru-komunikazioaren likidazioa dela eta egin beharreko banaketa eten egingo da. Bada, amak egoera horren berri eman behar du, baldin eta ume hori jaiotzeak likidazioaren onuradunen eskubideak gutxitzea eragin badezake (KZren 959. artikulua eta hurrengoak), eta planteatu den kasuan, jaiotzeke dagoen haurra *de cuius*aren seme-alaba izango litzateke, beraz jaiotza horrek eragina izango luke banaketan.

Labur zuhurrean esanda, foru-komunikazioaren kasuan berebiziko garrantzia dauka ezkontideek seme-alaba komunak izateak, hori baita foru-komunikazioa sendotzeko beharrezko baldintza bat. LGUTak kontuan hartuta, erakunde honetan gatazka sortuko da emazteak senarraren gametoak erabiltzeko duen 12 hilabeteko epe horretan. Bada, 12 hilabete horiek igaro arte eta emakumeak aukera hori egikaritu arte etenda geratuko da foru-komunikazioaren likidazioa.

VIII. ONDORIOAK

Lehen. LGUTk orokorrean gizartearen garapenaren isla dira. Argi dago, gaur egungo familia antolaketa ereduak antolaketa tradizionalarekin alde handiak dituela, eta horren adierazgarri dira lagundutako ugalketa teknikak. Bada, gero eta anitzagoak dira bikote homosexualak eta guraso bakarreko familiak. Horri eta zientziaren eta medikuntzaren au-

³⁰ MONJE BALMASEDA, O. «El régimen económico matrimonial en la ley 5/2015, de Derecho Civil Vasco. La comunicación foral de bienes». In *El Derecho Civil Vasco... op. cit.*, 457-484 orr.

rrerapenei esker, gaur egun posible da modu naturalean guraso izateaz gain, modu artifizialean gauza bera lortzea. Beraz, garapen horiek guztiek ia edonori guraso izateko eskubidea egikaritzea ahalbidetzen diote.

Bigarrena. LGUTen arauketari dagokionez, nahiko eskasa dela esan daiteke. Izan ere, 14/2006 Legean aurki daitekeen arauketa baino ez dago; estatu mailakoa dena. Bada, EAEk, lan honen II. atalean azaldu zen bezala, estatuak finkatutako arauketa garatzeko eskumena duen arren, ez du aukera hori egikaritu eta ondorioz, estatu mailako legea izango da aplikagarri hemen ere. Gainera, 14/2006 Legeak, ez du ondorio zibil askorik arautzen eta estatuak emandako legea den heinean, bere eskumenaren barruan sartzen da arauketa zibila, hortaz segurtasun juridikoa eta sor daitezkeen arazoak konpontzeko modua izango litzateke LGUTen legean bertan ondorio zibilak ere arautzea.

Hirugarrena. Amatasun subrogatuaren debekua Espainiar estatuan. 14/2006 Legeak legezko diren teknikak arautzen ditu eta eskumen legegilearen atalean azaldu bezala, gero eta gehiago erabiltzen den amatasun subrogatuaren teknika –herrialde batzuetan legezkoa dena– legezko diren teknika horietatik kanpo geratu da. Horrek suposatzen du LGUTen bitartez seme-alabak izan ezin dituztenek, ezin izango dutela familia bat sortu, adopzio bitartez ezpada, eta askotan zaila izaten da adopzioak egitea, horiek burutzeko eskatzen diren betekizunak eta tramiteak direla eta. Hortaz, amatasun subrogatua legez kanpokoa izateak eta LGUT legezkoak izateak, kontraesan bat planteatzen duela uler daiteke, legeak guraso bakaurreko familiak sortzea bermatu nahi duelako eta amatasun subrogatua debekatuz eskubide hori mugatu egiten duelako.

Laugarrena. LGUT bidez jaiotako seme-alaben eta seme-alaba biologiko eta adopzio bidezkoen arteko berdinketa. Nahiz eta doktrinan banaketa egon LGUT bidez jaiotako umeak biologiko edo adopzio bidezkoak diren zehazteko, egokiagoa dirudi seme-alabatasun biologikoaren alde egitea, adopzioan ez bezala, amak sabelean hazten baitu, modu artifizialean

ernaldutako haurra. Nolanahi ere, gaur egun berdindu egiten dira adopzio bidez, zein modu biologikoan sortutako umeak, beraz seme-alabatasun mota baten zein bestearen aldeko zehaztapena egiteak ondorio berdinak sortuko ditu. Hortaz, lan guztian zehar egindako azterketan LGUTen erabileraren bitartez jaiotako haurrak horiekin –seme-alaba biologiko edo adopzio bidezkoekin– berdintzen direla atera daiteke ondorio gisa. Alabaina zentzuzkoa da legeak berdinketa hori egitea; bestela bereizkeria egongo litzateke teknika hauen erabiltzaileen seme-alabekiko.

Bosgarrena. Euskal auzotasun zibil erkidea. Auzotasun zibilaren bateratzea 5/2015 Legeak ekarri duen aldaketarik garrantzitsuenetariko bat da, garrantzitsuena ezpada, eta ondorio gehien eragin dituen. Izan ere, aurreko arauketarekin, auzotasun zibil desberdinak zeuden eta horien arabera arau desberdinak aplikatzen zitzaizkien EAEko herritarrei. Horiek horrela, gaur egun indarrean dagoen legeriak Euskal Herri osoan arauketa zibil berdina aplikatzea ahalbidetu du –tronkalitatea eta Aialako testamentu askatasuna mantendu den arren–, berezkoa dugun zuzenbide zibilaren nolabaiteko batasuna eta indartzea eraginez. Horrez gain, autonomiaren barruan sor zitezkeen balizko lege gatazkak murrizteko bidean aurrerapausoa izan daiteke, eta segurtasun juridikoa handitzeko balio izango du.

Seigarrena. Tronkalitatearen malgutasuna. Bosgarren atalean azaldu dugunez, lege aldaketa dela eta ondasun tronkalen dohainezko eskualdaketak ez dira berez deusezak izango, deuseztakorrak baizik. Halatan, senide tronkeroen eskubideen norainokoa murriztu egin da, nolabait tronkalitatearen nagusitasuna txikiagotuz. Horrek LGUT bidez jaiotako senide tronkerengan ere eragina dauka. Bada, kausatzailearen heriotza gertatu eta gero bere gametoak erabiltzeko aukerak, etorkizunean lehenespenezko lerroko senide tronkero izango zirenek euroi egokituko litzaien ondasuna erreklamatzeko aukera galtzea eragin lezake, horretarako epea agortuko balitz. Hartara, 5/2015 legeak ekarritako aldaketak zaildu egiten du LGUTen bidez jaiotako haurrek beraien eskubide tronkalak egikaritzea.

Zazpigarrena. LGUT bidez jaiotakoek oinordeko izateko eskubidea izango dute, modu naturalean jaiotakoen gisara. Bai EZZri buruzko legeak arautzen dituen testamentu mota guztien bidez, bai *abintestato* oinordetzaren bidez, LGUT bidez jaiotako umeak oinordeko izendatu ahal izango dira. Hala ere, ezin da ahantzi senarrak bere gametoak erabiltzeko adostasuna testamentu bidez emateko aukerak, oinordetzaren banaketa eten eta 12 hilabete horietan teknikak erabiltzearen zain egotea eragin dezakeela.

Zortzigarrena. Foru-komunikazioa dela eta azaldu berri den egoeraren pareko inguruabarrak gertatzen dira. Gurasoetatik edozeinen heriotza gertatzean komunikatu diren masa bakoitzaren erdia jasotzeko aukera izango dute LGUTen aplikazioa dela eta jaiotako seme-alabek, modu naturalean jaiotakoek bezala. Kontrara hiltzen dena senarra denean eta bere ugalketa materiala erabiltzeko adostasuna eman duenean, emazteak aukera hori egikaritzearen zain egon beharko da banaketa egiteko. Izatez, ondasunon banaketa guztiz desberdina izango baita seme-alabak egon edo ez egon.

IX. BIBLIOGRAFIA

ATXABAL, A.; GOIKOETXEA, L.; PÉREZ, E. eta URRUTIA, A.M^a. *Practicum de Derecho Civil Foral del País Vasco*. Bilbo: Deustoko Unibertsitatea, 1995. urtea.

BARBER CÁRCAMO, R. «Reproducción asistida y determinación de la filiación». *Revista Electrónica de Derecho (REDUR)*. 2010eko abendua, 8. zenbakia.

CELAYA IBARRA, A. «La troncalidad». *JADO Aldizkaria*. 2012ko ekaina, 23. zenbakia.

CHALBAUD ERRAZQUIN, L. *La Troncalidad en el Fuero de Bizcaya: sucesión troncal, llamamientos en las transmisiones onerosas*. Bilbo: Sebastián de Amorrortu, 1898.

Estatu Kontseiluaren 1537/1992 Irizpena, 3/1992 Legea –Euskal Herriko Foru Zuzenbide Zibilar buruzkoa– dela eta eskumenen egokitzapenerakoa. http://www.forulege.com/dokumentuak/Dictamen_Consejo_Estado_Ley_3_1992_1_julio_Derecho_civil_foral.pdf (Azken kontsulta: 2017ko maiatzaren 21ean).

FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. «La necesidad del apartamiento expreso en Derecho foral vizcaíno». *JADO aldizkaria*. 2009ko abendua, 18. zenbakia.

FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, J. «De la sucesión por comisario». In URRUTIA BADIOLA, A.M. (Koord.). *La ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. Zuzenbidearen Euskal Akademia. Bilbo: Dykinson, S.L., 2016.

GALICIA AIZPURUA, G. «La sucesión forzosa: planteamiento general». In *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI. De la ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Gasteiz: Txosten eta agiriak bilduma. Maior saila. Eusko Legebiltzarra, 2016.

GOROSTIZA VICENTE, J.M. «El futuro de la institución troncal». In *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI. De la ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Gasteiz: Txosten eta agiriak bilduma. Maior saila. Eusko Legebiltzarra, 2016.

IRIARTE ÁNGEL, J.L. «El asentamiento institucional y material del Derecho Civil Vasco: Ámbito material y personal y normas conflictuales». In *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Gasteiz: Txosten eta agiriak bilduma. Maior saila. Eusko Legebiltzarra, 2016.

MARTÍNEZ DE BUTRÓN MARTÍNEZ, M. «De la sucesión por testamento mancomunado o de hermandad». In URRUTIA BADIOLA, A.M. (Koord.). *La ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. Zuzenbidearen Euskal Akademia. Bilbo: Dykinson, S.L., 2016.

MONJE BALMASEDA, O. «El régimen económico matrimonial en la ley 5/2015, de Derecho Civil Vasco. La comunicación foral de bienes». In *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI. De la ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Gasteiz: Txosten eta agiriak bilduma. Maior saila. Eusko Legebiltzarra. Bilbon, 2016.

TAMAYO HAYA, S. «Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas». *Revista Digital Facultad de Derecho (Universidad de Cantabria)*. 2013, 6. zenbakia.

URRUTIA BADIOLA, A.M. *Familia eta oinordetza zuzenbidea*. Bilbo: Gomylex, 2017.

VERDERA SERVER, R. «Comentario a los artículos 7 y 8». In: COBACHO GOMEZ, J.A. (Koord.). *Comentarios a la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Zizur Txikia: Thomson-Aranzadi, 2007.

X. ARAUEN ERANSKINA

Espainia. 1889ko uztailaren 4ko Errege Dekretua, Kode Zibila argitaratzekoa. EAO, 1889ko uztailaren 25ean argitaratua, 206. zenbakia.

Espainia. Espainiako Konstituzioa. EAO, 1978ko abenduaren 29an argitaratua, 311. zenbakia.

Espainia. 35/1988 Legea, azaroaren 22koa, Lagundutako Ugalketa Teknikei buruzkoa. EAO, 1988ko azaroaren 24an argitaratua, 282. zenbakia.

Espainia. 45/2003 Legea, azaroaren 21ekoa, zeinaren bitartez 35/1988 Legea, Lagundutako Ugalketa Teknikei buruzkoa aldatzen den. EAO, 2003ko azaroaren 22an argitaratua, 280. zenbakia.

Espainia. 14/2006 Legea, maiatzaren 26koa, Lagundutako Giza Ugalketa Teknikei buruzkoa. Estatuko Aldizkari Ofiziala (EAO), 2006ko maiatzaren 28an argitaratua, 126. zenbakia.

Espainia. 20/2011 Legea, uztailaren 21koa, Erregistro Zibilari buruzkoa. EAO, 2011ko uztailaren 22an argitaratua, 175 zenbakia.

Euskal Autonomia Erkidegoa. 3/1979 Lege Organikoa, abenduaren 18koa, Euskal Herriko Autonomia Estatutuari buruzkoa. EHAO, 1980ko urtarrilaren 12an argitaratua, 32. zenbakia.

Euskal Autonomia Erkidegoa. 3/1992 Legea, uztailaren 1ekoa, Euskal Herriko Foru Zuzenbide Zibilari buruzkoa. EHAO, 1992ko abuztuaren 7an argitaratua, 153. zenbakia.

Euskal Autonomia Erkidegoa. 2/2003 Legea, 2003ko maiatzaren 7koa, Izatezko Bikoteen arauketari buruzkoa. EHAO, 2003ko maiatzaren 23an argitaratua, 100. zenbakia.

Euskal Autonomia Erkidegoa. 5/2015 Legea, ekainaren 25eko, Euskal Zuzenbide Zibilari buruzkoa. Euskal Herriko Aldizkari Ofiziala (EHAO), 2015eko uztailaren 3an argitaratua, 124. zenbakia.

XI. LABURDURAK

AE	Autonomia Erkidegoak
EAE	Euskal Autonomia Erkidegoa
EAO	Estatuko Aldizkari Ofiziala
EHAE	Euskal Herriko Autonomia Estatutua
EHAO	Euskal Herriko Aldizkari Ofiziala
EK	Espainiako Konstituzioa
EZZ	Euskal Zuzenbide Zibila
KZ	Kode Zibila
LGUT	Lagundutako Giza Ugalketa Teknikak

Koroaren arauketa juridikoa Espainiako 1978ko Konstituzioan

SANTIAGO LARRAZABAL BASAÑEZ

Konstituzio Zuzenbideko irakaslea

Deustuko Unibertsitatea

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 16/04/2018

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 12/11/2018

Laburpena: Artikuluak Monarkiak Espainiako 1978ko Konstituzioan duen araubide juridikoa deskribatzen du eta Koroaren arauketa juridikoari buruzko gai eztabaidagarri batzuk aztertzen ditu ere, hala nola, parlamentu-monarkia Estatua-
ren eredu politiko gisa, Erregearen eginkizunen benetako norainokoak, (haren eginkizun “arbitralak” eta Indar Armatuen gorengo agintearekin loturikoak bar-
ne), Erregearen estatutu juridikoa eta Koroaren oinordetza.

Gako-hitzak: Koroa. Parlamentu-monarkia. Erregearen estatutu juridikoa eta eginkizunak. Koroaren oinordetza.

Resumen: El artículo describe el régimen jurídico de la Monarquía en la Consti-
tución española de 1978 y analiza asimismo algunas cuestiones controvertidas rela-
tivas a la configuración jurídica de la Corona como, por ejemplo, las relativas a la
Monarquía parlamentaria como forma política del Estado, el alcance de las funciones
del Rey (incluidas sus funciones “arbitrales” y las relacionadas con el mando supre-
mo de las Fuerzas Armadas), el estatuto jurídico del Rey y la sucesión en la Corona.

Palabras-clave: La Corona. Monarquía parlamentaria. Estatuto jurídico y fun-
ciones del Rey. Sucesión en la Corona.

Abstract: The article describes the legal status of the Monarchy in the Spanish Constitution of 1978 and also discusses some controversial issues related to the legal configuration of the Crown, such as, for example, those relating to the parliamentary monarchy as a political form of the State, the scope of the functions of the King (including its “arbitral” functions and those related to the supreme command of the Armed Forces), the legal status of the King and the succession to the Crown.

Key-words: The Crown. Parliamentary monarchy. Legal status and functions of the King. Succession to the Crown.

AURKIBIDEA: I. SARRERA: PARLAMENTU-MONARKIA, ESTATUAREN EREDU POLITIKOA. II. ERREGEAREN EGINKIZUNAK. 1. Erregea, estatuburu gisa. 2. Erregea, Estatuaren batasunaren eta iraupenaren sinbolo bezala. 3. Erakundeen jardunbide egokia antolatu eta bideratzeko Erregeak dituen eginkizunak. 4. Erregea eta nazioarteko harremanak. 5. Erregea eta Indar Armatuaren gorenko agintea. 6. Erregeari dagozkion beste eginkizunak. III. ERREGEAREN ESTATUTU JURIDIKOA ETA “BERRESPENA”. IV. KOROAREN OI-NORDETZA. V. ERREGEORDETZA. VI. ERREGEAREN TUTORETZA. VII. ADMINISTRAZIO-ERAKUNDEAK KOROAREN ZERBITZURA. 1. Koroak jasotako diru-kopurua. 2. Errege Etxea. 3. Nazio Ondarea.

I. SARRERA: PARLAMENTU-MONARKIA, ESTATUAREN EREDU POLITIKOA¹

Konstituzioaren II. Tituluan, “Koroa” izenburupean, Espainiako parlamentu-monarkiaren arauketa juridikoa egiten da eta Espainiako Konstituzioaren 1.3 artikulua araberan, Espainiako estatuaren eredu politikoa parlamentu-monarkia da². Hori formula berritzailea da Espainiako kons-

¹ Egileak bere esker ona luzatu nahi dio Arantza Etxebarria Iturrateri hizkuntza-egokitzailerik gisa egindako lan bikainagatik.

² ARAGÓN REYES, M. *Dos estudios sobre la Monarquía parlamentaria española*. Madril: Civitas, 1990; ARAGÓN REYES, M., *La Corona*, *Estudios de Derecho Constitucional*, Madril: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, 703-704. or.; ARIÑO ORTIZ, G., *La Corona, reflexiones en voz baja*, Madril: Iustel, 2013; BELDA PÉREZ- PEDRERO, E., *El poder del Rey. Alcance constitucional efectivo de las atribuciones de la Corona*, Madril: Cuadernos del Senado (serie minor), 2003; CANDO SOMOANO, M. J., *Monarquía y Constitución*, Madril: Colex, 2001; DÍAZ REVORIO, F.J., “La Corona desde la perspectiva jurídico-constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71 (2004), 397-409. Or.; GARCÍA CANALES, M. *La Monarquía parlamentaria española*. Madril: Tecnos, 1991; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *XXV años de monarquía parlamentaria*. Madril: Sanz y Torres, 2006; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *La Monarquía Parlamentaria: Familia Real y Sucesión a la Corona*. Madril: Ed. Hidalguía, 2008; HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. “El Rey. Artículo 56”. In ALZAGA VILLAAMIL, O. (zuz.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madril: Cortes

tituzio-historian. XIX. mendean, konstituzio aurrerakoienean (hala nola 1812koak eta 1869koak), herriaren botere konstituziogilea aitortu eta nazioaren subiranotasuna aldarrikatzen zutenek, monarkia gobernu-eratzat jo zuten. Aitzitik, Konstituzio moderatuek (hala nola 1845ekoak eta 1876koak) ez zuten horrela jokatu, haien arabera koroa Espainiako konstituzio historikoaren edo barruko konstituzioaren atala baitzen, eta Gortee-kin batera subiranotasuna eta botere konstituziogilea zituen; hau da, konstituzio horietan ezarritakoari erreparatu, koroa gobernu-era bat baino gehiago zen, estatu-ereduaren oinarritzko osagaia alegia.

Doktrinaren atal handi batek EKren 1.3 artikulua kritikatu du, estatu-eredua (monarkia edo errepublika) eta gobernu-era nahasten dituelako. Errepublikaren kasuan, Errepublika “presidentzialista”, “erdi-presidentzialista”, “parlamentarioa”, “asanblearioa”, etab. bereiz daitezke. Monarkia, aldiz, izan daiteke “absolutua”, “mugatua” edo “konstituzio-monarkia” (koroaren titularra botere betearazlearen titularra da eta Parlamentuarekin batera botere legegilea du); “dualista” edo “orléansdarra” (koroaren botereak mugatuagoak dira eta Gobernuako kideek konfiantza bikoitza behar dute: koroarena eta Parlamentuarena); eta “parlamentarioa” (erregeak ez du botere betearazle zehatzik eta estatuko gorengo magistraturaren titularra den arren, magistratura horrek balio sinboliko edo integratzaile hutsa du. Benetako botere betearazlea gobernuaren esku

Generales / EDSA, 1996, V. lib., 39-76. or.; LUCAS VERDÚ, P. (zuz.). *La Corona y la Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*. Madril: Universidad Complutense, 1983; MENÉNDEZ REXACH, A. *La Jefatura del Estado en el Derecho Público Español*. Madril: Instituto Nacional de Administración Pública, 1979; OLIVER ARAUJO, J., “La reforma constitucional de la Corona: una propuesta radical y diez moderadas”, *Revista de Derecho Político*, 77 (2010); OLIVIER LEÓN, B., *Monarquía y Estado Constitucional*, Madril: Tecnos, 2015; ROLLNERT LIERN, G. *La Jefatura del Estado: símbolo e integración política en la Constitución vigente*. Valentzia: Minim, 2002; TORRES DEL MORAL, A. eta GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (koord.). *Estudios sobre la Monarquía*. Madril: Urrutiko Hezkuntzarako Unibertsitate Nazionala, 1995; ZZ.AA. *La Monarquía Parlamentaria (Título II de la Constitución)*. VII *Jornadas de Derecho Parlamentario*. Madril: Diputatuen Kongresua, 2001.

dago, eta azken hori Parlamentuaren konfiantzaren menpe dago soil-soilik, ez monarkaren konfiantzaren menpe).

Egia esan, EKren 1.3 artikuluan erabilitako formulak bi ikuspegi bil-tzen ditu: monarkia estatuko buruzagitzaren era gisa (koroa horren iku-rra da), Errepublikaren aurrez aurre, eta gobernu era gisa, estatuaren bo-terea egituratuz. Espainian monarkiak eredu parlamentarioa du eta, ikusi dugun moduan, esaera ospetsuari jarraituz, erregeak “erreinatzen du baina ez du gobernatzen” (“*règne, mais ne gouverne pas*”). Erregeak estatuko gorengo magistratura du, hau da, “eraginpeko magistratura” deitu izan dena. Eredu hori Konstituzioko II. Tituluan bertan juridikoki zehaztuta dago. Hala ere, monarkiatik hurbil dauden beste eredu batzue-tan monarkia ez du Konstituzioak zehazten, konbentzioek eta ohiturek baino (zalantzarik gabe, britainiar kasua aipa daiteke, baina beste he-rrialde batzuetan ere beste horrenbeste gertatzen da, hala nola Belgikan eta Holandan; leku horietan, parlamentu-monarkia bat dator konbentzio eta ohiturekin, konstituzio-testuetan ezarritakoarekin baino, azken ho-rietan hitzez hitz “konstituzio-monarkia hutsa” deitu izan dena zehazten baita, erregea botere betearazlearen titularra dela).

Edozein modutan ere, eta doktrinaren atal handi batek adierazi duen moduan, Konstituzioak Espainiako monarkia gure inguruko demokrazie-tako parlamentu-monarkiekin homologatu du, eta nahiko argi utzi du tes-tura bildutako monarkiak ez dituela historian zehar eduki izan ahal zituen botereak, hau da, XIX. mendeko konstituzioetan izan zitzakeen botereak. Horrez gain, monarkia horrek ez du zerikusirik diktadura frankistaren erre-gimenak 1947ko Oinordetzari buruzko Legean eta Estatuaren 1967ko Le-ge Organikoan ezarritako monarkiekin, eta ez ditu Eraldaketa Politikorako 1977ko Legeak ematen zizkion botereak. Beraz, ohiko parlamentu-monar-kiaren aurrean gaude, eta koroak ordezkaritza-, eragin- eta bitartekaritza-eginkizunak ditu estatuko gainerako botereen artean. Hori da, hain zuzen ere, EKren 1.3 artikuluan erabilitako formularen benetako esanahia.

II. ERREGEAREN EGINKIZUNAK

Esan bezala, Konstituzioaren II Tituluan, “Koroa” izenburupean, Espainiako parlamentu-monarkiaren arauketa juridikoa egiten da. Lehenengo artikuluan, 56.1 artikuluan alegia, Erregearen kokapen konstituzionala eta eginkizunak definitzen dira³. Eginkizun horiek 62. artikuluan zehazten dira. Honako hauek dira:

1. Erregea, estatuburu gisa

Erregea *estatuburu* da, eta beraz, estatuko organoetako bat da, eta ohi-ko eginkizun betearazleaz bestelako eginkizunak ditu. Eginkizun horiek Konstituzioaren testuan bertan jaso dira, eta horiek direla bide, ohoreari eta protokoloari begira lehentasuna du estatuko gainerako botereekin alderatuz gero. Izan ere, Konstituzioan Koroa estatuko gainerako botereen aurretik jorratzen da, II. Tituluan, Konstituzioaren Atal Organikoa abiatzen duen horretan. Horrez gain, Konstituzioak II. Titulu horri zurruntasun berezia eman dio, Titulu horren inguruko konstituzio-aldaketa guztiak 168. artikuluan ezarritako eraldaketa-prozedura areagotuaren bidez izapidetu behar dira.

2. Erregea, Estatuaren batasunaren eta iraupenaren sinbolo bezala

Erregea *Estatuaren batasunaren eta iraupenaren sinbolo* da⁴, hau da, estatua “pertsonifikatu” eta ordezkutzen du, eta horregatik, estatuburuaren berezko eginkizunak dagozkio, hala nola estatuko egintza garrantzitsuenak

³ ASTARLOA VILLENA, F. “Atribuciones del Rey: art. 62 (apartados a-e)”. In ALZAGA VILLAAMIL, O. (zuz.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madril: Gorte Nagusiak / EDESA, 1996, V. lib., 217-229. or.; BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. *El poder del rey. Alcance constitucional efectivo de las atribuciones de la Corona*. Madril: Senatua, 2003; LAFUENTE BALLE, J.M. “Atribuciones del Rey: artículo 62 (apartados f-j)”. In ALZAGA VILLAAMIL, O. (zuz.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madril: Cortes Generales / EDESA, 1996, V. lib., 231-260. or.

⁴ CANDO SOMOANO, M^a J. *El Rey como “símbolo de unidad y permanencia del Estado” en la Constitución española de 1978*. Madril: Diputatuen Kongresua, 2003.

formalizatzea. Besteak beste, aipamen berezia egin behar zaio legegintza-egintzak formalizatzeari eta, zehatzago, legeak sendetsi eta aldarrikatzeari (EKren 62. art.)⁵. Dakigunez, Espainiako zuzenbide historikoan Erregearen sendespena legeak baliozkoak izateko betekizuna zen: Gorteek legeak onetsi behar zituzten eta Erregeak ospe handiz baieztatu (“sendetsi”) behar zituen, eta horrela testuaren edukiarekin ados zegoela adierazten zuen. Bi erakundeek subiranotasuna elkarrekin zuten, eta beraz, biek onetsi behar zuten legegintza-testua. Gorteek testua onesten bazuten baina monarka harekin ados ez bazegoen, ez zuen testua sendesten eta testuari “betoa” jartzen zion. Kasu horretan ez zegoen legerik, betoa edo sendespenik ez zegoelako. Bestalde, aldarrikapena egintza betearazlea baino ez zen, eta legeari nahitaezko indarra ematen zion soil-soilik. Argitalpena lege berria modu fede-emailean jakinaraztea zen, legeak eskatutako izapide guztiak beteta zituela adieraziz, eta legea betetzea agintzen zen. Testua Aldizkari Ofizialean argitaratzen zen (orduan, *Gaceta de Madrid* zen eta gaur egun, Estatuko Aldizkari Ofiziala). Horiek ziren legeak indarrean jartzeko bete behar ziren baldintzak. Gaur egun, Erregearen beto-eskubidea eta parlamentu-monarkia bateraezinak dira, eta horregatik, gaur egun “sendespena” Monarkak “gauzatu beharreko egintza” da. Egintza formal huts horren bidez legearen izapidetza burutzen da eta Erregeak ezin dio uko egin. Egintza horren bidez, Gorteek onetsitako testua juridikoki formalizatzen da.

Legeen errege-sendespenari gaur egungo parlamentu-monarkietan tradizio historikoaren ondorioz eusten zaio, baina iraganeko esanahia galdu du, eta aldarrikapena Erregeak gauzatu beharreko egintza da. Hortaz, gure sistema juridikoan Erregeak Gorte Nagusiek onetsitako legeei

⁵ ARAGÓN REYES, M. “La Monarquía parlamentaria y la sanción de las leyes”. In MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (koord). *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría*. Madril: Civitas, 1991, III. lib., 1941-1960. or.; RODRÍGUEZ-ZAPATA, J. *La sanción, promulgación y publicación de las leyes*. Madril: Tecnos, 1987; SOLOZÁBAL, J.J. *La sanción y promulgación de la ley en la monarquía parlamentaria*. Madril: Tecnos, 1987.

ezin die sendespena ukatu. Sendetsi zein aldarrikatzea “gauzatu beharreko egintzak” dira biak, EKren 91. artikulua zehatz-mehatz ezarri duen moduan: “Erregeak hamabost eguneko epean sendetsiko ditu Gorte Nagusietan onetsitako legeak, eta halakoak aldarrikatuko ditu eta berehalaxe argitaratzeko aginduko du”.

Spainian, gaur egun, sendetsi eta aldarrikatzea batera egiten dira⁶. Erregeak ez ditu autonomia-erkidegoetako parlamentuetan onetsitako legeak sendetsi behar. Autonomia-erkidego horietako estatutuen arabera, lege horiek autonomia-erkidego bakoitzeko presidentek aldarrikatuko ditu Erregearen izenean. Amaitzeko, Erregeak konstituzio-eraldaketa sendesteko duen eginbeharrari dagokionez, egia esan, orain arte Konstituzioa egindako eraldaketak (zehazki, 1992an -13.2 artikulua- eta 2011an -135. artikulua-), Erregeak sendetsi egin ditu.

Halaber, Erregeari hurrengo hauek dagozkio: Ministroen Kontseiluan erabakitako dekretuak luzatzea (gauzatu beharreko egintza da eta, legeen sendespenarekin gertatzen den bezala, Erregeak ezin dio dekretuak luzatzeari uko egin), enplegu zibil eta militarrek ematea, eta legeen arabera ohoreak eta sariak banatzea -62.f art.-; konstituzio-organoen desberdinetako titularrak berritzeko beharrezkoak diren deialdi eta izendapenak egitea (Gorte Nagusietarako deialdiak egitea eta haiek desegitea -legegintzaldi bakoitzaren hasieran egiten den bilerari buruz ari dela ulertu behar da- eta hauteskunderako deia egitea -62.b art.-; erreferendumerako deialdiak egitea -62.c art.-; Gobernuaren lehendakariaren hautagaia

⁶ Halatan, Estatuko Aldizkari Ofizialaren argitalpenean, lege-lerruneko arau guztien goiburuan sendespena eta aldarrikatzea protokolozko formula ezagunaren bidez lotzen dira: “Joan Karlos I.ak, Espainiako Erregeak, berau ikusi eta ulertzen duten guztiei: Jakin ezazue Gorteen onetsi dutela eta Ni honako hau sendestera nator...”. Jarraian, arauaren testua jasotzen da eta amaieran adierazpen hau agertzen da: “Hortaz, espainiar guztiei, herritar nahiz agintari, agintzen diet honako lege hau bete eta betearaz dezaten”. Bukatzeke, monarkaren sinadura agertzen da, eta horrekin batera “kontrasinadura” (Gobernuaren presidentearen berrespena).

proposatzea, eta, behar denean, hori izendatzea, eta haren eginkizunei amaiera ematea -62.d art.-; eta Gobernuko kideak izendatu eta banantzea, lehendakariak hala proposatuta -62.e art.-). Modu berean, atal honetan jaso beharko lirateke hurrengo hauen izendapenak Botere Judizialaren Kontseilu Nagusiko kideak (EKren 122.3 art.), Estatuko Fiskal Nagusia, Konstituzio Auzitegiko magistratuak (159.1 art.), autonomia-erkidegoetako lehendakariak (152.1), etab.

Estatuaren iraupenaren sinboloa ere bada. Hori dela eta, monarkiaren dinastiaren jarraipena (EKren 57.1 art.), nola edo hala, estatuaren jarraipenaren sinboloa da. Batasun-izaera sinbolikoari dagokionez, monarkia lurralde eta erresuma desberdinen sintesia da. Lurralde eta erresuma horiek historian zehar monarkia hispanikoaren menpe bilduta egon dira, eta gaur egun Espainiako estatua osatzen dute. Lurraldeen arteko batasun-faktore horren erakusgarri, Erregeak, estatuburu gisa, eta Asturiasko Printzeak, koroaren oinordekoa den aldetik, zin egin behar dute haien eginkizunetan zintzo arituko direla, Konstituzioa eta legeak bete eta betearaziko dituztela, eta herritarren eta *autonomia-erkidegoen* eskubideak errespetatuko dituztela (EKren 61.1 art.).

3. Erakundeen jardunbide egokia antolatu eta bideratzeko Erregeak dituen eginkizunak

Erregeak *antolatu eta bideratzen du erakundeen jardunbide egokia*. Bideratze-eginkizun hori ez da nahasi behar frantziar doktrinario liberalek (CONSTANT, etab.) eta XIX. mendean Europako zenbait konstituziok “botere moderatzaile” kontzeptuaren bidez ulertzen zutenarekin⁷. Izan ere, Erregeak ezin du Gobernuko presidentea izendatu eta kargutik kendu (kargurako hautagai bat proposatu dezake soilik, eta hautagai hori Diputatuen Kongresuak izendatu behar du; hautagai hori kargutik ken-

⁷ Besteak beste, Portugaleko 1826ko Konstituzioan eta Frantziako 1830eko Konstituzioan.

tzeko, Diputatuen Kongresuan zentsura-mozioa onetsi behar da edo ganbera horretan konfiantza-arazoa galdu behar du). Erregeak ezin ditu ministroak izendatu edo kargutik kendu (Gobernuko presidentek proposatuta egin behar du), eta legeak sendesteari ezin dio uko egin (ez baitu beto-eskubiderik). Horrez gain, ezin du gerra-adierazpenik egin eta ezin du bakea sinatu, eta ezin ditu nazioarteko itunak sinatu, berretsi edo salatu (esparru horretan, eskumenak Gobernuarenak eta Gorteenak dira, eta Erregeak bere sinadurarekin –sinadura hori beharrezkoa da– erakunde horiek erabakitako egintzak formalizatu baino ez ditu egiten).

Zer dira orduan Koroari dagozkion antolatze- eta bideratze-eginkizunak?⁸ *Bideratze-eginkizunari* dagokionez, oro har onartzen da monarka “eraginpeko magistratura” dela, estatuko gainerako erakundeei dagokionez. Britainiar konstituzionalismoak ere antzeko formula erabiltzen zuen, BAGEHOTek bildutakoa. Horren arabera, monarkak “kontsultatua izateko, adore emateko eta ohartarazteko eskubidea du” (“the right to be consulted, the right to encourage, the right to warn”). EKren 62. artikuluan ezarritakoaren arabera, Erregeak “estatuko arazoan berri jasotzeko eskubidea” du. Baina monarkaren eskubidea ez da soil-soilik Ministroen Kontseiluko bilkuren buru izatea, egokitatzat jotzen duenean, Gobernuko presidentek eskatuta beti, Konstituzioko artikulua horretan esanbidez ezarri den moduan. Horrez gain, monarkak presidentearekin eta Gobernuko gainerako kideekin elkarrizketak (“despatxuak”) izaten ditu, eta estatuko beste agintari batzuekin entzunaldiak izaten ditu. Estatuaren Administrazioiko Departamentu desberdinek Erregeari laguntza eman behar diote (txostenak, irizpenak, aholkuak, etab.), koroak bere betebeharrak bete ditzan (Errege-etxea berregituratzen duen maiatzaren 6ko 434/1988 Errege Dekretuaren 13. art.).

Bestalde, adore emateko eta ohartarazteko eskubideak direla bide, Erregea gobernuaren eta estatuko gainerako erakundeen kontseilaria da.

⁸VEGA, P. DE, “El poder moderador”. *Revista de Estudios Políticos*. 2002, 116. zk., 7-24. or.

Eginkizun horiek egikartzeko ez dago arau idatzirik, zuhurtzia, neurritasun, diskrezio, arreta eta neutraltasun al bait zorrotzenarekin gauzatu behar dira. Edonola ere, eginkizun horiek ez dute monarkaren botere eraginkorra (*potestas*) islatzen, botere hori estatuko gainerako erakundeei baitagokie eta ez berari. Monarkaren eragin, ospe eta aginte moralaren isla dira (*auctoritas*).

Horrez gain, monarkaren *antolatze-eginkizuna* aurreko guztiarekin lotuta dago zuzenean, eta koroaren neutraltasun instituzionalak eratorzen du. Koroa bizitza politikoan lehiakide diren alderdien gainera dago. Antolatze-botere horrek ez ditu, besteak beste, Frantziako Errepublikako presidentearen eskumen zehatzak, azken horrek Gobernuaren berrespena behar ez duten berezko botereak baititu⁹. Eta gainera ez ditu, bere garaian ikusi genuen bezala, esparru horretan Espainiako erregeak 1977ko Eraldaketa Politikorako Legean zituen eskumenak. Egia esan, Erregearen antolatze-eginkizunak ondore nabariagoak izan ditzake politika-gehiengorik ez egotean gobernu-lana zailtzen bada.

Konstituzioan esanbidez ezarri ez den arren, doktrinaren atal batek ulertzen du Erregeak antolatze-eginkizun hori mezu publikoen bidez egikaritu ahal duela, egoera jakin batzuetan. Normalean, erakundeen modu erregularrean funtzionatzen badute, koroaren diskurtso eta mezuek ez dute antolatze-izaerarik izaten, Erregearen beste eginkizun batzuekin lotuta egoten dira, hala nola, izaera sinbolikoa, zeremoniala eta nazioartekoa. Praktikan, aipatu ditudan eginkizunetaz harago doan koroaren mezu bakarra herritarrei Gabonetan bidaltzen diena da. Mezu horretan, Erregearen egintza eta diskurtso guztiak bezala gobernuarekin koordinatuta dagoen arren, aipamen zuzenak egiten zaizkio herrialdeko errealitate politiko, sozial eta abarrei, eta monarkak iradokizun eta balo-

⁹ Adibidez, Nazio Biltzarra desagitea, erreferendumerako deialdia egitea, lehen ministroa izendatzea edo Frantziako 1958ko Konstituzioaren 16. artikuluan ezarritako salbuespen neurriak hartzea.

razio batzuk egiten ditu, eta modu horretan aipatzen ari garen antolatze-eta bideratze-eginkizunera gehiago hurbiltzen da. Erregearen mezuek, hala ere, garrantzi handiagoa izan dezakete konstituzio-mailako krisietan. Horrela gertatu zen Felipe VI.a, Espainiako erregearen 2017ko urriaren 4ko mezuarekin, Kataluniako krisiari buruzkoa.

Horrez gain, Erregeak, Konstituzioaren arabera, kasu bakar batean nolabaiteko antolatze-eginkizuna egikaritu dezake: Diputatuen Kongresuari Gobernuko lehendakariagaia proposatzen dio. Erregeak, Parlamentuan ordezkari-tza lortu duten talde politikoek izendatutako ordezkariekin kasuan kasuko kontsultak egin eta gero, Kongresuari Gobernuko presidente izateko hautagaia proposatzen dio (EKren 62.d / 99.1 art.). Hala ere, hautagai hori presidente izateko, Kongresuak izendatu behar du. Hortaz, Erregearen proposamena askea izan arren, oso baldintzatuta dago, batetik, Kongresuaren osaera dela bide eta, bestetik, proposatutako hautagaiak ganberan izan ditzakeen babesengatik. Kongresuan parlamentu-gehiengo argia dagoenean, Erregeak gehiengoak babestutako hautagaia proposatu behar du. Baina gehiengorik ez badago, Erregearen proposamen-ahalmenak aukera zabalagoa izango du. Zentzu horretan, monarkaren jardunak antolatze-jardueratik hurbilago dauden ondoreak izan ditzake. Dena delarik ere, Gobernuko lehendakaria izendatzeko Konstituzioan ezarritako beste kasuan (EKren 114. art.) Erregeak ez du inolako aukerarik: Kongresuko erabateko gehiengoz Gobernuaren aurkako zentsura-mozioa onesten den kasuaz ari gara. Alde batetik, horrek esan nahi du Gobernuko aurreko lehendakariak bere dimisioa aurkeztu behar diola Erregeari. Eta bestetik, mozio horretan jasotako Gobernuko Lehendakari-zarako hautagaiak Kongresuaren konfiantza jaso duela ulertuko da eta, beraz, Erregeak Gobernuaren lehendakari izendatuko du hautagai hori.

Ganberak desegiten diren kasuetan, Erregearen jarduera beharrezkoa da eta, horregatik ez du inolako aukerarik. Kasu desberdinak gerta daitezke: inbestidurako lehenengo botaziotik bi hilabete igaro ondoren

hautagai batek ere Kongresuaren konfiantza ez baldin badu lortu, Erregeak Diputatuen Kongresua eta Senatua desegingo ditu (EKren 99.5 art.) eta hauteskundeetarako deialdia egingo du. Bestalde, Gobernuko lehendakariak proposatuta, Kongresua, Senatua edo bi ganberak behar baino lehenago desegiten badira, Ministro Kontseiluan eztabaida izan ondoren eta EKren 115. artikuluan ezarritako betekizunak beteta, Erregeak desegite hori aginduko du eta Desegite-dekretuak hauteskundeen data finkatuko du (EKren 115.1 art.).

4. Erregea eta nazioarteko harremanak

Erregea *Espainiako estatuaren ordezkaritza gorena bereganatzen du nazioarteko harremanetan eta, batez ere, haren erkidego historikoko nazioetan*¹⁰. Atal honetan bi eskumen biltzen dira: bata juridikoa eta bestea sinbolikoa. Lehenengoari dagokionez, nazioarteko harremanen esparruan, Erregea estatuko burua da. Nazioarteko zuzenbidean ezarritakoaren arabera, Erregea Espainiako estatuko nazioarteko ordezkari gorena da. Hori dela eta, Erregeak enbaxadorei eta diplomaziako beste ordezkariak egiaztatzea ematen die, eta Espainian atzerriko ordezkariak haren egiaztatzea jasotzen dute (EKren 63.1 art.); berari dagokio estatuaren adostasuna agertzea, itun bidez nazioartean betebeharrak bereganatzeko, Konstituzioarekin eta legeekin bat etorriz (EKren 63.2 art.); eta Erregeari dagokio, Gorte Nagusiek aurretiaz baimena emanaz gero, gerra aldarrikatu eta bakea egitea (EKren 63.3 art.). Edozein kasutan ere, argi izan behar da Erregeak egintza horiek formalizatu egiten dituela soil-soilik, baina ez dituela erabakitzen. Izan ere, ez da ahaztu behar Gobernuak estatuko kanpoko politika gidatzen duela (EKren 97. art.) Gorte Nagusiekin ba-

¹⁰ FERNÁNDEZ-PALACIOS MARTÍNEZ, M., *Rey, Constitución y Política Exterior*, Madril: Marcial Pons / Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, 2010; PÉREZ VERA, E. eta RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J. "Atribuciones internacionales del Rey: artículo 63". ALZAGA VILLAAMIL, O. (zuz.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madril: Gorte Nagusiak / EDERSA, 1996, V. lib., 261-278. or.

tera, eta azken horiek baimendu behar dituztela itun nagusiak eta gerra aldarrikatu eta bakea egitea (EKren 63. / 94. art.).

Aipatutako bigarren eskumenak, Espainiako estatuaren ordezkaritza go-rena izateak haren erkidego historikoko nazioekiko harremanetan, izaera sinbolikoa du gehienbat. Eskumen horrek esparru horretan ez dakar Koroaren inolako eskumen juridiko berezirik, koroaren beste funtzio sinboliko baten aitorpena baino ez da, Espainiaren eta Espainiako monarkiaren atal izan ziren herrien arteko lotura historiko gisa. Herri horiekin arlo guztietan lehentasunezko harremana mantendu nahi da. Zalantzarik gabe, horren adibiderik argiena da Iberoamerikako herrietako estatuburuak eta gobernuburuak egiten dituzten aldizkako goi-bileretan Erregea egotea.

5. Erregea eta Indar Armatuena gorengo agintea

Konstituzioak Erregeari beren-beregi esleitzen dion beste eginkizun bat, azalpen berezia merezi duena: 62.h artikulua arabera, Erregeari dagokio Indar Armatuena gorengo agintea izatea¹¹. Konstituzioaren Atariko Tituluan kokatutako 8. artikulua dela bide, Espainiako Konstituzioa “bitxia” da gure inguruko beste konstituzio-testuekin konparatzen badugu. Artikulu horren arabera, Indar Armatuena eginkizuna da Espainiako subiranotasuna eta independentzia bermatzea, eta haren lurralde-osotasuna eta konstituzio-antolamendua zaintzea. EKren 62.h artikulua arabera Erregeari Indar Armatuena gorengo agintea izatea dagokionez, eztabaida interesgarria sortu da monarkak esparru horretan dituen benetako eskumenean inguruan.

Nire ustez, eta bat nator doktrinaren sektore aipagarri batekin (TORRES DEL MORAL, etab.)¹², Konstituzioan argi utzi da Gobernuari dagokiola estatuaren defentsa eta Administrazio militarra gidatzea (EKren 97. art.). Be-

¹¹ LAFUENTE BALLE, J.M. *El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución*. Madril: EDERSA, 1987; OTTO y PARDO, I. de, “El mando supremo de las Fuerzas Armadas”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 1988, 23. zk., 11-43. or.

¹² TORRES DEL MORAL, A. eta CANDO SOMOANO, M.J. *Monarquía y Constitución*. Madril: Colex, 2001.

raz, Indar Armatuak Gobernuaren aginduen menpe egongo dira beti. EKren 8. art.tik ezin da inola ere ondorioztatu Indar Armatuei botere autonomoa ematen zaienik. Horrexegatik, Indar Armatuek modu autonomoan jardutea ez litzateke Konstituzioaren arabera izango, ezta krisi egoeretan ere. Kasu horietan, Konstituzioak, 55. eta 116. artikuluen bidez, krisi egoerei aurre egiteko mekanismo bereziak ezarri ditu. Izatez, agintaritzak militarrek “setio-egoera” erabakitzen bada soilik esku har dezake, baina beti Gobernuaren zuzendaritzapean eta Diputatuen Kongresuak aurretiaz baimena emanda. Eta jakina, gerra aldarrikatzeko eta bakea egiteko Gorte Nagusien baimena behar da beti.

Egia da Erregeak Indar Armatuaren gorengo agintea duela, baina parlamentu-monarkia baten aurrean gaudenez, “gorengo aginte” hori interpretatzerakoan ezin dugu ahaztu Erregearen egintzak berretsi egin behar direla baliozkoak izan daitezen (EKren 56.3 / 64. art.), Gobernua baita barne eta kanpoko politika gidatzen duena, baita Administrazio zibila eta militarra, eta estatuaren defentsa ere (EKren 97. art. / GLren 1. art.). Erregearen egintzek berrespenik behar ez duten kasu bakarra, esparru militarrekin lotuta, Erregearen etxeko kide militarrek izendatzea da (EKren 65.2 art.).

Beraz, Indar Armatuaren gorengo agintearekin loturiko Erregearen eginkizun horrek funtzio sinbolikoa eta bideratzailea du batez ere, normalean parlamentu-monarkien titularrei dagokiena. Hau da, Erregeak, herrialdeko gorengo lerruneko militarra den aldetik, Indar Armatuaren aginte sinbolikoa gauzatzen du, baina horrek ez dakar agintzeko botere zuzena Gobernua alde batera utzita, nahiz eta monarkak defentsa nazionalako organoetan parte hartzeari buruzko lege-xedepenetatik hori ondorioztatu. Adibidez, monarkak Defentsa Nazionalako Kontseiluan parte hartzen du, Erregeak Kontseilu horretatik osoko bilkuran informazioa jasotzeko eskubidea du edo Kontseiluaren buru da bileretara doanean¹³. Lege horren aitzin-

¹³ Defentsa Nazionalari buruzko azaroaren 17ko 5/2005 Lege Organikoaren 3. eta 8. art. -aurrerantzean, DNLO-.

solasetik bertatik ere beste horrenbeste ondorioztatzen da, bertan ezarritakoaren arabera Gobernuko lehendakariari egokitzen baitaio Defentsan eragina duten krisi-egoeren kudeaketa eta baita gatazka armatuaren zuzendaritza ere. Orobat, Legearen arabera, Gobernuko lehendakariari laguntzeko Defentsa Nazionaleko Kontseilua sortzen da, aholku-, koordinazio- eta kontsulta-organoa, eta Defentsa ministroari defentsa-politika burutzea eta betetzea egokitzen zaio.

Gai horren inguruan, autore batzuek koroa krisi-magistratura dela esan dute, hots, Konstituzioak krisi larria izanez gero, koroak gaurkotzeko moduko botere-erdigune zehaztugabea izango luke (HERRERO DE MIÑÓN)¹⁴. Beste autore batzuen esanetan, krisia egonez gero, Erregea da konstituzio-ordena defendatzera deituta dagoen lehenengo soldadua. Horretarako, Indar Armatuaren agintaritza zuzena eta pertsonala hartzen du, bera baita Konstituzioaren zaindaria (EKren 61. art.an ezarritakoaren arabera, Erregeak, Asturiasko Printzeak eta, hala denean, erregeordeak edo erregeordeek, zin egin behar dute haien eginkizunetan zintzotasunez arituko direla, Konstituzioa eta legeak bete eta betearaziko dituztela, eta herritarren eta autonomia-erkidegoen eskubideak errespetatuko dituztela). Modu horretan, errege-boterearen azken erreserba izango luke (FERNÁNDEZ FONTECHA, PÉREZ DE ARMIÑÁN, etab.)¹⁵.

1981eko otsailaren 23ko estatu-kolpearen ahaleginean gertatutakoa, nire ustez, krisia izan zen, eta konstituzio-organoen ohiko funtzionamendua eragotzi zen, kolpistek Gobernua eta Kongresua bahituta zituztelako. Egiazki, Joan Karlos I.a erregeak erabaki egokiak hartu zituen egoera zail hura gainditzeko. Baina monarkia demokratiko batean esta-

¹⁴ HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. "La posición constitucional de la Corona". MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (koord). *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría*. Madril: Civitas, 1991, III. lib., 1921-1940. or.

¹⁵ FERNÁNDEZ-FONTECHA, M. eta PÉREZ DE ARMIÑÁN, A. *La Monarquía y la Constitución*. Madril: Civitas, 1987; FERNÁNDEZ-FONTECHA, M. "De nuevo sobre la posición constitucional del Rey". *Revista de las Cortes Generales*. 1995. 36. zk., 173-181.or.

tuburuak larrialdi hartan egin zezakeen gauza bakarra egin zuen: kolpistek Gobernu eta Parlamentua bahituta zituztenez eta aginduak ezin zituztenez askatasunez eman, Erregea bera izan zen aginduak eman zituena, ez bakarrik Indar Armatupei, baita agintari zibilei ere, haien egin-beharra bete zezaten, hots, konstituzio-ordena zaintzea. Baina horrelako larrialdi-egoera baten aurrean, Gobernu politika nazionala gidatzeko moduan egon izan balitz, Gobernuak berak, eta ez Erregeak, zuzendu beharko zukeen egoera.

6. Erregeari dagozkion beste eginkizunak

Atal hau bukatzeko eta Konstituzioak dioenez, Erregeak *Konstituzioak eta legeek esanbidez ematen dizkioten eginkizunak betetzen ditu*. Adierazpen hori guztiz koherentea da parlamentu-monarkia kontzeptuaren bidez ulertzen den horrekin. Kontzeptu horretan printzipio monarkikoak ez du lekurik, hau da, Erregeak ez ditu bere magistraturari beren-beregi atxikitako ahalmenez bestelakoak, eta Espainiako Konstituzioak nahiko argi utzi nahi izan du hori. Konstituzioak eta legeek eman eta oraindik aipatu ez ditugun eginkizunen artean, grazia-eskubidea erabiltzea aipatu behar da (EKren 62.i art.), Erregearen indultu-pribilegio tradizionala, hain zuzen ere. Hala ere, gure antolamendu juridikoan hori ez da Erregearen borondatearen arabera, izan ere, Erregeak indultua juridikoki formalizatzen du, baina ez du erabakitzen, Legean ezarritakoari jarraituz¹⁶. Lege horri Konstituzioak berak indultu orokorrak baimentzea debekatzen dio. Modu berean, lehendakaria eta Gobernuko gainerako kideak grazia-pribilegiotik kanpo geratzen dira erantzukizun kriminalaren kasuan, EKren 102. artikuluan ezarritakoaren arabera. Halaber, grazia-pribilegio hori legegintzako herri-ekimenetik kanpo geratzen da (EKren 87.3 art.). Gainera, Konstituzioak beren beregi jasotzen du Erregeari dagokiola errege-

¹⁶ Urtarrilaren 14ko 1/1988 Legea, grazia-eskubidea erabiltzea arautzen duen 1870eko ekainaren 18ko Legea aldatzen duena.

akademien babesgo nagusia izatea (62.j art.). Koroak kultura-arloan oho-
rezko izaerako eginkizuna du, monarkia erakunde horien jatorriari zuzen-
zuzenean lotuta egon baitzen. Ohorezko izaera bera dute Errege lehendakari-
dutaritzat duten kultura-jarduerak edo jarduera zientifikoak.

III. ERREGEAREN ESTATUTU JURIDIKOA ETA “BERRESPENA”

Estatuburuaren artean ohikoa da, baita erregimen errepublikano askotan ere, haien egintzen gaineko erantzukizun politikoa ez izatea. Monarkietan, eta zalantzarik gabe, parlamentu-monarkien kasuan, monarkaren erantzukizunik eza erabatekoa da ez bakarrik politikaren esparruan, baita esparru zibilean eta zigor esparruan ere. Esapide frantses ezagunaren arabera, Erregeak “erreinatzen du, baina ez du gobernatzen”, hau da, monarkak beste konstituzio-organo batzuek hartzen dituzten egintzen erabakiak juridikoki formalizatzen ditu, besterik ez. Eta gainera, bere egintzak baliozkoak izan daitezen, estatuko beste agintari batzuek egiaztatu, “berretsi”, behar dituzte (normalean, lehendakariak edo Gobernuako kideren batek)¹⁷. Ho-

¹⁷ FERNÁNDEZ MIRANDA, C. “La irresponsabilidad del Rey. El refrendo, evolución histórica y regulación actual”. *Revista de Derecho Político*. 1998, 44. zk., 225-256. or.; HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. “Refrendo de actos reales: art. 64”. In ALZAGA VILLAAMIL, O. (zuz.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madril: Gorte Nagusiak / EDESA, 1996, V. lib., 279-308. or.; GONZÁLEZ AYALA, M.D. eta TRUJILLO RINCÓN, M.A., “El refrendo del nombramiento regio de los Presidentes de las Comunidades Autónomas”. In ZZ.AA. *Gobierno y Administración en la Constitución*. Madril: Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1988, I. lib., 747-762. or.; LÓPEZ GUERRA, L.M., “Las funciones del Rey y la institución del refrendo”. In RUIZ-RICO LÓPEZ LENDÍNEZ, J.J. (koord.). *Estudios de Derecho Público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*. Madril: Tecnos, 1997, 151-182. or.; PÉREZ FRANCESCH, J.LI. «El refrendo del nombramiento regio de Presidente de una Comunidad Autónoma». *Revista Jurídica de Catalunya*. 1989, 3. zk., 777-788. or.; PRADOS FRUTOS, E. de. “El refrendo de los actos del Rey”. *Revista del Ministerio Fiscal*. 2003, 11. zk., 175-212. or.; SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., “Irresponsabilidad del Rey”, in ARAGÓN REYES, M., (zuz.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Madril: Civitas, 2001, 43.or.; VERA SANTOS, J.M. “El refrendo en la Constitución española de 1978”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. 1998, 89.

rrenbestez, egintza horietatik eratorritako erantzukizun hipotetikoa ezin zaio Erregeari egotzi, Erregearen egintzak egiaztatzen dituztenei dagokie, izan ere, egintzok egiaztatzean horien gaineko erantzukizun osoa hartzen dute. Konstituzio zuzenbide britainiarrean klasikoak diren bi esapide erabiliz, Erregeak ezin du bakarrik jardun (“the King cannot act alone”), eta ez du erantzukizunik berak hartzen ez dituen erabakien gainean; estatuko beste agintari batzuek baimentzen dituzten erabakiak “formalizatu” besterik ez ditu egiten (“the King can do no wrong”). Beraz, berresten duten agintari horiek izango dira erabakien erantzuleak.

Espainiako Konstituzioaren kasuan, 56. artikulua argia da horren inguruan: “Erregea bera bortxaezina da, eta ez du erantzukizunik. Haren egintzak berretsita daude beti 64. artikuluan ezarritako eran, eta, aipatu berrespenik gabe, ez dira baliozkoak, 65.2 artikuluan xedatutakoa salbu.” Hortaz, eta 64.2 artikuluan ezarritakoaren arabera, “Erregearen egintzei begira, erantzukizuna izango dute egintzok berretsi dituztenek”. Ondorenez, Erregearen ez-erantzuletasuna berrespenari zuzen-zuzenean lotuta dago.

Berrespena parlamentu-sistemaren hastapenetan sortu zen, monarkaren ahalmenak mugatzeko. GONZÁLEZ-TREVIJANOK¹⁸ idatzi duenez, berrespena egintza juridiko publikoa da, eta horren bidez, berresle izeneko subjektuak estatuburuak sinatutako egintza kautotu edota bere gain hartzen du, bere sinadura jarrita, bere presentziarekin edo agindutako funtzio publikoak betetzen jarraituz, denboran eta forman, edu horretan beharrezko baliozkotasuna emanez. Horrenbestez, Erregearen egintzen baliozkotasun-baldintza da, berrespenik gabe egintza horiek baliogabeak baitira. Berrespenaren izaera juridikoari dagokionez, zenbait teoria defendatu dira. Tratatu-idazle batzuek berreslearen eta berretsiaren arteko

zk., 309-345. or.; TORRES MURO, I., “Refrendo y monarquía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 87 (2009), 43-70. or.

¹⁸ GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. *El refrendo*. Madril: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

borondate-akordioaz hitz egin dute; beste zenbait autorek egintza konplexu bat aipatzen dute, eta horretan bi borondatek bat egiten dute, baina egoera desberdinean: berreslearen borondateak berretsiaeren borondatea zehazten du. Beste doktrina-sektore batek azpimarratutakoaren arabera, berrespenak teknika izaera du eta erabakia berreslearen eskuetan uzten du, Erregearen eskumenak erabakitze-edukirik gabe utziz.

Konstituzio Auzitegiaren arabera¹⁹, erregearen egintza guztiak berretsi egin behar dira -EKren 56.3 artikulua berrespenetik bereziki baztertzen dituen kasuak izan ezik, berehalaxe aztertuko ditugunak-; berrespenik gabe, egintza baliogabea da; 64. artikuluan ezarritako moduan egin behar da; bistakoa denez, agintari berresleak Erregearen egintzaren erantzukizuna bere gain hartzen du; eta egintza berresten duen pertsona egintza horren egilea izan daiteke edo ez (pentsa dezagun, esaterako, legeak sendestea eta aldarrikatzea. Kasu horretan, egileak Gorte Nagusiak dira, baina organo berreslea Gobernuko lehendakaria da. Hau da, botere betearazlearen burua da egintza antolamendu juridikora egokitzen dela egiaztatzen duena, egintza onestean esku hartu barik).

Berresteko legitimazioa duten pertsonen dagokienez, Konstituzio Auzitegiak argi utzi du Konstituzioan (64.1 eta 99. artikulua) beren beregi baimenduta dauden pertsonen soilik egin dezaketela eta estatuko beste edozein agintaririk ezin duela egin. Arau orokorra da Gobernuko kideak direla Erregearen egintzak berresteko legitimazioa dutenak. Gehienetan, Gobernuko lehendakaria izaten da berrespena gauzatzen duena, baina ministro bakoitzak ere egin dezake kasuan kasuko jardun-arloan. Salbuespena Diputatuen Kongresuko lehendakariarena da, bera baita EKren 99. artikuluan ezarritako kasuetan Erregearen egintzak berresteko ardura duena, hots: Kongresuan aurkeztzen den Gobernuaren lehendakaritzarako hautagaia proposatzea, Gobernuko lehendakari izendatzea; eta Gorte

¹⁹ Otsailaren 6ko 16/1984 eta urtarrilaren 27ko 5/1987 KAE.

Nagusiak desegitea hautagai bat ere ez baldin bada lehendakari izendatu, inbestidurarako lehenengo botaziotik bi hilabete igaro ondoren. Eta beste inor ere ez, izan ere, berrespena ezin da beste organo batzuetan eskuordetu eta Konstituzioa baino lerrun txikiagoa duten arauk ezin dute ahal horren kasuan titular berririk gehitu²⁰.

EKren 56.3 artikuluan ezarritakoaren ildotik, Erregearen egintza guztiek, juridikoki baliozkoak izateko, berretsita egon behar dute beti 64. artikuluan ezarritakoari jarraituz, EKren 65.2 artikuluan beren beregi bildutakoak salbu. Azken hori ez da zuzena, 65.2 artikuluan berrespenetik salbuetsitako egintza bakar bat baitago: Erregearen etxeko kide zibil eta militarrek izendatzea eta kentzea. 56.3 artikulua beren-beregi aipatu ez arren, berrespenetik salbuetsita dago EKren 65. artikulua lehenengo paragrafoa bildutako kasua. Horren arabera, Erregeak, estatuaren aurrekontuetatik, oso-osoko diru-kopurua jasotzen du, bere familia eta etxeari eusteko, eta askatasunez banatzen du kopuru hori. Hau da, diru-kopurua urtero Gorteei xedatzen dute, ez du Erregeak erabakitzen; Erregeak askatasunez erabakitzen du nola banatu diru hori. Konstituziogileak “askatasunez” hitza erabiltzen duenean, egintza honetan ere Erregeak inolako berrespenik behar ez duela ulertu behar da.

Halaber, eztabaida handia sortu da Erregeak herritar partikular moduan garatzen dituen egintza jakin batzuen inguruan, ez baitago argi horiek berrespenik behar duten edo ez. Printzipioz, berrespenik behar ez dutela pentsatu behar da. Modu horretan, Erregearen ondare pribatuaren administrazioari buruzko egintzek berrespenik behar ez dutela ulertu izan da, eta Erregeak ezkontzeko ere ez du baimenik behar. Baina Erre-

²⁰ Horregatik, Konstituzio Auzitegiak Eusko Legebiltzarraren ekainaren 30eko 7/1981 Legearen, Jaurlaritzaren Legearen, 4. artikuluko 2. paragrafoa konstituzioaren aurkakoa zela adierazi zuen (urtarrilaren 27ko 5/1987 KAE eta urtarrilaren 29ko 8/1987 KAE). Artikulu horren arabera, “Lehendakaria izendatzeazko Errege-Dekretua Eusko Legebiltzarreko Lehendakariak sendetsiko du”. Baina Konstituzio Auzitegiak argi utzi zuen Estatuko Gobernuaren lehendakaria dela izendapena berretsita behar duena.

geak berrespena behar du tronuan oinordeko izateko eskubidea duen pertsona baten ezkontza debekatzeko (EKren 57.4 art.), izan ere, funtsean ez da bere-berezko egintza. Testamentuan tutorea izendatzeari dagokionez, doktrinan biziki eztabaidatutako gaia da, izan ere, printzipioz egintza pribatua izan arren, esparru politikoan eragina izan dezake. Beraz, agian izendatze horrek berrespena beharko luke.

Berrespenaren formari erreparatuz, ohikoena berresleak estatuburuaren egintzak kontrahitzea da (monarkaren sinaduraren alboan egintza berresten duenaren sinadura agertzen da). Baina berresteko beste modu batzuk ere badaude. Bata “isilbidezko berrespena” deitzen dena da, hau da, Gobernuak kideren bat Erregearen ondoan egoten da jarduera ofizialetan, eta horrela, Erregearen gaineko erantzukizuna bere gain hartzen du. Beste bat “ustezko berrespena” da, eta horren arabera, Gobernuak monarkaren jardun guztien gaineko erantzukizuna bere gain hartzen du, monarkarekin bat ez etortzeagatik dimisioa aurkeztu ezean.

Berrespenaren ondoreei dagokienez, aurretik ere ikusi dugu berrestea Erregearen egintzek baliozkotasuna izateko sine qua non baldintza dela. Erregearen egintza bat, berrespena behar badu eta berresten ez bada, ez da baliozkoa (EKren 56.3 art.). Modu berean, egintza berrestean, organo berresleak horren gaineko erantzukizuna hartzen du (EKren 64.2 art.), nahiz eta, ikusi genuen bezala, egintzaren gauzatze materiala berari ez egokitu²¹.

Monarkaren erantzukizunaren gaia berriz agertu da Espainiak Nazioarteko Zigor Gortearen 1998ko uztailaren 17ko Erromako Estatutua berrestean²², estatuaren adostasuna emateko parlamentu-baimena dela bide, EKren 93. artikuluan ezarritako prozeduraren arabera, urriaren 4ko 6/2000 Lege Organikoaren bitartez. Estatutuaren 27. artikuluko lehenengo paragrafoan ezarritakoaren arabera, “Estatutu hau guztiei berdin apli-

²¹ Urtarrilaren 27ko 5/1987 KAE eta urtarrilaren 29ko 8/1987 KAE.

²² 2000ko urriaren 19ko Berrespen Agiriaren bidez, Estatuko Aldizkari Ofizialean 2002ko maiatzaren 27an argitaratua.

katuko zaie, kargu ofizialean oinarritutako bereizketarik egin gabe. Zehatz esanda, pertsona baten kargu ofiziala edozein izanda ere, estatuburua zein gobernuburua, gobernuko zein parlamentuko kidea, hautatutako ordezkaria zein gobernuko funtzionarioa izan, ez da zigor-erantzukizunetik salbuetsita egongo, eta per se ez da zehapena murrizteko arrazoia izango”. Bestalde, bigarren paragrafoan hurrengo esaten da: “persona baten kargu ofizialak dakartzan ukiezintasunak eta prozedura-arau bereziak, barne zuzenbidearen edo nazioarteko zuzenbidearen arabera, ez dira eragozpen izango Gortek bere eskumena harekin gauza dezan”.

Arauaketa honen helburua “estatuko egintzen” alegazioa saihestea da. Izan ere, modu horretan, Zigor Gortearen Estatutura bildutako delituen gaineko zigor-erantzukizunetik salbuetsiko lirateke agintariak, estatuaren subiranotasunaren babespean. Krimen mota honen gaineko zigor-erantzukizuna egile guztiengana zabaltzen da, kasuan kasuko herrialdeetan agintari lerrunik handiena izan arren. Dena den, espero zen moduan, autore batzuek azaldu dute Nazioarteko Zigor Gorteko Estatutuaren 27. artikulua horrek kontraesanak izan ditzakeela Konstituzioko zenbait artikulurekin alderatuz gero (esate baterako, parlamentarioen, Gobernuo kideen, eta abarren ukiezintasunei eta onurabideei buruzkoak, eta gai honi dagokionez, Erregaren bortxaezintasunari eta bere egintzen gainean duen erantzukizun ezari buruzkoak, Konstituzioko 56.3 artikuluan ezarritakoak).

Hortaz, nork edo nork defendatu du Tratua berresteko adostasuna ematen duen lege organikoa konstituzio-aurkakoa dela. Horrez gain, Nazioarteko Zigor Gortearen Estatutua berretsi aurretik Konstituzioko zenbait artikulua aldatu behar zirela azpimarratu da, mota honetako klausularen bat erantsiz: “Nazioarteko Zigor Gortearen eskumenei kalterik egin gabe”. Hori dela eta, autoreren batek benetako konstituzio-mutazioaz hitz egin du (TENORIO)²³.

²³TENORIO, P. “Estatuto de la Corte Penal Internacional y Constitución”. *Revista de Derecho Político*. 2001, 51. zk., 57-104. or.

Egia esan, ez zen EKren 95.2 artikuluan ezarritako bidea erabili, izan ere, Gobernuak, Kongresuak eta Senatuak ez zuten Konstituzio Auzitegira jo Tratatu berretsi aurretik kontraesanik zegoen edo ez erabaki zezan. Dena den, beste autore batzuen ustez ez dago kontraesanik, eta haien irizpidea Estatu Kontseiluak babestu du. Kontseiluaren 1999ko uztailearen 22ko Irizpenean (IV-B), Gorteko Estatutuaren 27. artikulua eta EKren 56.3 artikulua bateragarriak zirela defendatu zen, ez baitago kontraesanik. Horren arabera, kontua ez da Erregearen egintzen gaineko erantzukizunik ez egotea, horren orde, baliozkoak izateko berretsi egin behar diren egintza horien gaineko erantzukizuna agintari berreslearen esku uzten da (Ekren 56.3 eta 64.2 art.), eta beraz, agintari berresle horrek eta ez Erregeak izango luke balizko “zigor-erantzukizun indibiduala”, Nazioarteko Zigor Gortearen Estatutuak aipatutakoa.

IV. KOROAREN OINORDETZA

EKren 57. artikulua Koroaren oinordetza arautzen du²⁴, Espainiako konstituzio-tradizioari jarraituz, Cádizeko 1812ko Konstituziotik

²⁴ AGUILERA BARCHET, B. *La figura del Príncipe de Asturias en la Corona de España*. Madril: Dykinson, 1998; BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. “Reforma constitucional y sucesión”. In RUBIO LLORENTE, F. eta ÁLVAREZ JUNCO, J. *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*. Madril: Consejo de Estado / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, 273-295. or.; ESTATU KONTSEILUA. *Informe sobre modificaciones de la Constitución Española*, 2006ko otsailaren 16koa, II. zatia (“Supresión de la preferencia del varón en la sucesión al trono”). Hemen ikus daiteke: RUBIO LLORENTE, F. eta ÁLVAREZ JUNCO, J. *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*. Madril: Consejo de Estado / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, 62-74. or.; FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, M. “Algunos problemas derivados de la posible reforma del artículo 57.1 de la Constitución”, in RUBIO LLORENTE, F. eta ÁLVAREZ JUNCO, J. *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*. Madril: Estatu Kontseilua / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, 297-306. or.; FREIXES, T. “Reforma de la Constitución: igualdad de mujeres y hombres y sucesión a la Corona de España”.

1876ko Berrezarpeneko Konstituziora arte. Aipatutako tradizio horretan Gaztelako oinordetza-sistemaren eredia erabiltzen da, Alfontso X.a Jaki-tunaren Partidetan aldarrikatua (Bigarren Partidako XV. Tituluaren II. Legea). EKren 57.1 artikuluan hurrengo ezarri da: “Espainiako Koroaren oinordekoak dira Borbongo don Joan Karlos I.a maiestate horren ondorengoak, hura baita dinastia historikoaren jaraunsle legitimoa”. Behin puntu honetan, eta testuaren norainokoa ondo ulertzeko, beharrezkoa da irakurleak gogoan izatea zer testuinguru historikotan eskuratu zuen tronua gaur egungo monarkak. Eta, era berean, kontuan izan behar

GARCÍA TORRES, J. / REQUEJO PAGÉS, J.C., “Sucesión en la Corona”, in ARAGÓN REYES, M., (zuz.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Madril: Civitas, 2001, 48.or.; RUBIO LLORENTE, F eta ÁLVAREZ JUNCO, J. *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*. Madril: Estatu Kontseilua / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, 307-364. or.; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. eta MELLADO PRADO, P. “En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado 1º del artículo 57 de la Constitución española de 1978”. *Revista de Derecho Político*. 1986, 22. zk., 175-194. or.; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. “La sucesión a la Corona: la reforma del art. 57.1 de la Constitución Española”, in RUBIO LLORENTE, F eta ÁLVAREZ JUNCO, J. *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*. Madril: Estatu Kontseilua / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, 6365-401. or.; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *La Monarquía parlamentaria: familia real y sucesión en la Corona*, Madril: Hidalguía / Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2008; GONZÁLEZ ALONSO, B. “La historia de la sucesión al trono y el artículo 57 de la Constitución de 1978”. *Revista de Estudios Políticos*. 1981, 19. zk., 7-42. or.; GUTIÉRREZ NOGUEROLES, A. “Reflexiones en torno al régimen constitucional de sucesión a la Corona Española”. *Revista de Derecho Político*. 2003, 57. zk., 199-258. or.; REY MARTÍNEZ, F. “Derecho de sucesión en la Corona y discriminación por razón de sexo: Análisis de la posible supresión de la preferencia sucesoria de los varones”. In RUBIO LLORENTE, F eta ÁLVAREZ JUNCO, J. *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*. Madril: Estatu Kontseilua / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, 403-441. or.; TOMÁS VILLARROYA, J. eta PÉREZ DE ARMIÁN Y DE LA SERNA, A. “Sucesión a la Corona: art. 57”. In ALZAGA VILLAAMIL, O. (zuz.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madril: Gorte Nagusiak / EDESA, 1996, V. lib., 77-173. or.; TORRES DEL MORAL, A. *El Príncipe de Asturias (su estatuto jurídico)*. Madril: Diputatuen Kongresua, 2005; TORRES DEL MORAL, A. “Reforma constitucional de la sucesión en la Corona”. In RUBIO LLORENTE, F eta ÁLVAREZ JUNCO, J. *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*. Madril: Estatu Kontseilua / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, 443-453. or.

dira Espainiako trantsizioan egin behar izan ziren oreka zailak Franco jeneralaren diktadura-erregimenetik gaur egungo erregimen demokratikora inolako apurketarik gabe igarotzeko.

Erregimen frankistak, “Oinarrizko Lege” izeneko batean, Estatu Buruzagitzaren Oinordetzari buruzko 1947ko uztailaren 26ko Legean, Franco jenerala hiltzen zenerako oinordetza-prozedura ezarri zuen. Jeneralak eskubidea zuen estatu buruzagintzan Errege tituluarekin bere oinordeko izan behar zuen pertsona proposatzeko. Modu horretan, Franco jeneralak 1969an erabaki zuen Errege tituluarekin ondorengo izendatzea ez garai hartan eskubide dinastikoaren titularra zena, Joan Borboi-Battembergekoa, Bartzelonako kondea, Alfontso XIII.a Espainiako azken Erregearen semea eta oinordekoa, baizik eta Bartzelonako kondearen semea eta Alfonso XIII.aren iloba, Joan Karlos Borboikoa, erregimenak Espainiako Printzea deitzen zuena, gaur egun Joan Karlos I.a Borboikoa Espainiako erregea dena. 1975eko azaroaren 20an Franco jenerala hil zen eta bi egun geroago, azaroaren 22an, azken Gorte frankistek Joan Karlos Borboikoa printzea Espainiako errege izendatu zuten Joan Karlos I.a izenarekin, arestian aipatu dudan Oinordetza Legean ezarritakoaren arabera.

Bestalde, Joan Borboikoa aitak, Bartzelonako kondeak, 1977ko maiatzaren 14an oinordetza-eskubideei uko egin zien bere semearen mesedetan. Gisa horretan, harrezkero Estatuko Buruzagitzari zegozkion eginkizunak egikaritzen zituena dinastia historikoaren jaraunse bihurtu zen, bere aitak uko egin ondoren. Ezaguna denez, Erregeak, Adolfo Suárezekin batera, trantsizio korapilatsu hura gidatu zuen, eta 1977ko urtarrilaren 4ko Eraldaketa Politikorako Legea dela bide, 1977ko ekainaren 15ean hauteskundeetarako deia egin zen. Modu horretan, Espainiako Gerra Zibilaren ostean lehenengo Gorte demokratikoak eratu ziren. Azken horiek 1978ko Konstituzioa idaztearen ardura hartu zuten. Konstituzioa herriak 1978ko abenduaren 6an onetsi zuen erreferendumean, eta horren bidez parlamentu-monarkia ezarri zen.

Egia esan, erregimen demokratiko batean, legezotasuna herriak onestitako Konstituzioak ematen du. Baina Monarkia orok duen osagai historikoak azaltzen du Konstituzioan bertan ezartzea Erregea dinastia historikoaren jaraunse legitimoa dela. EKren 57.1 artikuluan egungo Monarkari egiten zaion esanbidezko aipamenaren bidez ulertu behar da Monarkaren kokapena Konstituziotik ondorioztatzen dela eta Konstituzioak berak ematen diola legitimazio demokratikoa Monarkari, ikusi dugun moduan, konstituzio-araua baino lehenagokoa dena. Konstituzioan legitimazio dinastikoari buruz egiten den aipamena dela eta, aipatu autoreak ulertzen du, “legitimazio” horri dagokionez, gaur egungo Monarkia berrezarri bihurtu dela. Ildo horretatik, beste autore batzuen ustez, Konstituziotik eratorritako Monarkiaren legitimazio demokratikoarekin batera legitimazio historikoa aipatu behar dela.

Oinordetza-arauei dagokienez, EKren 57.1 artikuluan Koroaren oinordekoak Joan Karlos I.a Borboikoaren ondorengoak direla eta premutasun eta ordezkaritzaaren inguruko hurrenkera erregularra beteko dela ezarri da; aurreko lerroak lehentasuna izango du beti gerokoei begira; lerro berean, hurbileko graduak lehentasuna izango du urrunekoari begira; gradu berean, gizonezkoak emakumezkoari begira; eta, sexu berean, zaharrenak gazteenari begira. Hau da, lehenengo eta behin, zuzeneko lerroa nahiago da (zuzeneko lerroa hainbat belaunaldik osatzen dute, betiere, batzuk besteen ondorengoak baldin badira: gurasoak, seme-alabak, ilobak, bilobak, etab.) alboko lerroa baino (belaunaldi desberdinetako pertsonaz osatua, baina batzuk ez dira besteen ondorengoak, nahiz eta denak enbor beretik etorri, hots, anai-arrebak, lobak, lehengusu-lehengusinak, etab.). Zuzeneko lerroaren barruan, semeak dira lehenengo jaraunseak, gero ilobak, etab., alegia, hurbileko graduak lehentasuna du urrunekoari begira.

Dena den, zuzeneko lerroan ondorengorik ez balego, alboko lerroa zabalduko litzateke, Konstituzioan ez baita ezarri Koroaren jaraunseak

Joan Karlos I.aren ondorengoak soilik direla, haren “oinordekoak” baino, eta albokoak ere oinordekoak dira. Ikusi dugunez, alboko lerroa anaiek, lobek, lehengusuek, etab. eta bakoitzaren ondorengoek osatzen dute. Zuzeneko lerroan gertatzen den bezala, alboko lerroan hurbileko graduak lehentasuna du urrunekoari begira (hau da, lehenengo anaiak, gero lobak, etab.). Gradu beraren barruan, zuzeneko zein alboko lerroan (seme-alaben artean, iloben artean, anai-arreben artean, loben artean, lehengusu-lehengusinen artean, etab.), gizonak lehentasuna du emakumeari begira tronu-oinordetzan. Eta gradu eta sexu bereko ondorengoan artean, pertsona zaharrenak lehentasuna du gazteenari begira, premutasun-printzipioari jarraituz. Amaitzeko, ez da ordezkari-tza-printzipioa ahaztu behar. Horren arabera, Monarkaren seme batek, lehentasunezko oinordetza-eskubidea izanda, ondorengoak baditu eta Erregea baino lehen hiltzen bada, ondorengoek (adibidez, Monarkaren ilobak) lehentasuna izango dute osaben aurretik.

Argi dago Koroaren oinordetzan gizonezkoek emakumezkoen begira lehentasuna dutela, eta hori EKren 14. artikuluan bereizkeriarik ez egiteko ezarri den debekuaren aurrez aurre dago. Orain arte arrazoi historikoengatik mantendu da, baina oro har pentsatzen da al bait arinen aldatu behar dela, beste Monarkietan gertatu den bezala²⁵.

Aldaketa horren eraginez, EKren 57.1 artikulua eraldatu beharko da, eta horrek Konstituzioaren II. Titulua ukitzen duenez, EKren 168. artikuluko prozedura areagotuaren bidez izapidetu beharko da. Jakinaenez, balizko konstituzio-eraldaketari begira, Gobernuak horren gaineko txostena eskatu zion Estatu Kontseiluari. Kontsultatutako gaien artean Koroaren oinordetzan emakumeen gaineko bereizkeria kentzeko erabili beharko litzatekeen formula zegoen. Estatu Kontseiluaren osoko

²⁵ Suediako, Danimarkako eta Luxenburgoko Oinordetza Legeetan, Erresuma Batuan “Succession to the Crown Act 2013” izeneko legearen bitartez eta Herbehereetako, Norvegiako eta Belgikako Konstituzioetan.

bilkuraren 2006ko otsailaren 6ko txostenean (II-3 eta II-4), proposatzen da EKren 57.1 artikulua eraldaketan Filipe Borboikoa eta Greziakoa egungo Printze oinordekoaren eskubideak zaintzeko klausula bat sartzea. Klausula horretan esanbidez azalduko da tronua oinordetza gaur egungo Erregearen semeari dagokiola, hots, Filipe Borboikoa Printze oinordekoari. Eta jarraian, gaur egungo testu bera jasoko da, “gradu berean, gizonetakoak emakumeetakoak begira” esaldia ezabatuz. Eta, bide batez, Konstituzioak Erregeari edo Printze oinordekoari egiten dien esanbidezko aipamena zuzentzeko, txostenak 57. artikuluari seigarren paragrafo bat gehitzea proposatzen du. Bertan adieraziko da Konstituzioak Erregeari edo Printzeari egiten dizkien aipamenak Erregeari zein Erreginari, Printzeari zein Printzesari dagozkiola, kasuaren arabera.

EKren 57. artikuluko testura itzuliz, hirugarren paragrafoak dioenez, Zuzenbidearen arabera deitutako lerro guztiak azkenduta, Gorte Nagusiek Koroaren oinordetza antolatuko dute, Espainiaren interesei gehien komeni zaien eran. Bestalde, Espainiako konstituzio-tradizioari jarraituz, errege-abdikazioaren inguruko parlamentu-baimenari dagokionez, EKren 57.5 artikuluan ezarri da Koroaren oinordetza-hurrenkerari dagokionez, uko egiteak (oinordeko izateko eskubidea edo horretarako aukera ezatea karguan aritu baino lehen), abdikazioak (Koroa lortu eta gero egindako ezesprenak) edo egitezko nahiz zuzenbideko zalantzetatik edozein badago, hori lege organikoaren bidez erabakiko dela. Eta horrela egin zen Joan Karlos I.aren abdikazioan, ekainaren 18ko 3/2014 Lege Organikoaren bitartez²⁶.

Beraz, eta aipatu berri ditugun arauak direla bide, Koroaren oinordetza modu automatikoan gertatzen da. Baina EKren 61. artikuluan ezarritakoaren arabera, Erregea Gorte Nagusietan aldarrikatuko dute, eta horren ostean errege horrek zin egingo du bere eginkizunetan zintzo

²⁶ TORRES DEL MORAL, A., “En torno a la abdicación de la Corona”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 102 (2014), 13-48. or.

arrituko dela, Konstituzioa eta legeak bete eta betearaziko dituela, eta herriarren eta autonomia-erkidegoen eskubideak errespetatuko dituela. Juridikoki, Erregea errege da zin egin baino lehen, baina zenbait autorek uste dute zin-egite hori Magistraturaren eraginkortasunerako integrazio-egintza dela, aldarrikapenerako baldintza bat, eta ondorenez, gauzatu beharreko egintza.

Bestalde, EKren 57.2 artikulua beren-beregi aipatzen du Printze oinordekoa. Printze oinordekoak, jaiotzatik bertatik edo deia eragin duen egitate horretatik (pentsa dezagun, esaterako, infante edo infanta bat anai-arreba hiltzen denez Printze edo Printzesa oinordeko bihurtzen dela), Asturiasko Printzearen tratamendua izango du (Koroaren ondorengoaren kasuan tradiziozkoa da XV. mendetik), bai eta Espainiako Koroaren ondorengoak tradizioz dituen gainerako tituluak ere²⁷.

Koroaren oinordekoak soilik izan dezake Printze titulua. Erregearen gainerako seme-alabek eta Printze oinordekoarenek ez dute Printze titulua, Infante titulua baino, Errege familiaren eta erregeordeen titulu, tratamendu eta ohoreen araubideari buruzko abenduaren 6ko 1368/ 1987 Errege Dekretuak ezarritakoaren arabera. Printze oinordekoak, adin-nagusitasuna lortu eta gero, Erregeak egindako zin bera egin behar du, baita Erregearenganako leialtasun-zina ere. Horretaz aparte, Konstituzioan ez da inolako aipamenik egiten Asturiasko Printzearen estatutu, eginkizun, araubide juridiko, eta abarren gainean. Baina erregeak bere agintea erabiltzeko gaikuntza galdu eta Gorte Nagusiek ezintasun hori aitortzen badute, Koroaren Printze oinordekoak erregeordetzan jarduteari berehala ekingo diola esaten da. Mota horretako aipamenik ez egotea gure antolamenduaren hutsunea da, eta orain arte arauketa batek ere ez du osatu.

Errege familiako kideei dagokienez, ez ditugu nahasi behar oinordetza-eskubidea duten Errege familiako kideak eta Errege familiakoak.

²⁷ Urtarrilaren 21eko 54/1977 Errege Dekretuak arautuak.

Errege familiaren Erregistro Zibila arautzen duen azaroaren 27ko 2917/1981 Errege Dekretuaren arabera, Erregistro horretan inskribatu behar dira soil-soilik jaiotzak, ezkontzak, heriotzak eta Erregeari, erregearen ezkontideari, lehen graduko aurrekoei (gurasoak), ondorengoei eta Koroaren oinordekoa den Printzeari buruz inskribatzeko modukoa den beste edozein egitate.

Amaitzeko, Konstituzioaren 57.4 artikuluan Koroaren oinordetzatik kanpo geratzeko arrazoi bakarra ezarri da: “*Tronuan oinordeko izateko eskubidea izanik, norbaitzuk ezkontzen badira Erregearen eta Gorte Nagusien esanbidezko debekuaren aurka, eurak eta beren ondorengoak Koroaren oinordetzatik at geratuko dira*”. Hau da, ezkontzeko ez da alde aurreko baimena eskatzen. Erregearen eta Gorte Nagusien esanbidezko debekuaren aurka ezkontzearen ondorioz bakarrik gera daiteke Koroaren oinordetzatik kanpo. Eta kontuan hartu behar da manua ez zaiola Erregearen ezkontzari aplikatzen, tronurako oinordetza-eskubidea duten pertsonen ezkontzeei baino ez.

V. ERREGEORDETZA

EKren 59. artikulua erregeordetzari buruzko guztia arautzen du²⁸. Erregeordetza konstituzio-organoa da, eta Erregeak estatuburua den aldetik dituen eginkizunak betetzen ditu. Erregeordetza Konstituzioaren aginduz beteko da, beti Erregearen izenean (59.5 art.). Erregeordeari

²⁸ FERNÁNDEZ FONTECHA, M. “Regencia: artículo 59”. In ALZAGA VILLAAMIL, O. (zuz.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madril: Gorte Nagusiak / EDESA, 1996-1999, V. lib., 181-187. or.; PASCUAL MEDRANO, A. *La Regencia en el Derecho Constitucional español*. Madril: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998; PASCUAL MEDRANO, A. “La Regencia”. In TORRES DEL MORAL, A. eta CANDO SOMOANO, M.J., *Monarquía y Constitución*. Madril: Colex, 2001, 245-262. or.; SANTAMARÍA PASTOR, J.A. “Inhabilitación, regencia y tutela del Rey”. In ZZ.AA. *La Monarquía Parlamentaria (Título II de la Constitución)*. VII Jornadas de Derecho Parlamentario. Madril: Diputatuen Kongresua, 2001, 405-418. or.

EKren 61. artikulua Printze oinordekoarentzat ezarritako zin bera eskatzen zaio, hots, bere eginkizunetan zintzo aritzea, Konstituzioa eta legeak bete eta betearaztea, autonomia-erkidegoen eskubideak errespetatzea eta Erregeari leial izatea. Konstituzioan erregeordetza gauzatzeko bi kasu ezarri dira: Koroaren titularra adingabea izatea edo eginkizunak gauzatzeko ezinduta egotea. Konstituzioak arreta berezia eskaintzen dio erregeordetzari, arrazoi historikoak direla-eta.

Izan ere, Espainiako historia politikoan bi erregeordetza garrantzitsu egon ziren, Elisabet II.a erregina eta Alfontso XIII.a erregea adingabeak ziren bitartean. Hain zuzen ere, Errege adingabea den bitartean, horren aita edo amak protagonismo nabarmena lor dezakete, Konstituzioaren arabera konstituzio-eginkizunak euren gain har ditzakete eta. Izan ere, 58. artikulua arabera, erregina ezkontideak edo erreginaren ezkontideak (berriro ere, konstituzio-terminologia diskriminatzailea da sexuari dagokionez, kasu honetan gizonezkoaren kalterako) ezin dute konstituzio-eginkizunik bereganatu, erregeordetzaren inguruan xedatutakoa salbu.

Aipatu dudan bezala, erregeordetzak Monarkaren eginkizunak egikaritzen ditu bi kasutan: a) Monarka adingabea denean eta adin-nagusitasuna lortu arte, hots, hemezortzi urte; kasu horretan, Konstituzioan ezarri da Erregeordea Erregearen aita edo ama izango dela, eta horiek izan ezean, eta Konstituzioak ezarritako hurrenkeraren arabera, Koroan oinordeko izateko hurbilen dauden ahaideetatik zaharrena (59.1 art.). Erregeordetza Erregeak hemezortzi urte betetzen dituenean bukatuko da; b) Erregeak bere eginkizunak gauzatu ezin baditu eta Gorte Nagusiek ezintasun hori aitortzen badute (Konstituzioak hitzez hitz adierazten du “*Erregeak bere aģintea erabiltzeko gaikuntza galtzen badu eta Gorte Nagusiek ezintasun hori aitortzen badute...*”), Koroaren Printze oinordekoak ekingo dio erregeordetzan jarduteari, adin nagusikoa baldin bada. Eta ez baldin bada, aurreko paragrafoan ezarri moduan jardungo da, Printze oinordekoak hamazortzi urte bete arte (59.2 art.).

Kasu horretan, Gorteen ez dute erregeordetza izendatzen (erregeordetza egikaritzera deituta dauden pertsonak aurretik ezarritako ordena dela bide izendatzen dira); Erregea bere eginkizunak betetzeko ezinduta dagoela bakarrik hartzen dute kontuan. Lehenengo eta behin, “desgaikuntza” Erregeari bere eginkizunak fisikoki egikaritzea eragozten dion edozein egoera dela ulertu behar da. Modu horretan, Erregeordetza bukatzen da Monarkaren desgaikuntza eragiten duen arrazoia desagertzen denean. Orduan, aurretiaz ikusi dugunarekin koherentzia gordetzeagatik, arrazoi hori Gorteen ere kontuan hartu beharko lukete. Amaitzeko, Konstituzioan ezarritakoaren arabera, aurreko irizpideetan oinarrituz Erregeordetza bereganatzeko moduan inor egongo ez balitz, Gorte Nagusiek izendatuko dute, eta kasu horretan, bat, hiru edo bost pertsonak osatu ahal izango dute Erregeordetza.

Erregeordea izateko, bi betekizun soilik eskatzen dira: espainiarra eta adin nagusikoa izatea (59.4 art.). Gainera, Konstituzioan ezarri da bateraezina dela Erregeordea eta Errege adingabearen tutorea aldi berean izatea, aita, ama edo Erregearen zuzeneko aurrekoetatik bat ez baldin bada.

VI. ERREGEAREN TUTORETZA

EKren 60. artikuluan Errege adingabearen “tutorearen” erakundea arautu da, eta Konstituzioak berak Erregeordetzaren erakundetik bereizi nahi izan du²⁹. Izan ere, tutoretza ez da funtzio publikoa, erregeordetza bezala, pribatua baino. Tutoretzari lotuta hiru kasu ezarri dira: a) testamentu bidezko tutoretza: Errege adingabearen tutorea izango da Errege

²⁹ FERNÁNDEZ FONTECHA, M. “Tutela: artículo 60”. In ALZAGA VILLAAMIL, O. (zuz.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madril: Gorte Nagusiak / EDESA, 1996-1999, V. lib., 189-194. or.; GARCÍA MERCADAL Y GARCÍA LOYGORRI, F. “La tutela regia”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. 1985, 2. zk., 253-271. or.; OTTO OLIVÁN, S. *La tutela del Rey Menor en la Constitución española de 1978*. Madril: UNED, 2000.

zenduak bere testamentuan izendatutako pertsona, baina kasu honetan, bi betekizun eskatzen zaizkio: adin nagusikoa eta jaiotzez espainiarra izatea (azken hau deigarria da, Erregeordeari ere ez baitzaio jaiotzez espainiarra izatea eskatzen, eginkizun askoz garrantzitsuagoak gauzatu arren). Askok eztabaidatu da tutorearen izendapena berretsi behar den edo ez. Autore batzuek ezetz defendatzen dute, Erregearen bere-berezko egintza eta pribatua delako. Aitzitik, beste zenbaitzuek uste dute Errege adingabearen tutorea izendatzeko egintza oso garrantzitsua denez, horrek esparru pribatu hertsia gainditzeko duela eta berretsi egin beharko litzatekeela; b) “tutoretza legitimo” deitutakoa, hots, Konstituzioak berak Errege adingabearen aitari edo amari esleitzen dio tutoretza alargun den bitartean, Errege zenduak bere testamentuan tutorerik izendatzen ez badu; eta c) “parlamentu-tutoretza edo tutoretza datiboa”, hau da, aurreko tutoretza bietako bat ere posible ez denean gertatzen dena. Kasu horretan, Gorte Nagusiek izendatzen dute Errege adingabearen tutorea.

Konstituzioan bi baldintza osagarri daude tutorearentzat: lehenengoa orain ikusi dugu (pertsona bat aldi berean ezin da Erregeordea eta tutorea izan, aita, ama edo Errege adingabearen zuzeneko aurrekoa ez bada), eta bigarrenaren arabera tutoretzan aritzea bateraezina da kargu edo ordezkari politiko guztiekin. Azkenik, aipatu behar da tutoretza Erregeak adin nagusitasuna lortzean amaitzen dela, betiere, tutoreak Monarka adin nagusikoa izan baino lehen karguari uko egiten ez badiu, hiltzen ez bada edo gaikuntza galtzen ez badu. Kasu horretan, tutorea izendatzeko aztertu berri ditugun kasuetara jo beharko genuke.

VII. ADMINISTRAZIO-ERAKUNDEAK KOROAREN ZERBITZURA

Atal honetan, hiru gai jorratuko ditut: Koroak jasotako diru-kopurua, Errege Etxea eta Nazio Ondarea.

1. Koroak jasotako diru kopurua

EKren 65.1 artikulura bilduta dago, eta Erregeak estatuaren aurrekontuetatik bere familia eta etxeari eusteko urtero jasotzen duen urteko oso osoko diru-kopurua da. Erregeak kopuru hori askatasunez banatzen du, hau da, ez du berrespenik behar. Erakunde hori ohikoa da Monarkia guztietan eta “Zerrenda Zibila” esaten zaio, britainiar ereduaren “Civil List” izenekoari jarraituz. Azken hori 1688ko Iraultza Loriatsuaren garai-koa da, britainiar Parlamentuak Koroaren absolutismoa gailentzea lortu zueneko. Modu horretan, Monarkia mugatua ezarri zen, estatuaren ondarea eta erregearen ondarea argi bereizten zituen. Doktrinak azpimarratu duenez, Parlamentua da eta ez Erregea urteroko kopurua zehazten duena. Diru-kopuru hori Estatuaren Aurrekontu Orokorrari gehitzen zaio eta, modu horretan, urtero gaurkotzen den arren, Gorteen ere kontrolatzen dute, azken horiek aurrekontuak onestearen ardura baitute (BASSOLS COMA)³⁰. Erregearen ahala Gorteen aurretiaz finkatutako zenbatekoa askatasunez banatzean datza. Egia esan, diru-kopuru hori ez da modu pertsonalean edo familiari lotuta esleitzen, Erregearen etxeari eustea ere barruan hartzen da. LÓPEZ GUERRAREkin bat etorritz³¹, Koroaren aurrekontua dela esan daiteke, konstituzio-organo moduan hartuta.

2. Errege Etxea

Errege Etxea³², Espainiako Monarkiaren historia luzeari lotuta dago. Erregearen etxea berregituratzen duen maiatzaren 6ko 434/1988 Errege

³⁰ BASSOLS COMA, M. “Instituciones administrativas al servicio de la Corona: dotación, Casa de S.M. el Rey y Patrimonio Nacional”. In LUCAS VERDÚ, P. (zuz.). *La Corona y la Monarquía Parlamentaria en la Constitución de 1978*. Madril: Universidad Complutense, 1983, 151-196. or.

³¹ LÓPEZ GUERRA, L. “Dotación de la Corona: art. 65”. In ALZAGA VILLAAMIL, O. (zuz.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madril: Gorte Nagusiak / EDESA, 1996, V. lib., 309-322. or.

³² CREMADES, J. *La Casa de S.M. el Rey*. Madril: Civitas, 1998; DÍAZ GONZÁLEZ, F.J. “El régimen jurídico de la Casa de S.M. el Rey D. Juan Carlos I”. *Anuario de la Facultad de*

Dekretuaren 1. artikuluan esaten da Errege Etxeak, zuzenean Erregearen menpe dagoen erakunde moduan, Erregeari lagundu behar diola estaturua den aldetik dituen eginkizun guztietan, eta zehatz esanda, hurrengo hauei lotuta: Erregeak erakunde ofizialekin, entitateekin eta partikularrekin dituen harremanak, bere eta bere familiaren segurtasuna, arauzko oho-reak, eskolta-zerbitzuak, eta Errege Familiaren egoitzako barne araubidearen antolaketa eta funtzionamenduaren inguruko gaiak (1. art.). Ikusi dugunez, EKren 65. artikuluan ezarritakoa dela bide, Erregeak askatasunez banatzen du Estatuaren aurrekontuetatik jasotzen duen diru-kopurua bere familia eta etxeari eusteko, eta askatasunez izendatu eta kentzen ditu bere etxeko kide zibil eta militarrek. Hala ere, Konstituzio Auzitegiak³³ argi utzi zuen, nahiz eta errege-etxea inongo Herri Administrazioan sartzen ez den, kudeaketa-askatasuna ematen diona, errege-etxearen zerbitzura dauden langileen estatutuaren arautze juridikoa egon behar dela. Azken hori eta baita araubide juridiko horren aplikazio-egintzak ere justiziaren kontrolpean egon behar dira, eta oinarrizko eskubideak hausten badira, Konstituzio Auzitegiaren kontrolpean ere bai.

Erregearen etxearen antolaketari dagokionez, buruzagitzak, idazkari-tza orokorrak, kide militarrek eta errege-guardiak osatzen dute. Etxeko buruak Etxeko zerbitzu guztiak zuzentzen ditu; Ministerioekin eta beste erakunde ofizial batzuekin komunikatzen da; Erregearen etxeko aurrekontu-proposamena formulatzen du; etxeko zerbitzuen berezko gastuak xedatzen ditu; kontratuak sinatzen ditu; errege-guardiaren eta segurta-

Derecho de Alcalá de Henares. 1998-1999, 8. zk., 213-234. or.; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.M. "El régimen jurídico de la Casa del Rey (Un comentario al artículo 65 de la Constitución)". *Revista Española de Derecho Constitucional*. 1982, 6. zk., 115-140. or.; VACAS GARCÍA-ALOS, L. "Aproximación a un nuevo régimen jurídico de la Casa del Rey". *Revista de Derecho Político*. 2000, 48-49. zk., 383-410. or.; VACAS GARCÍA-ALOS, L. *La administración de la Casa del Rey y su control jurisdiccional en el derecho constitucional español*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

³³ Azaroaren 28ko 112/1984 Konstituzio Auzitegiaren epaian.

sun-zerbitzuaren arteko koordinazio-arauak ezartzen ditu eta etxe-zerbitzu guztien nagusia da.

Bestalde, idazkari orokorrak, Errege Etxeko bigarren buruzagiak, etxe-zerbitzuak koordinatzen ditu, zehatz esanda, langileen burua da, eta hurrengo hauen gaineko ardura du: zerbitzu orokorrak, etxe-zerbitzuak, jarduerak eta programak, komunikabideekiko harremanak, protokoloa, etxe-erregistro eta artxibo orokorra eta errege-erregistroaren idazkaritza. Kide militarrek Indar Armatuaren ohorezko zerbitzuak dira etxean, eta errege-guardia guardia militarrez arduratzen da eta errege-erregistroari, bere familiako kideei eta Espainiara bisitan datozen estatuburu atzerritarrei ohore egin eta eskolta eskaintzen die. Segurtasun-zerbitzuak Erregearen familiaren segurtasunaren ardura du, eta buruzagitzak eta Estatuko Segurtasun Indar eta Kidegoetako kideek osatzen dute.

3. Nazio Ondarea

Amaitzeko, nazio-ondareari³⁴ aipamen laburra egin behar zaio, hain zuzen ere, 1812ko Konstituzioak Errege Ondarea deitzen zuenaren oi-

³⁴ ARCENEGUI, I. de. "El Patrimonio Nacional. Naturaleza y régimen jurídico". In MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (koord.). *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría*. Madril: Civitas, 1991, V. lib., 3905-3915. or.; CANO CAMPOS, I., "El Patrimonio Nacional". In CANO CAMPOS, I., (koord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Madril: Iustel, 2009, 5. lib., 71-97. or.; Díez MORENO, F. "La evolución constitucional del Patrimonio Nacional". *Reales Sitios. Revista del Patrimonio Nacional*. 1989, 1. zk., 15-30. or.; GARCÍA-ATANCE GARCÍA DE MORA, M^aV. "El Patrimonio Nacional". *Revista de Derecho Político*. 1991, 33. zk., 151-172. or.; GARCÍA FERNÁNDEZ, J. "La Ley de Patrimonio Nacional". *Reales Sitios. Revista del Patrimonio Nacional*. 1993, 115. zk., 51-60. or.; POMED SÁNCHEZ, L., "Bienes de los órganos constitucionales. II El Patrimonio Nacional". In GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.(zuz.), *Derecho de los bienes públicos*, Valentzia: Tirant lo Blanch, 3. arg., 2015, 295-320; VEGA HERRERO, M. eta MUÑOZ DEL CASTILLO, J.L. "Patrimonio del Estado y Patrimonio Nacional: aspectos jurídico-financieros". In MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (koord.). *Estudios de Derecho y Hacienda: Homenaje a César Albiñana García-Quintana*. Madril: Economía Ministerioa, 1987, I. lib., 605-642. or.

nordekoa. Koroak gozatzeko esleitutako Errege Jauregiez osatuta dago. Gaur egungo Konstituzioan erakunde hori 132.3 artikuluan jaso da, Nazio Ondarea izenarekin, eta hori geroko lege batek arautuko duela zehaztu da. Lege hori ekainaren 16ko 23/1982 Legea da. Nazio Ondarea Estatuaren titulartasuneko ondasunek osatzen dute. Ondasun horiek Erregearen eta Errege Familiaren erabilerarako eta zerbitzurako dira, batetik, Konstituzioak eta legeek esleitzen dieten ordezkariak gorenari eginkaritzeko (funtsean, jauregiak eta errege-egoitzak), eta bestetik, errege-fundazioen eta Errege Patronatuaren gaineko Patronatuaren eskubide eta zamengatik (funtsean, elizak, monasterioak, etab., errege-fundazio eta -patronatukoak). Ondasun eta eskubide horiek guztiak Administrazio Kontseiluak zuzentzen ditu. Azken hori zuzenbide publikoko erakundea da, Gobernuko Lehendakariaren menpe dago, eta Errege Etxetik guztiz bereizita. Kontseiluaren helburuak Nazio Ondarearen ondasun eta eskubideak kudeatzea eta administratzea dira. Kontseilua lehendakariak, kudeatzaileak eta gehienez hamahiru batzordekidek osatzen dute, guztiak Gobernuak izendatuta. Kontseiluaren eginkizuna izango da ondasun eta eskubide horiek iraunaraztea, administratzea eta babestea, kultura-, zientzia- eta irakaskuntza-erabilera dutela zaintzea, eta ingurumena babestea kudeatzen dituen eta, batez ere, balio ekologiko handia duten lurzoruetan (adibidez, Pardo mendia).

Gizakien salerosketa: antzinako fenomenoa bizirik XXI. mendean

JOSUNE LÓPEZ RODRÍGUEZ

“Kooperatibismoa, fiskalitatea, sustapena, lan-harremanak eta gizarte babesa”
ikerketa-taldeko ikertzaile postdoktorala

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 09/04/2018

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 12/11/2018

Laburpena: Artikulu honek azaltzen ditu gizakien salerosketaren kontzeptua eta esanahia, batez ere, Zigor Zuzenbidean, XXI. mendean. Era berean, gizakien salerosketa eta bestelako fenomenoak aztertzen ditu, hala nola, etorkinen legez kontrako trafikoa, immigrazio klandestino, prostituzioa eta esklabotza. Arazoaren jatorria eta eragin faktoreak ere azaltzen dira, egoera horri aurre egiteko ildo nagusiak barruratuz.

Gako-hitzak: Gizakien salerosketa, Zigor Kodea, eragin faktoreak.

Resumen: El artículo plantea cuestiones en relación al significado y características desde el punto de vista del Derecho Penal en el siglo XXI, así como la relación de este proceso de la trata de seres humanos con otros fenómenos sociales tales como el tráfico ilegal de inmigrantes, la inmigración clandestina, la prostitución o la esclavitud, ahondando en el origen del problema y sugiriendo las líneas generales para hacer frente al mismo.

Palabras-clave: Trata de seres humanos, Código Penal, factores de riesgo.

Abstract: This work is about different questions about the meaning and characteristics of Penal law in the 21st Century, as well as the relation between trafficking in human beings and other social phenomena, such as illegal immigrants trafficking, clandestine immigration, prostitution or slavery, deepening in the source of the problem, as well as suggesting the general criteria to face these problems.

Key-words: Trafficking in human beings, Penal law, risk factors.

AURKIBIDEA: I. SARRERA. II. GIZAKIEN SALEROSKETAREN ESANAHIA XXI. MENDEAN. III. GIZAKIEN SALEROSKETA PROZESU GISA: OSAGAIK. 1. Egintza. 2. Bideak. 3. Xedea. IV. GIZAKIEN SALEROSKETA ESPAINIAKO ZIGOR KODEAN. 1. Oinarrizko tipoa. 1.1. *Subjektu aktiboa eta subjektu pasiboa*. 1.2. *Objektu materiala*. 1.3. *Portaera tipikoa*. 2. Adingabeen salerosketaren berariazko tipoa. 3. Larriagotutako tipoa. 3.1. *Subjektu pasiboarekin zerikusia duten larriagotutako tipoa*. 3.2. *Subjektu aktiboarekin zerikusia duten larriagotutako tipoa*. 4. Pertsona juridikoen erantzukizun penala. 5. Prestatze-egintzak. V. GIZAKIEN SALEROSKETA BESTE FENOMENOEN AURREAN: EZINBESTEKO BEREIZKETA. 1. Gizakien salerosketa eta Migranteen legez kontrako trafikoa. 2. Gizakien salerosketa eta Immigrazio klandestino. 3. Gizakien salerosketa eta Prostituzioa. 4. Gizakien salerosketa eta Esklabotza. VI. ERAGIN-FAKTOREAK: ARAZOAREN JATORRIA. VII. ONDORIOAK: FENOMENOARI AURRE EGITEKO ILDO NAGUSIAK. VIII. BIBLIOGRAFIA.

I. SARRERA

Gizakien salerosketa fenomeno berria ez dela jakin badakigu; zinez, praktika hau antzinatik existitu da eta, mendeetan zehar, legearen babesa izan du. Oro har, gizakien salerosketari buruz mintzatzean, XVI. eta XIX. mende arteko esklabo beltzen salerosketa burura datorkigun arren, esan behar da, fenomeno hori Historiaren hastapenetik existitu dela.

Alabaina, XX. mendean, giza eskubideen aldeko mugimenduak bultzatuta batik bat, gizakien salerosketa debekatu eta ezabatzeko lehenengo tresna juridikoak aldarrikatu ziren. Ordutik hona, hainbat izan dira praktika hau abolitzeko ahalegin juridikoak.

Gaur egunean, zentzu juridikoan behintzat, gizakien salerosketa erabat debekatuta dago nazioarte-mailan. Edonola ere, debeku teorikoa ez da errealitatean gauzatu, hau da, ez da lortu praktika hau benetan eraztea. Tamalez, gizakien salerosketa bizi-bizirik dago gure artean eta, globaliza-

zioaren ondorioz, azkar zabaldu da munduko bazter guztietara. Beraz, antzinako jatorria duen XXI. mendeko praktika kezkarriaz ari gara.

Gauzak horrela, fenomeno hau sarri askotan behinolako arazotzat hartzen bada ere, gure begien aurrean gertatzen ari da. Gaur egunean, gizakien salerosketa munduko Estatu guztietan presente dagoela ziurtatu daiteke. Haatik, fenomeno ikusezina da gure artean. Hain zuzen ere, praktika honen legezketasunik ezak, beraren esanahia eta norainokoaren gaineko ezjakintasunak, biktimen beldurrak eta tresna juridiko eraginkorren gabeziak, beste inguruabar batzuen artean, eragozten dute gizakien salerosketa benetan antzematea. Oro har, Nazio Batuek emandako informazioaren arabera, urtero, gutxienez 2,5 milioi pertsona gizakien salerosketaren biktima dira (horietatik 1,2 milioi adingabeak direlarik)¹. Hori bai, Nazio Batuen Drogaren eta Delituaren aurkako Bulegoak argitu du identifikatzen den biktima bakoitzagatik, beste hogeit hamar biktima inguru daudela identifikatu gabe². Hortaz, zifra erreala oraindik kezkarriagoa izan behar da.

Hori dela eta, egungo gizakien salerosketari aurre egiteko nahitaezkoa da bide eraginkorrak zehaztea. Zeregin hau gauzatzeko, aurrena, gaurko esanahia eta norainokoa ezagutu behar dira. Horregatik, nazioarte-mailan erreferentziatzen hartzen den definizio juridikoa aztertuko dugu lan honetan eta, horrekin batera, Espainiako Zigor Kodeak gizakien salerosketaren inguruan aurreikusten dituen tipoak azalduko ditugu. Behin fenomenoaren esangura argituta, hurrena, alderaketa bat egingo dugu gizakien salerosketa eta beste lau praktiken artean, hots, migranteen legez kontrako trafikoa (hemendik aurrera, migranteen trafikoa), immigrazio klandestino,

¹ UN.GIFT. GLOBAL INITIATIVE TO FIGHT HUMAN TRAFFICKING. «Human Trafficking: The Facts». Ikusi [http://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/labour/ Forced_labour/HUMAN_TRAFFICKING_-_THE_FACTS_-_final.pdf](http://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/labour/Forced_labour/HUMAN_TRAFFICKING_-_THE_FACTS_-_final.pdf).: (azken kontsulta: 2017ko abenduaren 19an).

² UNODC. «Algunos datos relevantes sobre la Trata de Personas». Ikusi https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//sobre_unodc/Fact_Sheet_Dados_Trafico_de_Pessoas_geral_ESP.pdf:; (azken kontsulta: 2017ko abenduaren 19an).

prostituzioa eta esklabotza. Izan ere, errealitatean gizakien salerosketa maiz nahasten da beste fenomeno horiekin. Azkena, gizakien salerosketaren garapena sustatzen duten arrazoi edo faktore adierazgarrietan jarriko dugu arreta, horietan ezkutatzen baita fenomenoaren jatorria.

Azterketa honen jomuga nagusia da XXI. mendeko gizakien salerosketaren errealitatera hurbiltzea eta, informazio horretatik abiatuta, fenomeno erauzteko jarraitu behar diren ildo nagusiak zerrendatzea.

II. GIZAKIEN SALEROSKETAREN ESANAHIA XXI. MENDEAN

Gizakien salerosketak gaur egunean duen eragina ulertu ahal izateko, lehenengo eta behin, horren kontzeptua aztertu behar da. Fenomeno hau antzinatek existitu bada ere, horren esanahia une historiko bakoitzaren ezaugarriei moldatzen joan da; horregatik, berebiziko garrantzia dauka praktika honek XXI. mendean duen zentzua azaltzea eta ulertzea.

Hala ere, zeregin honi ekin aurretik, beharrezkoa da ohartarazpen garrantzitsu bat egitea. Gaur egunean, ez dago gizakien salerosketaren esanahia zehazten duen definizio unibertsal bateraturik; aldiz, fenomeno honi buruz makina bat definizio daude.

Hau esanda, gizakien salerosketaren kontzeptu juridikoa aztertzeari ekingo diogu eta, horretarako, nazioarte-mailan eredutzat hartzen den definizioari egingo diogu erreferentzia.

Gizakien salerosketaren definiziorik esanguratsuena Nazio Batuen baitan zehaztutakoa da, hain zuzen, Pertsonen salerosketa –emakumezkoena eta haurrena, batik bat– Saihestu, Erreprimitu eta Zigortzeko Protokoloan zehaztutakoa (Palermoko Protokoloa hemendik aurrera)³.

³ EAO, 2003ko abenduaren 11koa, 296. zk. Garrantzitsua da aipatzea Palermoko Protokoloak Antolatutako Delitugintza Transnazionalaren aurkako Nazio Batuen Hitzarmena, 2000ko azaroaren 15ekoa, osatzen duela (EAO, 2003ko irailaren 29koa, 233. zk.)

Egin-eginean ere, Palermoko Protokoloak ikuspegi berria ematea lortu du gizakien salerosketaren esparruan, bere esangura zabalduz eta XXI. mendeko testuingurura moldatuz⁴.

Bada, Protokoloaren 3. artikulua hurrengo eran definitzen du gizakien salerosketa:

«pertsonek biltzea, garraiatzea, lekualdatzea, babestea edo hartzea, horretarako baliatzen baldin bada mehatxuz edo indarraz edo indarkeriaren beste forma batzuetaz edota bahiketaz, iruzurraz, engainuz, botere abusuz, ahultasun egoeraz edo ordainteketa edo onurak ematez edo hartzeaz pertsona baten adostasuna eskuratzeko, pertsona horrek beste pertsona baten gaineko agintaritzak badu, betiere esplotazio helburuekin. Esplotazio horrek barneratzen ditu, gutxienez ere, inoren prostituzioaren esplotazioa edo beste sexu esplotazio forma batzuk, derrigorrezko lan edo zerbitzuak, esklabotza edo esklabotzaren antzeko eginerak, morrontza edo organoak ateratzea».

Eta, 3. artikulua hurrengo zehaztasunak gaineratu ditu.

(a) Batetik, biktimak aurretiaz deskribatutako egoera horretan baimena edo onespina eman badu, baimen horrek ez du baliorik izango eta ez da aintzat hartuko.

(b) Bestetik, haur bat (hau da, 18 urtetik beherako pertsona) hartzea, garraiatzea, lekualdatzea, babestea edo hartzea esplotatzeko helburuarekin, gizakien salerosketatzat hartuko da, nahiz eta aurretik zerrendatutako bideak erabili ez.

Palermoko Protokoloak ematen duen definizioa oinarritzat hartuz, ondoz ondoz daiteke gizakien salerosketak prozesu konplexu bat osatzen duela; preseski, gizakiaren esplotazioa gauzatzera bideratuta dagoen prozesua⁵.

⁴ OTTENHOF, R. "Traite des personnes et criminalité organisée au plan Européen et International". *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 2003, 17. zk, 28. or

⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de Trata de Seres Humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*. Zizur Txikia: Aranzadi, 2011, 58. or.

Aurreratu den bezala, gizakien salerosketaren inguruan hainbat definizio daude, egitate honek zeharo oztopatzen duelarik fenomenoaren esanahiaren ulermena. Hala eta guztiz ere, Palermoko Protokoloa aldarrikatutaz zenetik, geroko hainbat testu juridikok bere definizioa eredutzat hartu dute, beste batzuen artean, hurrengoek: Europako Kontseiluaren Gizakien Salerosketaren aurkako Ekintzarako Hitzarmenak, 2005eko maiatzaren 16koa⁶; eta Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2011/36/EB Zuzentarauak, gizakien salerosketaren aurkako borrokari eta prebentzioari eta biktimen babesari buruzkoa, 2011ko apirilaren 5koa⁷.

Oro har, testu juridiko berri hauek Palermoko Protokoloaren definizioa hartu dute oinarritzat eta gizakien salerosketa prozesu moduan aurkeztu dute baita ere. Gainera, bi ekarpen aipagarri egin dituzte: alde batetik, Palermoko Protokoloak fenomeno hau antolatutako krimenaren testuinguruan kokatzen duen bitartean, testu juridiko berriek ez dute lotura hori aintzat hartu eta, ondorioz, gizakien salerosketa edozein testuingurutan eman daitekeela aditzera eman dute; bestalde, Palermoko Protokoloak nazioarte-izaera duen gizakien salerosketari bakarrik egiten dio erreferentzia eta testu berriek, ordea, bai nazioarte-izaerako gizakien salerosketa bai eta barne-izaera duen gizakien salerosketa aurreikusten dute.

III. GIZAKIEN SALEROSKETA PROZESU GISA: OSAGIAK

Aurreko atalean ondorioztatutakoa gogora ekarriz, gizakien salerosketa gizakia esplotatzea helburutzat duen prozesua da. Ildo honetatik abiatuta, azpimarratu behar da prozesu honek hiru osagai edo ezaugarri nagusi dituela, hots, burututako egintza, erabilitako bideak eta bilatutako

⁶ EAO, 2003ko irailaren 10ekoa, 219. zk.

⁷ EBAC, 2011ko apirilaren 15ekoa, L 101. zk.

xedea⁸. Lehenengo bi elementuek *actus reus*-a osatzen dute eta hirugarren elementuak *mens rea* delakoa⁹. Gauzak horrela, kasu bat gizakien salerosketatzat hartzeko, hiru elementuak gertatu behar dira (salbu eta bigarren betekizuna, biktima adingabea denean).

Jarraian, hiru osagai hauen zentzua sakonago aztertuko dugu.

1. Egintza

Gizakien salerosketaren oinarriko egintza pertsonen bilketan, garraioan, lekualdaketan, babesean edo hartzean datza.

Osagai honek hainbat egintza desberdin hartzen ditu bere baitan eta, nolabait, egintza hauek biktimaren lekualdaketa edo mugimendu geografikoa aditzera ematen dute¹⁰. Azken aipamen honi dagokionez, biktimaren tokialdaketak barne-izaera zein nazioarte-izaera izan dezake. Bestela esanda, mugimendu geografikoa Estatu baten mugen barruan gertatzen denean gizakien salerosketak barne-izaera izango du eta Estatuaren arteko mugak zeharkatzen direnean gizakien salerosketak nazioarte-izaera izango du¹¹. Hori bai, fenomenoak nazioarte-izaera duenean, Estatuaren arteko mugimendua legezkoa zein legez kontrakoa izan daiteke¹².

Kasuz kasu, aipatutako egintzak oso modu desberdinetan gauzatu daitezke¹³.

⁸ WYLIE, G. eta MCREDMOND, P. «Introduction: Human Trafficking and Europe», WYLIE, G. eta MCREDMOND, P. (Ed.). *Human Trafficking in Europe. Character, Causes and Consequences*. Nueva York: Palgrave Macmillan, 2010, 2. or.

⁹ GALLAGUER, A.T. *The International Law of Human Trafficking*. Nueva York: Cambridge University Press, 2010, 29. or, 31. or. eta 34. or.

¹⁰ GARCÍA ARÁN, M. «Introducción», GARCÍA ARÁN, M. (Koord.). *Trata de personas y explotación sexual*. Granada: Comares, 2006, 15. or.

¹¹ GARCÍA VÁZQUEZ, S. «Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: la desprotección de las víctimas». *Revista de Derecho Constitucional europeo*, 2008, 10. zk, 235. or.

¹² PÉREZ ALONSO, E.J. *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*. Valentzia: Tirant lo Blanch, 2008, 176. or.

¹³ DE LEÓN VILLALBA, F.J. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Valentzia: Tirant Lo Blanch, 2003, 54. or.

Aurrena, biktimaren bilketari dagokionez, egintza hau biktimaren familia kide batek, lagun batek, pertsona ezagun batek edota ezezagun batek burutu dezake¹⁴. Sarri askotan, familia kideak edo pertsona ezagunak dira biktima lekuz aldatzera bultzatzen dutenak, jakinda biktimaren esplotazioa dela prozesuaren xedea¹⁵. Eta bilketa aurrera eramateko hainbat bide desberdin erabili daitezke, esate baterako, internet, iragarkiak, bi-daia-agentziak, ezkontza-agentzia faltsuak, e.a.

Behin bilketa gauzatu denean, hurrena, biktima beste toki batera garraiatu eta lekualdatzeari ekingo zaio. Garraioa gauzatzeko edozein garraio bide erabili daiteke (garraio bide publikoak zein pribatuak)¹⁶. Azken batean, tokialdaketa honen bidez biktima isolatzea lortu nahi da, bere familia eta lagunengandik urrunduz. Egintza hau burutzen duenak ez da zertan biktima bildu duen pertsona berdina izan behar; nahiz eta, hainbat kasutan, pertsona bera izan egintza guztiak gauzatzeko dituenak.

Azkena, biktimaren hartzeari dagokionez, momentu honetan ere pertsona desberdinek parte hartu dezakete (biktimaren ezagunak edo pertsona ezezagunak). Oro har, biktima hartzen denean, oso ohikoa izaten da bere identifikazio agiriak hartzea (nortasun agiria edo pasaporteak), beraren isolamendua sendotzeko¹⁷.

¹⁴ Gai honen inguruan, ikusi, adibidez: KLEEMANS, E. eta VAN DE BUNT, H.G. «The social organisation of Human Trafficking», SIEGEL, D., VAN DE BUNT, K. y ZAITCH, D. (Ed.). *Global Organized Crime: Trends and Developments*. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 2003, 101-102. orr. eta VAZ CABRAL, G. *La traite des êtres humains : réalités de l'esclavage contemporain*. Paris: La Découverte, 2006, 53-61. orr.

¹⁵ SHELLEY, L. «Human trafficking as a form of transnational crime», LEE, M. (Ed.). *Human Trafficking*. Oregon: Willan Publishing, 2010, 126-127. orr.

¹⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de Trata de Seres Humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, op. cit., 61. or. Berebat, kontsultatu daiteke REPETSKAIA, A. «Classifying the Elements of Human Trafficking Crimes», STOECKER, S. eta SHELLEY, S. (Ed.). *Human Traffic and Transnational Crime. Eurasian and American Perspectives*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2002, 48. or.

¹⁷ VAZ CABRAL, G. *La traite des êtres humains : réalités de l'esclavage contemporain*, op. cit., 64. or.

Informazio honekin batera, argitu behar da, egintza hauek biktimaren baimena edo adostasunarekin burutu daitezkeela¹⁸. Hau da, zenbait kasutan, biktimak pentsatzen du beste herri, hiri edo herrialde batean lan egiteko aukera izango duela eta bere baimena ematen du bertara lekualdatzeko. Argi eta garbi, biktimak emandako baimena engainu baten ondorioa da, horregatik baimen horrek ez du baliorik izango eta ez da aintzat hartuko.

2. Bideak

Gizakien salerosketa gertatzeko, hurrengo bideetako bat edo batzuk erabili behar dira: mehatxua edo indarra edo indarkeriaren beste forma batzuk edota bahiketa, iruzurra, engainua, botere abusua, ahultasun egoeraren gaineko probetxua edo ordainketak edo onurak ematearen edo hartzearen abantaila.

Bide hauek direla eta, gizakien salerosketaren izaera behartua (mehatxua, indarra edo indarkeriaren beste formak erabiltzen direnean), iruzurrezkoa (iruzurraz edo engainuaz baliatzen denean) edo abusuzkoa (abusuzko bideak erabiliz gero) izango da, eta, hain zuzen, izaera horrek erakusten du biktimaren askatasun eta segurtasun eza¹⁹. Bide hauen erabileraren delatua, biktimak ezin du erabaki aserik hartu.

Hala eta guztiz ere, ezin ahantz daiteke bide hauen presentzia ez dela beharrezkoa biktima adingabea denean. Horrenbestez, adingabeen salerosketak bi osagai nagusi izango ditu bakarrik: gauzatutako egintza eta bilatutako helburua²⁰.

¹⁸ RIJKEN, C. *Trafficking in persons. Prosecution from a European Perspective*. Haga: T.M.C. Asser Press, 2003, 61. or.

¹⁹ GUARDIOLA LAGO, M.J. *El tráfico de personas en el Derecho Penal Español*. Zizur Txikia: Aranzadi, 2007, 47-48. orr. eta PÉREZ CEPEDA, A.I. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Granada: Comares, 2004, 35. or.

²⁰ BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Zuz.). "Trata de seres humanos, en especial menores". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2010, 23. zk, 64. or.

3. Xedea

Gizakien salerosketaren azken helburua biktimaren esplotazioa da; hau da, burututako egintzen eta erabilitako bideen bitartez biktima esplotatu nahi da, esplotazio horretatik probetxu bat lortzeko²¹.

Xede hau hasieratik existitu behar bada ere, kasu bat gizakien salerosketatzat jotzeko helburua ez da praktikan gauzatu behar²². Beraz, gizakien salerosketak eskatzen duena asmo zehatz bat da, hau da, biktima esplotatzeko asmoa edo nahia. Hori dela eta, esplotazioa praktikan gertatuz gero, bi fenomeno desberdinen aurrean egongo ginatke: gizakien salerosketaren eta pertsonaren gaineko esplotazioaren aurrean, alegia.

Osagai honen norainokoa ulertu ahal izateko, ezinbestekoa da argitzea zertan datzan pertsonaren esplotazioa.

Palermoko Protokoloaren definizioari erreparatuz, «esplotazio horrek barneratzen ditu, gutxienez ere, inoren prostituzioaren esplotazioa edo beste sexu esplotazio forma batzuk, derrigorrezko lan edo zerbitzuak, esklabotza edo esklabotzaren antzeko eginerak, morrontza edo organoak ateratzea». Bestalde, Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2011/36/ EB Zuzentarauak hurrengo xede berriak gehitu ditu 2.3. artikuluan: «eskaletasuna» eta «delitu-egintzak gauzatzera zuzendutako esplotazioa». Are gehiago, Zuzentarauaren Hitzaurrean beste helburu batzuk ere aipatu dira, hala nola, «legez kanpoko adopzioak» eta «ezkontza behartuak».

Bada, Palermoko Protokoloak eta geroko testu juridikoek pertsonaren esplotaziotzat hartu daitezkeen zenbait egoera edo inguruabar aipatzen di

²¹ GALLAGUER, A.T. *The International Law of Human Trafficking*, op. cit., 34. or.

²² ARRIETA IDIAKEZ, F.J., MANRIQUE LÓPEZ, F. eta MANRIQUE ROJO, F. «Combating trafficking in human beings for labour exploitation in Spain», RIJKEN, C. (Ed.). *Combating Trafficking in Human Beings for Labour Exploitation*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2011, 289. or.; MARTOS NUÑEZ, J.A. “El delito de Trata de Seres Humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal”. *Estudios penales y criminológicos*, 2012, 32. zk, 104. or.; eta RIJKEN, C. *Trafficking in persons. Prosecution from a European Perspective*, op. cit., 61. or.

tuzte argibide moduan. Hortaz, zerrenda hauek *numerus apertus* izaera dute. Esan beharra dago zerrenda hauek garrantzi berezia daukatela, prostituzioaz gain beste esplotazio egoera batzuk ere aintzat hartzen dituztelako, gizakien salerosketaren esanahia hedatuz. Urteetan zehar praktika hau bereziki sexu esplotazioarekin lotu izan denez, definizio hauek aditzera eman nahi izan dute gizakien salerosketa fenomeno zabalagoa dela eta horren helburuak beste hainbat esplotazio egoera barne hartzen dituela²³.

Aitzitik, definizioek ez dute jaso esplotazio egoeraren esanahia edo zentzua; arean ere, aipatutako inguruabarrak adibideak besterik ez dira. Horrenbestez, kasuan kasuko helburua arretaz aztertu beharko da pertsona esplotatzeko asmoa dagoen ala ez ziurtatzeko. Zeregin honetan, jurisprudentziak berebiziko garrantzia izango du.

IV. GIZAKIEN SALEROSKETA ESPAINIAKO ZIGOR KODEAN

Oraintsu arte, gizakien salerosketa ez da behar bezala tipifikatuta egon Espainiako Zigor Kodean. Hain zuzen ere, 2010ko ekainaren 22ko 5/2010 Lege Organikoak, azaroaren 23ko 10/1995 Lege Organikoa, Zigor Kodeari buruzkoa, aldarazi duenak²⁴, VII Bis Titulua («Gizakien salerosketa») sartu zuen Zigor Kodean, 177 bis artikuluan gizakien salerosketa delitua tipifikatuz. Zigor Kodearen eraldaketa honen bitartez, Espainiako legegileak nazioarte-mailan hartutako konpromisoak bete zituen azkenean²⁵. Oraintsu, 2015eko martxoaren 30eko 1/2015 Lege

²³ EDWARDS, A. "Traffic in human beings: at the intersection of Criminal Justice, Human Rights, Asylum/Migration and Labor". *Denver Journal of International Law and Policy*, 2008, 1. zk. (36. bol.), 14. or.

²⁴ EAO, 2010eko ekainaren 23ekoa, 152. zk.

²⁵ Hau da, Palermoko Protokoloa eta Europako Kontseiluaren Gizakien Salerosketaren aurkako Ekintzarako Hitarmena berrestean hartutako konpromisoak [VILLACAMPA ESTIARTE, C. «Título VII Bis. De la Trata de Seres Humanos», QUINTERO OLIVARES, G. (Zuz.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Zizur Txikia: Aranzadi, 2011, Be-deratzigarren Argitalpena, 277-279. orr].

Organikoak, azaroaren 23ko 10/1995 Lege Organikoa, Zigor Kodeari buruzkoa, aldarazi duenak²⁶, 177 bis artikuluan aldaketak sartu ditu.

Zentzu honetan, Zigor Kodean VII Bis Titulua (eta 177 bis artikulua) sartu arte, gizakien salerosketa beste artikulua batzuen bitartez zigortu izan da Espainiako auzitegietan, batez ere, 318 bis artikulua bidez eta jadanik ezabatuta dagoen 188.2 artikulua bidez.

Horiek horrela, 5/2010 Lege Organikoaren Hitzurrearen XII. Atalak adierazten duen legez, 177 bis manu berriak babesten dituen ondasun juridikoak pertsonaren duintasuna eta askatasuna dira²⁷. Aitzitik, pertsonaren osotasun morala ere babesten du Titulu berriak²⁸.

Oro har, 177 bis artikulua hurrengo delitu-modalitateak arautu ditu: gizakien salerosketaren oinarrizko tipoa (lehenengo paragrafoa); adingabeen salerosketaren tipoa (bigarren paragrafoa); larriagotutako tipoa (laugarren, bosgarren eta seigarren paragrafoak); pertsona juridikoen erantzukizun penala (zazpigarren paragrafoa); eta prestatze-egintzak (zortzigarren paragrafoa).

Ikusiko dugun bezala, Espainiako legegileak nazioarte- eta Europar-mailako testu juridikoak hartu ditu oinarritzat 177 bis artikulua idazterako orduan. Hala eta guztiz ere, komeni da aipatutako delitu-modalitateak zehatzago aztertzea, aurkitu ditzakegun bitxikeriak azpimarratuz eta azalduz.

1. Oinarrizko tipoa

177 bis artikulua lehenengo paragrafoan gizakien salerosketaren oinarrizko tipoa zehazten da. Horren arabera:

²⁶ EAO, 2015eko martxoaren 31koa, 77. zk.

²⁷ Auzitegi Gorenak ere azpimarratu du ideia hau. Ikusi, adibidez: 3111/2011 Epaia, 2011ko maiatzaren 17koa, Auzitegi Goreneko Penaleko Salako 1. Sekzioarena, Bigarren Oinarri Juridikoa.

²⁸ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valentzia: Tirant Lo Blanch, 2010, Hemezortzigarren Argitalpena, 207. or.

«Bost urtetik zortzi urte arteko espetxe zigorra ezarriko zaio, giza-
kien salerosketaren errudun gisa, nahiz Espainiako lurraldean, nahiz
Espainiatik, edo Espainia iraganbide zein helmuga izanik, indar-
keria, larderia edo engainua erabiliz, edota nagusitasun- zein beha-
rrizan-egoeraz, nahiz biktimaren –hori nazionala edo atzerritarra
izan– ahuleziaz abusatuz, edo biktima kontrolatzen duen pertsona-
ren adostasuna izate aldera, harengandik ordainketak edo onurak
jasoz edo pertsona horri ordainketak edo onurak emanez, biktima
atzeman, garraiatu, lekualdatu, hartu, jaso, trukatu edo haren kon-
trolla eskualdatzen duenari, hauetako edozein helbururekin:

- a) Bortxazko lanak edo zerbitzuak eginaraztea, esklabotzan ari-
tzera behartzea, edo esklabotzaren, mirabetzaren edo eskaletasu-
naren antzeko praktikak eginaraztea.
- b) Sexu-esplotazioan erabiltzea, pornografia barne.
- c) Delitu-jarduerak egiteko esplotatzea.
- d) Gorputz-organoak ateratzea.
- e) Ezkontza behartuak eginaraztea.

Biktima beharrian- edo ahulezia-egoeran dagoela joko da, per-
tsona horrek dituen aukeren artean benetakoa edo onargarria
den bakarra abusua jasatea denean».

1.1. *Subjektu aktiboa eta subjektu pasiboa*

Espainiako Zigor Kodearen ondorioetarako, gizakien salerosketa edo-
zein pertsonak burutu dezake, edozein pertsonaren kontra. Hortaz, de-
litu arrunta dela esan dezakegu, edonor izan daitekeelako delituen sub-
jektu aktiboa eta subjektu pasiboa²⁹.

²⁹ CORCOY BIDASOLO, M. eta MIR PUIG, S. «Título VII Bis. De la Trata de Seres Hu-
manos», CORCOY BIDASOLO, M. eta MIR PUIG, S. (Zuz.). *Comentarios al Código Penal. Re-
forma LO 5/2010*. Valentzia: Tirant lo Blanch, 2011, 422. or.

Hain zuzen ere, VII Bis Tituluak *gizakiari* egiten dio erreferentzia modu orokorrean, delituaren subjektu pasiboa edonor izan daitekeela aditzera emanaz. Are gehiago, oinarritzko tipoan zehazten da biktima bai nazionala bai atzerritarra izan daitekeela. Azken ideia honi begira, argitu behar da, manuak «atzerritarra» aipatzen duenean erreferentzia egiten diola Europar Batasuneko Estatu kideetako nazionalak ez diren pertsonen eta Europar Batasuneko erregimenaren aplikaziotik kanpo dauden pertsonen. Beraz, zentzu zabalean ulertu behar da «nazionala» hitza. Ziu-rrenik, «nazionala edo atzerritarra» erreferentziaren bitartez, Espainiako legegileak argitu nahi izan du gizakien salerosketan edozein pertsona izan daitekeela biktima, atzerritarrekin bakarrik lotutako delituekin alderatzeko. Alabaina, uste dugu aipamena soberan dagoela eta zuzenagoa dela «pertsonak» edo «gizakiak» bezalako hitzak erabiltzea³⁰.

1.2. *Objektu materiala*

Egintzaren objektua gizakien salerosketa jasaten duen pertsona izango da. Beraz, delituaren subjektu pasiboa eta objektu materiala bat datoz³¹.

1.3. *Portaera tipikoa*

Gizakien salerosketaren portaera tipikoa (1) pertsona bat antzematean, garraiatzean, lekualdatzean, hartzean, jasotzean, trukitzean edo haren kontrola eskualdatzean datza, (2) bai Espainiako lurraldean, bai Espainiatik edo Espainia iraganbide zein helmuga izanik, (3) indarkeria, larderia edo engainua erabiliz, edota nagusitasun zein beharrian egoeraz, nahiz biktimaren ahuleziaz abusatuz, edo biktima kontrolatzen duen pertso-

³⁰ POMARES CINTAS, E. «El delito de trata de seres humanos», ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Zuz.). *Derecho Penal Español. Parte Especial (I)*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, Bigarren Argitalpena, 549. or., eta VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de Trata de Seres Humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, op. cit., 549. or.

³¹ LLORIA GARCÍA, P. «Trata de Seres Humanos», BOIX REIG, J. (Zuz.). *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal)*. Madrid: Iustel, 2010, 298.or.

naren adostasuna izate aldera, harengandik ordainketak edo onurak jasoz edo pertsona horri ordainketak edo onurak emanez, (4) doloz, (5) biktima esplotatzeko helburuarekin³².

Hain zuzen ere, portaera tipikoan bost elementu identifikatu daitezke: hiru elementu objektibo eta bi elementu subjektibo.

(A) Elementu objektiboak

Elementu objektiboak hiru multzotan banatu daitezke: oinarrizko egintza; lekualdaketa eta erabilitako bideak.

(a) «Oinarrizko egintza».

Delituaren oinarrizko egintza, aipatu bezala, pertsona bat antzema-tean, garraiatzean, lekualdatzean, hartzean, jasotzean, trukitzean edo ha-ren kontrola eskualdatzean datza. Argi dago, nazioarte- eta europar-mai-lako testuek jasotako egintza berdina jaso duela Espainiako legegileak, nahiz eta aditz desberdinak erabili.

Oinarrizko egintzak oso egoera desberdinak hartzen ditu bere bai-tan³³. Egoera hauek oso modu orokor eta zabalean aipatzen direnez, zaila da zehaztea zein den bakoitzaren norainokoa. Oro har, eta lanaren hiru-garren atalean azaldutakoa gogora ekarriz, 177 bis artikulua oina-rrizko egintzak gizakien salerosketa prozesu moduan aurkezten du.

(b) «Lekualdaketa».

Oinarrizko tipoa zehaztasun eztabaidagarria agertzen da biktimaren lekualdaketa inguruan: «nahiz Espainiako lurraldean, nahiz Espainia-

³² Saikapen hau MARAVER GÓMEZek erabiltzen du: MARAVER GÓMEZ, M. «La Trata de Seres Humanos», DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Zuz.). *Estudios sobre las Reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*. Zizur Txikia: Civitas-Thomson Reuters, 2011, 318-326. orr.

³³ ARRIETA IDIAKEZ, E.J., MANRIQUE LÓPEZ, F. eta MANRIQUE ROJO, F. «Combating trafficking in human beings for labour exploitation in Spain», *op. cit.*, 288. or.

tik edo Espainia iraganbide zein helmuga izanik»³⁴. Argibide honen bitartez, uste dugu, legegileak azpimarratu nahi izan duela gizakien salerosketak barne-izaera zein nazioarteko izaera izan dezakeela.

Haatik, beste testu juridikoen definizioekin alderatuz gero, esamolde honek murriztu egin du gizakien salerosketaren norainokoa. Izan ere, biktimaren lekualdaketak espainiar lurraldearekin nolabaiteko lotura izatea eskatzen du³⁵.

(c) «Erabilitako bideak».

Azaldu berri dugun egintza gauzatzeko, oinarrizko tipoak eskatzen du indarkeria, larderia edo engainua erabili behar dela, edota nagusitasun zein beharrizan egoeraz probetxua atera behar dela, nahiz biktimaren ahuleziaz abusatu behar dela, edo biktima kontrolatzen duen pertsonaren adostasuna izate aldera, harengandik ordainketak edo onurak jasoz edo pertsona horri ordainketak edo onurak emanez burutu behar dela egintza.

Palermoko Protokoloarekin, Europako Kontseiluaren Hitzarmenarekin eta Europar Batasuneko Zuzentarauarekin alderatuz gero, ohartu gaitzke Espainiako Zigor Kodeak ez dituela hurrengo bideak aipatu: «bahiketa» eta «iruzurra». Bahiketari dagokionez, nahiz eta beren-beregi ez aipatu, ulertu daiteke indarkeriak eta larderiak barruan hartzen dutela bide hau. Iruzurra, bere aldetik, engainuarekin parekatu daiteke.

³⁴ Gai honen inguruan, ikusi: RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. «Capítulo 4. Trata de Personas», ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Koord.). *Memento Experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*. Madril: Francis Lefebvre, 2010, 74-75. orr.

³⁵ CUGAT MAURI, M. «La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)», QUINTERO OLIVARES, G. (Zuz.). *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*. Zizur Txikia: Civitas-Thomson Reuters, 2010, 161. or, GARCÍA SEDANO, T. «El tipo de trata de seres humanos». *La ley penal*, 2014, 109. zk, 3. or; eta SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Koord.). *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*. Zizur Txikia: Civitas-Thomson Reuters, 2011, Seigarren Argitalpena, 149. or.

Ildo honetatik abiatuta, 177 bis artikulua hiru paragrafoaren arabera, «gizakien salerosketaren biktima baten adostasunak ez du ondoriozko izango artikulua honen lehenengo paragrafoan aipatu bideetarikoa bat baliatu denean». Argi eta garbi, bide hauen erabilerak biktimaren adostasuna edo baimena baliotzeko gabe utziko du³⁶.

(B) Elementu subjektiboak

Elementu subjektiboak bi multzotan bereizi daitezke: doloa eta pertsona esplotatzeko xedea.

(a) «Doloa».

Oinarritzko egintzak doloa eskatzen du. Hau da, subjektu aktiboaren asmoa izan behar da portaera tipikoaren elementu objektiboak aurrera eramatea.

(b) «Pertsona esplotatzeko xedea».

Ikuspuntu subjektibotik, tipoak ez du doloa bakarrik eskatzen, baizik eta helburu edo xede zehatz baten presentzia ere eskatzen du. Zentzu honetan, subjektu aktiboak pertsonaren esplotazioa bilatu behar du, hori izan behar delarik bere jomuga nagusia.

Pertsonaren esplotazioaren zentzua ulertzeko, 177 bis artikulua ondoko egoerak zehazten ditu: bortxazko lanak edo zerbitzuak eginaraztea, esklabotzan aritzera behartzea, edo esklabotzaren, mirabetzaren edo eskaletasunaren antzeko praktikak eginaraztea; sexu-esplotazioan erabiltzea, pornografia barne; delitu-jarduerak egiteko esplotatzea; gorputz-organoak ateratzea; eta ezkontza behartuak eginaraztea. Nazioarteko eta Europar Batasuneko testuak ez bezala, 177 bis artikulua aipatzen duen

³⁶ TERRADILLOS BASOCO, J.M. «Trata de Seres Humanos», ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. eta GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valentzia: Tirant lo Blanch, 2010, 210. or.

zerrenda *numerus clausus* da³⁷. Edonola ere, ez da esplotazio egoera horien norainokoa azaltzen.

Jadanik aipatu dugun bezala, pertsona esplotatzeko helburua hasieratik existitu behar den arren, tipoak ez du eskatzen esplotazioa praktikan gauzatzea. Beraz, esplotazioa gertatuz gero, delituen pilaketa egongo da.

2. Adingabeen salerosketaren berariazko tipoa

177 bis artikulua bigarren paragrafoan adingabeen salerosketaren tipoa jasotzen da. Horren arabera, «aurreko paragrafoan aipaturiko bi-deak erabili ez arren, gizakien salerosketatzat hartuko da aurreko paragrafoan adierazitako edozein egintza, horiek adingabeei egiten zaizkie-nean ustiaketa helburuekin».

Manu honen ondorioetarako, ulertuko da adingabea dela 18 urtez az-piko pertsona. Klausularen edukiari erreparatuz, uste dugu ezgaien ingu-ruko erreferentzia falta dela³⁸.

Horiek horrela, adingabeen salerosketaren portaera tipikoa pertsona adingabe bat antzematean, garraiatzean, lekualdatzean, hartzean, jaso-tzean, trukitzean edo haren kontrola eskualdatzean datza, adingabea es-plotatzeko xedearekin. Ikuspuntu subjektibotik, tipoaren doloak eska-tzen du delituaren egileak ezagutzea biktima adingabea dela eta, jakina-ren gainean, adingabea esplotatzea izatea bere helburua³⁹.

Adingabeen salerosketa gertatzen denean, zigorra oinarritzko tipoaren zigor berdina izango da (hau da, bost urtetik zortzi urte arteko espe-txealdi-zigorra).

³⁷ MARAVER GÓMEZ, M. «La Trata de Seres Humanos», *op. cit.*, 324. or.

³⁸ Honen inguruan, ikusi BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. «Trata de seres humanos», MORILLAS CUE-VA, L. (Koord.). *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Madril: Dykinson, 2011, 228. or.

³⁹ POMARES CINTAS, E. «El delito de trata de seres humanos», *op. cit.*, 562. or.

3. Larriagotutako tipoak

177 bis artikuluauren laugarren, bosgarren eta seigarren paragrafoek gizakien salerosketa delituaren larriagotutako tipoak jasotzen dituzte. Hain zuzen, zehazten diren tipoak subjektu pasiboari eta subjektu aktiboari egiten diete erreferentzia.

3.1. *Subjektu pasiboarekin zerikusia duten larriagotutako tipoak*

177 bis artikuluauren laugarren paragrafoak subjektu pasiboarekin lotura duten bi inguruabar jasotzen ditu. Hauetako inguruabar bat gertatuz gero, oinarrizko tipoari dagokion zigorra baino gradu bat gehiagokoa ezarriko da eta, inguruabar bat baino gehiago bilduz gero, zigorra goiko erdian ezarriko da.

(a) «Delituaren xede diren pertsonen bizitza edo osotasun fisiko zein psikikoa arriskuan jarri denean». Tipo honen ondorioetarako, biktimaren bizitza edo osotasun fisikoa arriskuan jarri behar da salerosketaren portaera gauzatzen denean eta, are gehiago, egileak doloz jarri behar du biktima arriskuan⁴⁰.

(b) «Biktima bereziki ahula denean gaixotasun, haurdunaldi, desgaitasun edo egoera pertsonalarengatik, edota adingabea denean». Inguruabar honen arabera, salerosketaren egilea biktimaren egoera ahulaz aprobetxatu behar da. Tipoak argitzen du ahultasuna gaixotasunaren ondorioa, desgaitasunaren ondorioa, egoera pertsonalaren ondorioa edo adingabea izatearen ondorioa izan daitekeela. Egoera pertsonalaren inguruko aipamenak tipoa erabat zabaldu egiten du eta, horregatik, biktimaren ahultasuna kasuz kasu baloratu behar da. Hori bai, *non bis in idem* printzipioa dela eta, oinarrizko tipoa aplikatzerako orduan biktimaren ahultasunaren abusia aintzat hartu bada, ezin izango da tipo larriagotu hau aplikatu.

⁴⁰ Honen inguruan, *vid.* SANTANA VEGA, D. «Título VII Bis. De la trata de seres humanos», CORCOY BIDASOLO, M. eta MIR PUIG, S. (Zuz.). *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. Valentzia: Tirant lo Blanch, 2015, 659. or.

3.2. *Subjektu aktiboarekin zerikusia duten larriagotutako tipoak*

177 bis artikulua bosgarren eta seigarren paragrafoetan delituaren subjektu aktiboari erreferentzia egiten dioten bi inguruabar aipatzen dira⁴¹.

(a) «Gizakien salerosketaren egitateak burutzen dituztenak, eurek duten gintaritza edo horren agente edo funtzionario publiko izaeraz baliatuz gauzatzen dituztenean». Bestera esanda, delituaren subjektu aktiboak bere karguaz abusatzen du delitua era errazagoan gauzatzeko. Inguruabar hau gertatuz gero, oinarritzko tipoarentzat aurreikusitako zigorra baino gradu bat gehiagokoa ezarriko da eta sei urtetik hamabi urte arteko erabateko desgaiakuntza. Modu berean, subjektu pasiboarekin zerikusia duten inguruabarren bat ere gertatuz gero, zigorrak goiko erdian ezarriko dira.

(b) «Gizakien salerosketaren subjektu aktiboa bi pertsona baino gehiagoko erakunde edo elkarteko partaide denean, aldi baterako izan arren, eta jarduerak egiten baditu, modu iragankorrean bada ere». Printzipioz, oinarritzko tipoarentzat aurreikusita dagoen zigorra baino gradu bat gehiagokoa ezarriko da eta kondenak iraun bitartean lanbide, ofizio, industri edo merkataritzarako desgaiakuntza berezia ezarriko da. Eta subjektu aktiboa antolakunde edo elkarteetako buru, administratzaile edo arduraduna denean, zigorra bere goiko erdian ezarriko da; zigor hori baino gradu bat gehiagokoa ere ezarri ahal izango delarik. Orobat, laugarren paragrafoan zehaztutako inguruabarren bat edo bosgarren paragrafoan bildutako inguruabarra bilduz gero, gradu bat gehiagoko zigorra ezarriko da.

4. *Pertsona juridikoen erantzukizun penala*

177 bis artikulua zazpigarren paragrafoan pertsona juridikoen erantzukizun penala arautu da. Zentzu honetan, pertsona juridikoa gizakien salerosketaren erantzulea bada eta, betiere, Zigor Kodearen 31 bis artiku-

⁴¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. «Título VII Bis. De la Trata de Seres Humanos», *op. cit.*, 295-298. orr.

luak aurreikusten dituen baldintzak ematen badira, lortutako irabazien hiru halakotik bost halako arteko isun-zigorra ezarriko zaio⁴². «Lortutako irabaziak» esamoldearen norainokoa argitu behar da, arean ere, lortutako irabaziak izango dira gizakien salerosketaren prozesutik lortutakoak eta, ez ordea, salerosketak helburutzat duen esplotaziotik lortutakoak⁴³.

5. Prestatze-egintzak

177 bis artikulua zortzigarren paragrafoaren arabera, «gizakien salerosketa delitua egiteko zirikatzeta, konspiratzea eta proposatzea zigortuko dira, delituari dagokion zigorra baino gradu bat edo bi gutxiagoko zigorrarekin». Zenbait autoreen iritziz, aurreikuspen honek delituaren esparru zehatzailea gehiegi zabaltzen du, batez ere, kontuan hartzen bada nazioarte-mailako testuek ez dutela horrelako xedapenik jasotzen⁴⁴.

V. GIZAKIEN SALEROSKETA BESTE FENOMENOEN AURREAN: EZINBESTEKO BEREIZKETA

Sarri askotan, gizakien salerosketa beste fenomeno batzuekin nahasten da. Bi dira nahasketa honen arrazoi nagusiak: batetik, gizakien salerosketaren esangura eta hedaduraren inguruko ezjakintasun orokorra; eta, bestalde, beste fenomeno batzuekin mantentzen duen lotura edo antzekotasuna.

⁴² Vid. DAUNIS RODRÍGUEZ, A. *El delito de trata de seres humanos*. Valentzia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 165-168.

⁴³ Gogora bedi, esplotazioa ez dela fenomenoaren elementua. Kontsultatu daiteke: POMARES CINTAS, E. «El delito de trata de seres humanos», *op. cit.*, 569. or

⁴⁴ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. eta CRESPO BARQUERO, P. «Título VII Bis. De la trata de seres humanos», CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Zuz.). *Código Penal Comentado. Con concordancias y jurisprudencia. Actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010. Tomo I. Arts. 1 al 318 bis*. Bartzelona: Bosch, 2012, Hirugarren Argitalpena, 676. or, eta DEVICENTE MARTÍNEZ, R. «Título VII Bis. De la Trata de Seres Humanos», GÓMEZ TOMILLO, M. (Zuz.). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid: Lex Nova, 2011, Bigarren Argitalpena, 704. or.

Kasuan kasuko fenomenoaren arteko nahasketa eragiten duen arrazoia edozein dela, azpimarratu behar da nahasketak gizakien salerosketa saihesteko nahiz zigortzeko tresnen eraginkortasuna erabat oztopatzen duela. Horregatik, funtsezkoa da atal honetan nahasketa ohikoenak zeintzuk diren aipatzea eta azaltzea, hauek gogoan izan daitezen⁴⁵.

1. Gizakien salerosketa eta Migranteen legez kontrako trafikoa

Gizakien salerosketa eta Migranteen legez kontrako trafikoa maiz nahasten dira bai teorian bai praktikan. Nahasketa hau gainditzeko, Antolatutako Delitugintza Transnazionalaren aurkako Nazio Batuen Hitzarmenak bi Protokolo desberdin jaso zituen: bata gizakien salerosketari buruzkoa, bestea migranteen trafikoari buruzkoa. Bereizketa honek erakutsi zuen bi fenomeno hauek praktikan loturak izan arren, bi errealitate desberdin osatzen dituztela eta, horregatik, tratamendu berezia behar dutela.

Hain zuzen ere, Antolatutako Delitugintza Transnazionalaren aurkako Nazio Batuen Hitzarmena osatzen duen Lurretik, Itsasotik edo Airetik Migranteen legezaren kontra egiten den trafikoaren aurkako Protokoloak⁴⁶ migranteen trafikotzat ulertzen du «Estatu kide bateko nazionala edo egoiliar iraunkorra ez den pertsonari laguntza ematea Estatu kide horretan legez kontra sartzeko, onura ekonomikoa edo izaera materiala duen bestelako onura, zuzenean nahiz zeharka, lortzeko xedearekin»⁴⁷.

Labur esanda, migranteen trafikoak bi elementu nagusi ditu: batetik, egintza (hau da, Estatu kide bateko nazionala edo egoiliar iraunkorra ez

⁴⁵ Oro har, kontuan izan LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*. Zizur Txikia: Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, 94-114. orr.

⁴⁶ EAO, 2003ko abenduaren 10ekoa, 295. zk. Gai honen inguruan, *vid.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. «Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea», RICHARD GONZÁLEZ, M., RIAÑO BRUN, I. eta POELEMANS, M. (Koord.). *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*. Zizur Txikia: Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, 40-42. orr.

⁴⁷ Protokoloaren 3. a) artikulua (itzulpen propioa).

den pertsonari laguntza ematea Estatu kide horretan legez kontra sartzeko) eta, bestalde, bilatutako xedea (hots, onura ekonomikoa edo izaera materiala duen bestelako onura lortzea).

Gizakien salerosketaren eta migranteen trafikoaren kontzeptuak alderatuz gero, bi fenomenoen arteko desberdintasunak argi antzeman daitezke, nahiz eta errealitatean zailagoa izan bereizketa egitea. Azken aipamen honen harira, garrantzitsua da ohartaraztea, praktikan, gizakien salerosketan eta migranteen trafikoan erabiltzen diren ibilbideak berdinak izan daitezkeela; gizakien salerosketaren arduradunak aldi berean migranteen trafikoaren arduradunak ere izan daitezkeela; eta migranteen trafikoaren objektu diren pertsonak gizakien salerosketaren biktima erraz bihurtu daitezkeela⁴⁸.

Ondoren, desberdintasun nabarmenenak aipatzeari ekingo diogu.

(a) «Helburua». Migranteen trafikoaren helburua pertsona bat Estatu batean legearen kontra sartzeko laguntza ematea da irabaziak lortzeko asmoarekin. Gizakien salerosketaren azken xedea, ordea, pertsona esplotatzea da⁴⁹.

(b) «Baimena edo adostasuna». Alde batetik, migranteen trafikoa gertatzeko pertsona batek (migranteak) bere baimena emango dio beste pertsona bateri, bigarren honek laguntza eman diezaion nazioarteko mugak legearen kontra zeharkatzeko⁵⁰. Bestalde, gizakien salerosketaren testuinguruan, biktimaren lekualdaketa bere baimenarekin zein baime-

⁴⁸ Migranteek trafikoaren arduradunarekin duten zorra oso handia izaten da eta egitate horrek beraien ahulezia areagotzen du; gainera, Estatu berrian duten egoera irregularra dela eta, ezkutuko ekonomian bakarrik lan egin ahal izango dute. Arrazoi hauek direla medio, posiblea da migrantea gizakien salerosketaren biktima bihurtzea [GUTIÉRREZ SELLER, A. “Tráfico de personas para la explotación laboral”. *Crítica*, 2006, 940. zk. (56. urtea), 43. or.].

⁴⁹ PIOTROWICZ, R. «Human security and trafficking of human beings: the myth and the reality», EDWARDS, A. y FERSTMAN, C. (Ed.). *Human Security and Non-Citizens. Law, Policy and International Affairs*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, 404. or.

⁵⁰ GARCÍA VÁZQUEZ, S. “Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: la desprotección de las víctimas”, *op. cit.*, 235. or.

nik gabe gauzatu daiteke. Hau da, kasu batzuetan, biktimak bere adostasuna emango du, baina baimenak ez du baliorik izango iruzurrezko nahiz abusuzko bideen erabileraren ondorioz eman delako. Eta, beste kasuetan, biktimaren lekualdatzeak izaera behartua izango du⁵¹.

(c) «Subjektuen arteko harremana». Migranteen trafikoan subjektuek merkataritza harremana mantentzen dute euren artean, horregatik, migrantea bezero edo kontsumitzailetzat hartuko da⁵². Aitzitik, gizakien salerosketan subjektuen arteko harremana esplotatzailea da, hau da, pertsona esplotatzeko asmoan oinarritzen da⁵³. Hori dela eta, gizakien salerosketaren objektu diren pertsonak biktimatzat hartuko dira.

(d) «Lekualdaketaren izaera». Migranteen trafikoan, lekualdaketak nazioarte-izaera izango du beti eta legearen kontra gauzatuko da. Haatik, gizakien salerosketak nazioarte-izaera zein barne-izaera izan dezake eta lekualdaketa legezko bideak erabiliz nahiz legearen kontrako bideak erabiliz gauzatu daiteke⁵⁴. Hau teoriarik horrela bada ere, azpimarratu behar da, praktikan, migranteen trafikoan migranteen giza eskubideak maiz urratzen direla; hortaz, testuinguru honetan, migranteak biktimak ere izan daitezke.

(e) «Delitu mota». Migranteen trafikoak ordena publikoa eta Estatuaren segurtasuna urratzen ditu. Bere aldetik, gizakien salerosketaren esparruan, lehenengo eta behin, pertsonaren giza eskubideen bortxaketa la-

⁵¹ JIMENEZ, E. «La distinction problématique entre la traite des personnes et le trafic de migrants risque de laisser sans protection les victimes de la traite», CLAUDE, M., LAVIOLETTE, N. eta POULIN, R. *Prostitution et Traite des Êtres Humains. Enjeux nationaux et internationaux*. Ottawa: Les Éditions L Interligne, 2008, 122. or.

⁵² SCARPA, S. *Trafficking in human beings: modern slavery*. Nueva York: Oxford University Press, 2008, 68. or.

⁵³ BATSUKOVA, S. “Human Trafficking and Human Smuggling: similar nature, different concepts”. *Studies of Changing Societies: Comparative and Interdisciplinary Focus*, 2012, 1. zk (1. bol.), 41. or.

⁵⁴ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Granada: Comares, 2009, 46. or.

ria gertatzen da⁵⁵. Areago, izan daiteke giza eskubideen bortxaketarekin batera, Estatuaren segurtasuna eta ordena publikoa ere urratzea. Aurreko paragrafoan esan bezala, praktikan gertatu daiteke migranteen trafikoa giza eskubideen urraketa ere gertatzea.

2. Gizakien salerosketa eta Immigrazio klandestino

Immigrazio klandestino pil-pilean dagoen fenomeno da. Sarri askotan, praktika honen garapena sustatzen duten faktoreak gizakien salerosketa bultzatzen duten arrazoiekin bat datoz, hori dela eta, garrantzizkoa da bi fenomenoak argi bereiztea.

Egin-eginean ere, immigrazio klandestinoak bere gain hartuko ditu hurrengo egoerak: pertsona bat Estatu batean legearen kontra sartzea edo Estatu hartzailean legearen kontra geratzea, egintza horiek bere kabuz edota inoren laguntzaren bidez burutzen dituenen⁵⁶.

Kasu batzuetan, immigranteak legezko bideak erabiliko ditu Estatuan sartzeko, baina, bertan geratzeko beharrezkoak diren baimenak ez dituzenez, legearen kontra geratuko da; beste kasu batzuetan, ordea, immigrantea legearen kontra sartuko da Estatuan, hau da, bertan sartzeko bete behar diren prozedurak saihestuz, eta, ondoren, legearen kontra geratuko da⁵⁷. Hain zuzen ere, immigranteak bere kabuz burutu ditzake egintza

⁵⁵ OBOKATA, T. "A human Rights Framework to address trafficking of human beings". *Netherlands quarterly of Human Rights*, 2006, 3. zk. (24. bol.), 382. or.

⁵⁶ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, op. cit., 42-43. orr.; DEL VALLE GÁLVEZ, A. «El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular», DEL VALLE GÁLVEZ, A. eta ACOSTA SÁNCHEZ, M.A. (Ed.). *Immigración Irregular y Derecho. VIII Jornadas Autonómicas de Derecho Internacional Humanitario*. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005, 142. or.; HJARNÓ, J. *Illegal Immigrants and Developments in Employment in the Labour Markets of the EU*. Hampshire: Ashgate, 2003, 3. or.; eta JORDAN, B. eta DÜVELL, F. *Irregular Migration. The Dilemmas of Transnational Mobility*. Cheltenham: Edward Elgar, 2002, 15. or.

⁵⁷ ASÍN CABRERA, M.A. «La inmigración irregular en la investigación jurídica», GODENAU, D. eta ZAPATA HERNÁNDEZ, V.M. (Koord.). *La inmigración irregular. Aproximación multidisciplinar*. Tenerife: Área de Desarrollo Económico, 2005, 216. or.

hauek edota beste inoren laguntzarekin. Azken aipamenari dagokionez, laguntza ematen duten pertsonak modu solidarioan parte hartu dezakete zein irabaziak lortzeko asmoarekin⁵⁸.

Behin immigrazio klandestinoaren funtsa azalduta, bi fenomenoak bereizten dituzten ezaugarri nabarmenenak aipatzeari ekingo diogu.

(a) «Egintza». Immigrazio klandestinoaren egintza nagusia Estatu batean legaren kontra sartzean edo Estatuan legearen kontra geratzean dartzan bitartean, gizakien salerosketaren egintzak hainbat egoera desberdin hartzen ditu bere baitan. Are gehiago, immigrazio klandestinoan, immigrantea bera da egintza borondatez gauzatzen duenak (bere kabuz edota beste inoren laguntzarekin); gizakien salerosketan, berriz, egintzak gauzatzen dituzten pertsonak eta egintza horien objektua den pertsona bereizi behar dira. Gainera, gizakien salerosketan, izan daiteke egintzaren objektua den pertsonak bere baimena edo adostasuna ematea (nahiz eta adostasunak baliorik ez izan).

(b) «Xedea». Immigrazio klandestinoaren jomuga Estatu hartzailean legearen kontra sartzea edo legearen kontra geratzea da; aldiz, gizakien salerosketak bilatzen duen helburu nagusia pertsona esplotatzea da.

(c) «Legearen urraketa». Immigrazio klandestinoak Estatu hartzailean legezko sarrera edo legezko egonaldia arautzen duten xedapenak urratzen ditu; gizakien salerosketak, ordea, pertsonaren giza eskubideen kontrako eraso suposatzen du ezer baino lehen. Hala ere, kasuaren ezaugarrien arabera, gertatu daiteke gizakien salerosketak Estatu hartzailearen atzerriartasunari buruzko arauak ere urratzea.

⁵⁸ Gai honen inguruan, kontsultatu daiteke STARING, R. «Smuggling aliens Toward the Netherlands: the role of human smugglers and transnational networks», SIEGEL, D., VAN DE BUNT, K. eta ZAITCH, D. (Ed.). *Global Organized Crime: Trends and Developments*. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 2003, 110-111. orr.

3. Gizakien salerosketa eta Prostituzioa

Aspalditik, gizakien salerosketa prostituzioarekin lotu izan da. Lotura honen adibide dira, XX. mendean gizakien salerosketaren kontra aldarrikatzen hasi ziren lehenengo dokumentuak, bi fenomeno hauek zuzenean lotu zituztenak. Adibidez, Nazio Batuen 1949ko Hitzarmenak, pertsonen salerosketa zigortzeari eta inoren prostituzioa esplotatzeari buruzkoak, azaldu zuen «prostituzioa eta horren ondorio okerra, pertsonen salerosketa prostituzio helburuetarako, bateraezinak direla gizakien duintasun eta balioarekin eta arriskuan jartzen dutela norbanakoen, familiaren eta erkidegoaren ongizatea»⁵⁹.

Palermoko Protokoloa aldarrikatu arte, gizakien salerosketaren esparruan arreta handia prestatu zaio prostituzioari, albo batera utziz gizakien beste esplotazio erak eta, prostituzioarekin batera, gizakien salerosketaren helburu izan daitezkeenak. Aitzitik, Palermoko Protokoloak definizioa zabaltzean, Nazioarteko Erkidegoaren ikuspuntua ere zabaltzen hasi da. Pixkanaka ikuspuntu hau aldatzen doan arren, oraindik, sexu esplotazioa (eta, bereziki, prostituzioa) helburutzat duen gizakien salerosketa da interes gehien sortzen duena.

Hau esanda, garrantzitsua da funtsezko bi ideia azpimarratzea.

Alde batetik, gizakien salerosketaren xedea biktima prostituzioan esplotatzea izan badaiteke ere, fenomenoak beste hainbat helburu ere barne hartzen ditu. Hori dela eta, ez da zentzuzkoa gizakien salerosketaren hedadura murriztea eta prostituzioarekin zuzenean lotzea.

Bestalde, prostituzioa ez da beti gizakien salerosketarekin lotu behar. Hau da, pertsona bat prostituzioan esplotatua izan denean, egitate horrek ez du zertan esan nahi aurretik gizakien salerosketa gertatu denik; bestera esanda, sexu esplotazio kasu guztiak ez dira gizakien salerosketaren pro-

⁵⁹ Atariko (Itzulpena: Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea).

zesuaren emaitza. Ondorioz, bi fenomenoak lotu ahal izateko, frogatu beharko da aurretiaz gizakien salerosketaren prozesua gertatu dela eta horren azken helburua praktikan gauzatu dela.

4. Gizakien salerosketa eta Esklabotza

Egun, gizakien salerosketari buruz mintzatzean, asko dira «XXI. mendeko esklabotza» esamoldea erabiltzen duten autoreak⁶⁰. Antzaenez, esamolde honek aditzera ematen du gizakien salerosketa esklabotza mota jakin bat dela. Aitzitik, atal honetan argitu nahi dugu gizakien salerosketa eta esklabotza ez direla sinonimoak edo egitate berdinak eta, arrazoi horretan oinarrituta, bi fenomenoak bereiztea nahitaezkoa dela.

Hasteko, esan behar da, gizakien salerosketak eta esklabotzak lotura bat izan dezaketela praktikan, baina horrek ez du esan nahi fenomeno berdina direnik⁶¹.

Ikuspuntu historikotik, 1926ko Esklabotzari buruzko Hitzarmenak bi fenomenoak bereizi zituen. Hain zuzen ere, Hitzarmenaren ondorioetarako, «esklabotza norbanako baten egoera edo baldintza da; norbanako horren gainean jabetza eskubidearen ezaugarriak, guztira edo atalka egikaritzen direla»⁶² eta «esklabotzen salerosketak honako egintzak biltzen ditu: norbanakoa antzematea, eskuratzea edo ematea, saltzeko edo trukatzeko asmoz; bide beretik, xede horietarako eskuratutako esklaboa xe-

⁶⁰ Beste batzuen artean: LLORIA GARCÍA, P. «Trata de seres humanos», *op. cit.*, 293. or; MARTÍNEZ TEN, L. eta CORRAL, A.M. *La trata con fines de explotación sexual. Guía de formación para personal de la administración pública*. Madril: Instituto de la Mujer, Ministerio de Igualdad, 2010, 2. or; MARTOS NÚÑEZ, J.A. «El Delito de Trata de Seres Humanos: análisis del artículo 177 Bis del Código Penal», *op. cit.*, 98. or.; SERRA CRISTÓBAL, R. eta LLORIA GARCÍA, P. *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*. Madril: Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica), 2007, 86. or.

⁶¹ Honen inguruan gomendagarria da kontsultatzea ALLAIN, J. «Genealogies of human trafficking and slavery», PIOTROWICZ, R., RIJKEN, C. eta HEIDE UHL, B. (Ed.). *Routledge Handbook of Human Trafficking*. New York: Routledge, 2017, 3-12. orr.

⁶² Hitzarmenaren 1.1. artikulua.

deok gauzatzeko lagatze-egintza oro eta, berebat, esklaboen salerosketa-eta garraio-egintza oro»⁶³. Areago, bereizketa hau hurrengo testu historikoetan ere antzeman daiteke: Esklabotza, Esklaboen Salerosketa eta Esklabotzaren antzeko erakundeak eta eginerak ezabatzeari buruzko Hitzarmen osagarrian, 1956ko apirilaren 30ekoa; Giza Eskubideen Aldarrikapen Unibertsalean, Nazio Batuen Erakundearen Batzar Nagusiak 217 A (III) Ebazpenaren bitartez aldarrikatutakoa, 1948ko abenduaren 10ean; eta Eskubide Zibil eta Politikoen Nazioarteko Itunean, Nazio Batuen Erakundearen Batzar Nagusiak 2200 A (XXI) Ebazpenaren bitartez aldarrikatutakoa, 1966ko abenduaren 16an.

Ondorioz, XXI. mendeko testuinguruan, esan behar dugu bi fenomenoak bereizten jarraitu behar direla. Gizakien salerosketa pertsonaren esplotazioa helburutzat duen prozesua izanik, bere xedea, beste batzuen artean, pertsona esklabo bihurtzea izan daiteke (betiere, «esklabo» hitza gaur eguneko testuinguruan ulertuta). Kasu zehatz horretan, esklabotza gizakien salerosketaren ondorioa izango litzateke. Haatik, pertsona bat esklabo bihurtzeak ez du zertan esan nahi esplotazio egoera hori gizakien salerosketaren emaitza izan behar denik; izan ere, ondorio hori atera ahal izateko, frogatu beharko da aurretiaz gizakien salerosketa osatzen duten elementuak gertatu direla.

VI. ERAGIN-FAKTOREAK: ARAZOAREN JATORRIA

Orain arteko azalpenak aintzat hartuta, argi dago gizakien salerosketa mundu mailako arazo kezagarria dela eta, ondorioz, premiazko erantzun eraginkorrak behar dituela. Hori bai, gizakien salerosketari aurre egiteko neurriak zehaztu daitezten, lehenengo, fenomenoaren hedapena

⁶³ Hitzarmenaren 1.2. artikulua.

bultzatzen duten arrazoiak identifikatzea ezinbestekoa da. Izan ere, arrazoi hauetan aurkituko dugu problematikaren jatorria.

Hau esanda, atal honetan gizakien salerosketaren garapena sustatzen duten funtsezko faktoreak azpimarratzeari ekingo diogu.

Orokorrean, faktore hauek bi multzo nagusitan banatu ohi dira⁶⁴:

(a) Batetik, «bultzada faktoreak» bereizten dira. Arrazoi hauek leku jakin bateko biztanleak bultzatzen dituzte beste toki batera lekualdatzera. Oro har, faktore hauek etsipena edo desesperazioa sortzen dute gizartean eta, horregatik, biztanleak toki berri batera mugitzera bultzatzen dituzte, bertan bizi maila hobea lortzeko esperantzarekin. Bultzada faktoreen artean, hurrengoak dira esanguratsuenak: pobrezia (eta, bereziki, emakumeen pobrezia); hezkuntza falta; baliabideen gabezia; egoera politiko eta sozial ezegonkorra; gatazka armatuak; eta, hondamendi naturalak⁶⁵.

(b) Bestalde, «erakarpen faktoreak» ere identifikatzen dira. Zio hauek, bultzada faktoreak ez bezala, leku zehatz batek eskaintzen dituen aukera itxaropentsuei egiten diete erreferentzia. Bestera esanda, faktore hauek beste toki batzuetako biztanleak erakarri egiten dituzte, ordura arteko bizitza baztertzeko eta (ustez) aukera hobeak eskaintzen dituen tokira lekualdatzeko. Erakarpen faktore nagusiak langileen eskaera eta egoera politiko-sozial egonkorra izaten dira.

Bi faktore multzo hauekin batera, badaude gizakien salerosketaren garapenean eragin berezia duten beste arrazoi batzuk ere. Zehatz-mehatz, globalizazioak, antolatutako krimenak eta korrupzioak fenomenoaren hedapena modu nabarian sustatu dute⁶⁶.

⁶⁴ CULLEN-DUPONT, K. *Human Trafficking*. Nueva York: Facts on File, 2009, 23. or.

⁶⁵ DELAS, O. eta PLOUFFE-MALETTE, K. "La Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains face au droit de l'Union européenne". *Criminologie*, 2013, 1. zk. (46. bol.), 159. or.

⁶⁶ SHELLEY, L. *Human Trafficking. A global perspective*. Nueva York: Cambridge University Press, 2010, 37.or.

Globalizazio prozesuak, beste ekarpen batzuen artean, merkatuen eta merkataritzaren askatasuna bultzatu du; ekonomi lehia areagotu du; pertsonen arteko informazio eta komunikazio bideak bizkortu eta erraztu ditu; eta ondasunen, kapitalen eta informazioaren zirkulazioa erraztu du. Berrebat, globalizazioa dela eta, pertsonen mugimenduak biderkatu egin dira, batez ere, beste leku batean bizimodu hobea lortzeko helburuarekin. Alabaina, testuinguru honetan, pertsonen legezko mugimenduek geroz eta traba gehiago jasaten ari dituzte; ondorioz, pertsonen zirkulazioa beste bide batzuen bitartez burutzeari ekin zaio. Inguruabar hauek direla medio, globalizazioak gizakien salerosketaren hazieran eragin argia izan du⁶⁷.

Mundializazio edo globalizazio fenomenoaren parean, antolatutako krimenaren protagonismoa ere aintzat hartu behar da gizakien salerosketaren hedapenaren arrazoiaren artean. Bada, antolatutako taldeek geroz eta botere handiagoa lortzen ari dira nazioarte-mailan eta, zehazki, gizakien salerosketaren esparruan. Zalantzarik gabe, fenomeno hau oso errentagarria da talde kriminalentzat, inbertsio txikia eginez irabazi handiak lortzen dituztelako⁶⁸.

Guzti honekin batera, ezin ahantz daiteke korrupzioak (bai arlo publikoan, bai arlo pribatuan garatutakoak) gizakien salerosketaren garapena erabat pizten duela⁶⁹. Esan daiteke, beraz, bi fenomeno hauek estu lotuta daudela.

⁶⁷ Gai honen inguruan, kontsultatu daiteke: PÉREZ ALONSO, E.J. «Consideraciones político-criminales sobre el fenómeno migratorio actual y el Tráfico de personas», CORCOY BIDASOLO, M. eta MIR PUIG, S. (Dirs.). *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*. Madril: Edisofer, 2009, 413. or.

⁶⁸ BALES, K. *New Slavery*. Santa Barbara (Kalifornia): ABC-CLIO, 2000, 25. or. eta VAN DIJK, F.H. eta VONK, P.A. «The European efforts in combating human trafficking for the purpose of labour exploitation; on milestones, migration, Member States and mutual assistance», RIJKEN, C. (Ed.). *Combating Trafficking in Human Beings for Labour Exploitation*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2011, 445. or.

⁶⁹ CULLEN-DUPONT, K. *Human Trafficking, op. cit.*, 28. or.

VII. ONDORIOAK: FENOMENOARI AURRE EGITEKO ILDO NAGUSIAK

Aurreko ataletan aztertu den informazioa aintzat hartuta, eta azalpenarekin amaitzeko, jarraian ondoriorik esanguratsuenak nabarmenduko ditugu. Zerrenda honen bitartez, gizakien salerosketari aurre egiteko norabide edo oinarri nagusiak islatu nahi ditugu.

Lehenengoa. Gizakien salerosketa mundu-mailan eragina duen fenomeno arriskutsua da, horregatik, lehentasunezko gaia izan behar da bai Estatuetak politiketan bai eta Nazioarteko Erkidegoaren eginkizunetan.

Bigarrena. Fenomeno honek oinarritzko giza eskubideen kontrako eraso bortitza suposatzen duen heinean, berori erazteko premia dago. Helburu hori lortzeko, tresna juridiko eraginkorrek garatu behar dira eta koordinazio lanak bultzatu behar dira. Dena den, erabaki hauek benetan sinesgarriak izateko, ezinbestekoa da beroriek praktikan gauzatzea eta berorien eboluzioaren inguruan segimendu lanak garatzea.

Hirugarrena. Delitu hau geldiarazteko, nahitaezkoa da gizarteak horren esanahia eta norainokoa ezagutzea, ezjakintasuna baita gizakien salerosketaren aurrean itsutzen gaituenak eta fenomenoak ikusezin bihurtzen duenak. Hori dela eta, gizakien salerosketaren esangura ulertzeko, beharrezkoa da nazioarte-mailako definizio bateratua zehaztea. Bada, gizakien salerosketa fenomeno globala den heinean, ez da zentzuzkoa horren ezaugarrien inguruan interpretazio desberdinak egotea leku batetik bestera. Behin definizio unibertsala onetsita, hori ezagutzera eman behar da munduko txoko guztietan, fenomenoaren presentziaren eta arriskuen inguruan kontzientzia sendoa sortu ahal izateko.

Laugarrena. Gizakien salerosketa fenomeno konplexua da; zehatz-mehatz, izaera desberdineko elementuek osatzen duten prozesua da eta prozesu honek bilatzen duena pertsonaren esplotazioa da. Helburu hau zentzu zabalean ulertu behar da; hau da, ezin da prostituzioarekin eta sexu esplo-

tazioarekin bakarrik lotu. Urteetan zehar, sexu esplotazioa helburutzat duen gizakien salerosketa izan da gobernuen, legegileen, ikertzaileen eta erakunde sozialen kezka, xede desberdinak bilatzen dituen gizakien salerosketa baztertuz. Zentzu honetan, argi geratu behar da gizakien salerosketak, orokorrean, pertsonaren esplotazioa bilatzen duela eta esplotazio hori edozein izaera izan dezakeela. Labur-zurrean esanda, gizakien salerosketaren eta sexu esplotazioaren arteko ohiko lotura gainditzea beharrezkoa da.

Bosgarrena. Sarri askotan, gizakien salerosketa beste fenomeno batzuekin nahasten da, bai beraren benetako esangura argi ez dagoelako bai eta beste fenomenoekin mantentzen dituen antzekotasunek bereizketa egitea eragozten dutelako. Zalantzarik gabe, nahasketa hauek gizakien salerosketa saihesteko eta ikertzeko lanak oztokatzen dituzte. Hortaz, oso garrantzitsua da, ezer baino lehen, gizakien salerosketaren esanahia eta norainokoa argitasunez definitzea eta ezagutzera ematea; izan ere, oinarri sendo honetatik abiatuta, errazagoa izango da gizakien salerosketa beste fenomenoengandik bereiztea.

Seigarrena. Gizakien salerosketaren existentzia faktore desberdinetan oinarritzen da. Azken batean, praktika hau erazteko nahitaezkoa da beraren garapena bultzatzen duten arrazoiak arretaz aztertzea eta ikeretzea, zio hauetan aurkitzen delako gizakien salerosketaren euskarria.

VIII. BIBLIOGRAFIA

ALLAIN, J. «Genealogies of human trafficking and slavery», PIOTROWICZ, R., RIJKEN, C. eta HEIDE UHL, B. (Ed.). *Routledge Handbook of Human Trafficking*. New York: Routledge, 2017.

ARRIETA IDIAKEZ, F.J., MANRIQUE LÓPEZ, F. eta MANRIQUE ROJO, F. «Combating trafficking in human beings for labour exploitation in Spain», RIJKEN, C. (Ed.). *Combating Trafficking in Human Beings for Labour Exploitation*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2011.

ASÍN CABRERA, M.A. «La inmigración irregular en la investigación jurídica», GODENAU, D. eta ZAPATA HERNÁNDEZ, V.M. (Koord.). *La inmigración irregular. Aproximación multidisciplinar*. Tenerife: Área de Desarrollo Económico, 2005.

BALES, K. *New Slavery*. Santa Barbara (Kalifornia): ABC-CLIO, 2000.

BATSUKOVA, S. “Human Trafficking and Human Smuggling: similar nature, different concepts”. *Studies of Changing Societies: Comparative and Interdisciplinary Focus*, 2012, 1. zk (1. bol.).

BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. «Trata de seres humanos», MORILLAS CUEVA, L. (Koord.). *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Madril: Dykinson, 2011.

BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Zuz.). “Trata de seres humanos, en especial menores”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2010, 23. zk.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. eta CRESPO BARQUERO, P. «Título VII Bis. De la trata de seres humanos», CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Zuz.). *Código Penal Comentado. Con concordancias y jurisprudencia. Actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010. Tomo I. Arts. 1 al 318 bis*. Bartzelona: Bosch, 2012, Hirugarren Argitalpena.

CORCOY BIDASOLO, M. eta MIR PUIG, S. «Título VII Bis. De la Trata de Seres Humanos», CORCOY BIDASOLO, M. eta MIR PUIG, S. (Zuz.). *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. Valentzia: Tirant lo Blanch, 2011.

CUGAT MAURI, M. «La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)», QUINTERO OLIVARES, G. (Zuz.). *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*. Zizur Txikia: Civitas-Thomson Reuters, 2010.

CULLEN-DUPONT, K. *Human Trafficking*. Nueva York: Facts on File, 2009.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Granada: Comares, 2009.

—*El delito de trata de seres humanos*. Valentzia: Tirant lo Blanch, 2013.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. «Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea», RICHARD GONZÁLEZ, M., RIAÑO BRUN, I. eta

POELEMANS, M. (Koord.). *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*. Zizur Txikia: Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.

DE LEÓN VILLALBA, F.J. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Valentzia: Tirant Lo Blanch, 2003.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R. «Título VII Bis. De la Trata de Seres Humanos», GÓMEZ TOMILLO, M. (Zuz.). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid: Lex Nova, 2011, Bigarren Argitalpena.

DEL VALLE GÁLVEZ, A. «El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular», DEL VALLE GÁLVEZ, A. eta ACOSTA SÁNCHEZ, M.A. (Ed.). *Inmigración Irregular y Derecho. VIII Jornadas Autonómicas de Derecho Internacional Humanitario*. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005.

DELAS, O. eta PLOUFFE-MALETTE, K. “La Convention du Conseil de l Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains face au droit de l Union européenne”. *Criminologie*, 2013, 1. zk. (46. bol.).

EDWARDS, A. “Traffic in human beings: at the intersection of Criminal Justice, Human Rights, Asylum/Migration and Labor”. *Denver Journal of International Law and Policy*, 2008, 1. zk. (36. bol.).

GALLAGHER, A.T. *The International Law of Human Trafficking*. Nueva York: Cambridge University Press, 2010.

GARCÍA ARÁN, M. «Introducción», GARCÍA ARÁN, M. (Koord.). *Trata de personas y explotación sexual*. Granada: Comares, 2006.

GARCÍA SEDANO, T. “El tipo de trata de seres humanos”. *La ley penal*, 2014, 109. Zk.

GARCÍA VÁZQUEZ, S. “Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: la desprotección de las víctimas”. *Revista de Derecho Constitucional europeo*, 2008, 10. zk.

GUARDIOLA LAGO, M.J. *El tráfico de personas en el Derecho Penal Español*. Zizur Txikia: Aranzadi, 2007.

GUTIÉRREZ SELLER, A. “Tráfico de personas para la explotación laboral”. *Crítica*, 2006, 940. zk. (56. urtea).

HJARNO, J. *Illegal Immigrants and Developments in Employment in the Labour Markets of the EU*. Hampshire: Ashgate, 2003.

JIMENEZ, E. «La distinction problématique entre la traite des personnes et le trafic de migrants risque de laisser sans protection les victimes de la traite», CLAUDE, M., LAVIOLETTE, N. eta POULIN, R. *Prostitution et Traite des Êtres Humains. Enjeux nationaux et internationaux*. Ottawa: Les Éditions L Interligne, 2008.

JORDAN, B. eta DÜVELL, F. *Irregular Migration. The Dilemmas of Transnational Mobility*. Cheltenham: Edward Elgar, 2002.

KLEEMANS, E. eta VAN DE BUNT, H.G. «The social organisation of Human Trafficking», SIEGEL, D., VAN DE BUNT, K. y ZAITCH, D. (Ed.). *Global Organized Crime: Trends and Developments*. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 2003.

LLORIA GARCÍA, P. «Trata de Seres Humanos», BOIX REIG, J. (Zuz.). *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal)*. Madril: Iustel, 2010.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*. Zizur Txikia: Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.

MARAVAR GÓMEZ, M. «La Trata de Seres Humanos», DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Zuz.). *Estudios sobre las Reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*. Zizur Txikia: Civitas-Thomson Reuters, 2011.

MARTÍNEZ TEN, L. eta CORRAL, A.M. *La trata con fines de explotación sexual. Guía de formación para personal de la administración pública*. Madril: Instituto de la Mujer, Ministerio de Igualdad, 2010.

MARTOS NUÑEZ, J.A. «El delito de Trata de Seres Humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal». *Estudios penales y criminológicos*, 2012, 32. zk.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valentzia: Tirant Lo Blanch, 2010, Hemezortzigarren Argitalpena.

OBOOKATA, T. «A human Rights Framework to address trafficking of human beings». *Netherlands quarterly of Human Rights*, 2006, 3. zk. (24. bol.).

OTTENHOF, R. "Traite des personnes et criminalité organisée au plan Européen et International". *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 2003, 17. zk.

PÉREZ ALONSO, E. J. *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*. Valentzia: Tirant lo Blanch, 2008.

PÉREZ ALONSO, E. J. «Consideraciones político-criminales sobre el fenómeno migratorio actual y el Tráfico de personas», CORCOY BIDASOLO, M. eta MIR PUIG, S. (Dir.). *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*. Madril: Edisofer, 2009.

PÉREZ CEPEDA, A. I. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Granada: Comares, 2004.

PIOTROWICZ, R. «Human security and trafficking of human beings: the myth and the reality», EDWARDS, A. y FERSTMAN, C. (Ed.). *Human Security and Non-Citizens. Law, Policy and International Affairs*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

POMARES CINTAS, E. «El delito de trata de seres humanos», ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Zuz.). *Derecho Penal Español. Parte Especial (I)*. Valentzia: Tirant Lo Blanch, 2011, Bigarren Argitalpena.

REPETSKAIA, A. «Classifying the Elements of Human Trafficking Crimes», STOECKER, S. eta SHELLEY, S. (Ed.). *Human Traffic and Transnational Crime. Eurasian and American Perspectives*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2002.

RIJKEN, C. *Trafficking in persons. Prosecution from a European Perspective*. Haga: T.M.C. Asser Press, 2003.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. «Capítulo 4. Trata de Personas», ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Koord.). *Memento Experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*. Madril: Francis Lefebvre, 2010.

SANTANA VEGA, D. «Título VII Bis. De la trata de seres humanos», CORCOY BIDASOLO, M. eta MIR PUIG, S. (Zuz.). *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/205 y LO 2/2015*. Valentzia: Tirant lo Blanch, 2015.

SCARPA, S. *Trafficking in human beings: modern slavery*. Nueva York: Oxford University Press, 2008, 68.

SERRA CRISTÓBAL, R. eta LLORIA GARCÍA, P. *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*. Madrid: Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica), 2007.

SHELLEY, L. *Human Trafficking. A global perspective*. Nueva York: Cambridge University Press, 2010.

—«Human trafficking as a form of transnational crime», LEE, M. (Ed.). *Human Trafficking*. Oregon: Willan Publishing, 2010.

STARING, R. «Smuggling aliens Toward the Netherlands: the role of human smugglers and transnational networks», SIEGEL, D., VAN DE BUNT, K. eta ZAITCH, D. (Ed.). *Global Organized Crime: Trends and Developments*. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 2003.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Koord.). *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*. Zizur Txikia: Civitas-Thomson Reuters, 2011, Seigarren Argitalpena.

TERRADILLOS BASOCO, J.M. «Trata de Seres Humanos», ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. eta GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valentzia: Tirant lo Blanch, 2010.

UN.GIFT. GLOBAL INITIATIVE TO FIGHT HUMAN TRAFFICKING. «Human Trafficking: The Facts». Ikusi: http://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/labour/Forced_labour/HUMAN_TRAFFICKING_-_THE_FACTS_-_final.pdf.

UNODC. «Algunos datos relevantes sobre la Trata de Personas». Ikusi: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//sobre-unodc/Fact_Sheet_Dados_Trafico_de_Pessoas_geral_ESP.pdf.

VAN DIJK, F.H. eta VONK, P.A. «The European efforts in combating human trafficking for the purpose of labour exploitation; on milestones, migration, Member States and mutual assistance», RIJKEN, C. (Ed.). *Combating Trafficking in Human Beings for Labour Exploitation*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2011.

VAZ CABRAL, G. *La traite des êtres humains: réalités de l'esclavage contemporain*. Paris: La Découverte, 2006.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de Trata de Seres Humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*. Zizur Txikia: Aranzadi, 2011.

—«Título VII Bis. De la Trata de Seres Humanos», QUINTERO OLIVARES, G. (Zuz.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Zizur Txikia: Aranzadi, 2011, Bederatzigarren Argitalpena.

WYLIE, G. eta MCREDMOND, P. «Introduction: Human Trafficking and Europe», WYLIE, G. eta MCREMOND, P. (Ed.). *Human Trafficking in Europe. Character, Causes and Consequences*. Nueva York: Palgrave Macmillan, 2010.

Troncalidad, Indignidad Sucesoria y Orden Público Interregional*

JONATAN MANRIQUE SAMPEDRO

Graduado en Derecho

Universidad de Deusto

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 25/10/2018

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 12/11/2018

Resumen: El análisis de la institución de la troncalidad vizcaína y su configuración jurisprudencial y doctrinal plantea problemas en relación a los supuestos de la indignidad sucesoria de los parientes tronqueros o el carácter de excepción de orden público que puede corresponder a esta institución vizcaína y que no encuentra un acomodo fácil en el ámbito del Derecho interregional español. De ahí que sea necesario, como se propone en este caso, la obtención de conclusiones que permitan avanzar en este campo.

Palabras-clave: Troncalidad, indignidad sucesoria, excepción de orden público, Derecho interregional.

* El presente trabajo fue premiado en la segunda edición del Premio Adrián Celaya de la Academia Vasca de Derecho para jóvenes juristas.

Laburpena: Bizkaiko tronkalitatearen erakundearen nondik norakoak, dela jurisprudentziaren aldetik, dela doktrinaren aldetik, zehatz aztertzen dira lan honetan. Izan ere, tronkalitateak arazoak ditu senide tronkeroen oinordetza ez-duintasun kasuetan edota orden publikoaren salbuespen arloetan. Hartara, erakunde honek ez du sarrera erosoak Espainiako lurraldeen arteko Zuzenbidean. Horrexegatik, lan honen ondorioek helburu jakina dute, eremu honetan aurrerakuntzak eskuratzea.

Gako-hitzak: Tronkalitatea, oinordetza ez-duintasuna, ordena publikoaren salbuespena, lurraldeen arteko Zuzenbidea.

Abstract: The Biscayne Real Estate Trunk Lineage Statute and its jurisprudential and scholar understanding is problematic regarding the topic of heirs' indignity to inherit versus the public policy exception of the aforementioned Biscayne legal institution. There is no easy solution among the Spanish interregional regulation. Therefore the need of achieving conclusions in this area in order to progress.

Key-words: Real Estate Trunk Lineage Statute, indignity to inherit, public policy exception, interregional regulation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA TRONCALIDAD VIZCAÍNA. 1. Evolución legislativa y regulación actual. 2. Interpretaciones jurisprudenciales. 3. Interpretaciones doctrinales. III. LA INDIGNIDAD SUCESORIA. 1. Concepto. 2. Fundamentos. IV. LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO. 1. Presupuesto y Concepto. 2. Derecho Sucesorio. 2.1. *Interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales*. V. EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO EN DERECHO INTERREGIONAL. 1. Antecedentes legislativos. 2. Interpretaciones doctrinales. 3. Interpretaciones jurisprudenciales. 4. El artículo 16.1.2º del Código Civil. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES. 1. Bibliografía. 1.1. *Libros*. 1.2. *Capítulos de libros*. 1.3. *Artículos publicados en revistas o periódicos*. 2. Legislación. 3. Jurisprudencia. 3.1. *Jurisprudencia interna*. 3.2. *Jurisprudencia Internacional*.

I. INTRODUCCIÓN

La realidad legislativa existente en España, caracterizada por la coexistencia de un Derecho Civil Común, junto a los múltiples Derechos Civiles, Forales y Especiales desarrollados por las Comunidades Autónomas, implica en materia de Derecho Sucesorio la existencia de una heterogénea realidad normativa en el seno del territorio nacional; con las consiguientes repercusiones que ello tiene en las facultades de los individuos a la hora de ejercer sus Derechos.

Ante esta pluralidad y diversidad sucesoria existente a nivel estatal, la reforma operada por la Ley 5/2015 ha logrado una formulación positiva del Derecho Vasco, unificado para toda nuestra Comunidad Autónoma, que compila el sustrato jurídico consuetudinario común; constituyéndose con ello un sistema jurídico completo y autointegrado, con remisión dinámica al Derecho Civil Común como Derecho supletorio, siendo las disposiciones y principios de este último únicamente aplicables en materia sucesoria, a los que tengan vecindad civil vasca “*en defecto de ley o costumbre foral aplicable*”.

Los principios generales del Derecho propio se erigen por tanto como una fundamental herramienta de interpretación, información, integración e inspiración del Derecho Civil Vasco. Son principios que, respetando el de seguridad jurídica respecto a la interpretación de las leyes, recogidos en los artículos 9.1 CE y 3.1 CC respectivamente, y la prelación de fuentes del Derecho, evitan aplicar normas y otros principios inspiradores de sistemas jurídicos diferentes que pudieran desnaturalizar el sentido del propio sistema vasco.

En este contexto, la propiedad se ve arropada igualmente por los principios inspiradores que constituyen la esencia del Derecho Civil Vasco y de su sociedad; sus formas de transmisión y sucesión se contagian de la solidaridad y funciones sociales tradicionalmente arraigadas en nuestro Derecho Privado, instituyéndose de este modo los principios rectores como elementos interpretativos e inspiradores del Derecho Sucesorio Vasco.

Todo ello se plasma en una de las instituciones jurídicas más arraigadas, peculiares y discutidas del Derecho Civil de Vizcaya: la troncalidad. El legislador vasco ha decidido mantenerla a pesar de sus detractores, y responde a la concepción familiar, comunal o social del derecho a la propiedad; jugando de este modo un papel crucial en la conservación y sostenimiento de la sociedad rural, en la que el caserío era el centro de todo y la troncalidad era el instrumento para su conservación. La conservación y transmisión íntegra de la hacienda familiar se instituye como un principio presente en todas nuestras antiguas leyes forales, puesto que la unidad de la hacienda familiar se logra, casi siempre, a través de la troncalidad.

No obstante, dicha institución convive con otras reguladas el Código Civil Español, cuya concurrencia en un supuesto de hecho podría suponer un conflicto a la hora de determinar la preferencia en su aplicación. En este sentido nos referimos a las causas de indignidad, así como a las justas causas para la desheredación, recogidas en el Derecho Común.

En esta línea, frente a lo dispuesto en el Código Civil en sus respectivos artículos 756 y 852 “*son incapaces de suceder*” y “*son justas causas para la desheredación*”; el artículo 62 de la Ley 5/2015 dispone: “*el propietario de los bienes troncales solamente puede disponer de ellos respetando los derechos de los parientes tronqueros*”, siendo los actos de disposición que contravenzan lo enunciado en el artículo 62, anulables a instancia de los parientes tronqueros durante cuatro años.

Por consiguiente, la problemática se origina con la confluencia en un mismo individuo de la condición de tronquero único preferente, conforme al Derecho Civil Vasco; y de persona excluida de una determinada herencia, en virtud del Derecho Común. Una situación que implicaría contraponer los principios inspiradores de ambos sistemas; la función social y el principio de solidaridad, por medio conservación de los bienes raíces en la familia, como ejes de la concepción vasca de la propiedad; enfrentados a la voluntad del Código Civil, que por razones éticas y morales impone una sanción civil al indigno, que ha realizado ciertos y determinados actos que merecen la censura de la ley.

A lo largo del presente estudio, abordaremos la cuestión en aras de obtener una solución a la convergencia de ambas realidades jurídicas, originada por la pluralidad legislativa imperante en la ordenación del Derecho de sucesiones en España.

Para ello, en primer lugar centraremos nuestro estudio en la troncalidad vizcaína y sus fundamentos y, partiendo de un estudio jurisprudencial y doctrinal de la institución, desglosaremos los principios en los que se cimienta. Asimismo, plantearemos la posibilidad de aclarar esta problemática únicamente conforme a la vecindad civil; circunscribiendo la solución a la confluencia de ambas instituciones, a la delimitación del ámbito de aplicación personal del Derecho civil común, con la sujeción estricta a sus prerrogativas y principios en materia sucesoria por parte de aquellos que detenten dicha vecindad.

En segundo lugar, efectuaremos un análisis de la figura de la indignidad sucesoria del Código Civil, destacando las causas de su existencia y los principios en los que se instituye.

Una vez concluida nuestra actividad exegética acerca de las dos instituciones, examinaremos las posibles soluciones aportadas por la doctrina y la jurisprudencia a su confluencia.

En este sentido, partiremos de un estudio de la cláusula de orden público, recogida en el artículo 12.3 del Código Civil y de su aplicación en materia sucesoria Internacional. Esto último, unido a una exposición de los pronunciamientos doctrinales referidos a la excepción de orden público en Derecho Interregional, nos permitirá determinar si la controversia objeto de estudio puede solventarse por medio de este concepto específico de Derecho Internacional Privado.

II. LA TRONCALIDAD VIZCAÍNA

Bajo el presente epígrafe, procederemos al estudio de una de las instituciones con mayor simbolismo y enraíce en el Derecho Foral de Vizcaya, manifestación del carácter familiar y solidario de la propiedad, así como de los principios inspiradores de la Ley Civil Vasca: la troncalidad.

Para vislumbrar la magnitud de la problemática que acarrea la convergencia en un mismo individuo de la condición de tronquero único preferente, en virtud del Derecho Civil Vasco; y de persona excluida de una determinada herencia, conforme al Derecho Común; resulta preceptivo discurrir previamente acerca de los fundamentos en los que se erige la troncalidad, siendo inexcusable a tal efecto partir de un análisis de la evolución normativa de la tradicional institución vizcaína.

1. Evolución legislativa y regulación actual

Las modificaciones acontecidas en el Derecho Civil Vasco históricamente, expresión de la permeabilidad y mutabilidad de nuestra legislación foral, han permitido caracterizarlo tradicionalmente como un “Derecho Vivo”, acondicionado a las necesidades que presentaba la sociedad vasca en cada época¹.

La troncalidad no se ha mostrado ajena a esta característica esencial del Derecho Civil Vasco; y si bien la institución se ha mantenido inamovible en nuestra legislación, su regulación se ha mostrado cambiante a lo largo de los siglos.

En este orden, los derechos derivados del principio de troncalidad, llamados a preservar los bienes raíces en el seno de la familia de la que proceden frente a una enajenación a terceros, aparecen ya tanto en el Fuero Viejo de Vizcaya de 1452² como en el Fuero Nuevo de 1526³. Con ello,

¹ MONASTERIO ASPIRI, Itziar. “La metodología: prácticas y principios del análisis de documentos. Derecho Civil Foral (ss. XVII-XIX). En: *Derecho Civil Vasco del Siglo XXI: de la ley de 2015 a sus desarrollos futuros. Jornadas celebradas en Bilbao*. Vitoria. Ed.: Parlamento Vasco, 2016, p. 59.

² FUERO VIEJO de Vizcaya de 1452, Capítulo CXIV: “*Que no se faga donación á extraño de raíz habiendo herederos y descendientes*”. FUERO VIEJO de Vizcaya de 1452, Capítulo LXXXIV: “*Otrosí, dijeron que hablan de fuero é costumbre si alguno vendiere o quisiere vender algunos bienes raíces que los vendan llamando primeramente en la anteiglesia donde esta la tal heredad, en tres domingos en renque, como lo quiere vender, é si vendiere sin facer primeramente los tales llamamientos y después algun pariente propincuo mas cercano del deudor de la línea mas cercana donde depende de tal heredad, de dar al tal propincuo pariente la tal heredad (...) por derecho de la compra de la tal heredad el tal propincuo que lo demandare por dicho precio fasta tres años del día que fino la tal venta, é el tal comprador non pueda escusar por decir que dentro del año é día non le fue mandado, non está en razón que el que no es sabedor pierda su derecho...*”.

³ FUERO NUEVO de Vizcaya de 1526, Ley I del Título XVII: “*Primeramente, dixeron Que havian de Fuero, y establecian por Ley, que si alguno quisiere vender algunos bienes raíces (...) declarando como los quiere vender, y si los quieren profincos; y así llamado, si durante los dichos llamamientos parecieren á se oponer algunos, diciendo que son profincos, y que quieren haver los dichos bienes, como tales profincos á precio de Honres buenos; que la tal oposición hagan en presencia de Escribano público, y lo hagan notificar al tal vendedor...*”.

la incorporación de la troncalidad en todas nuestras antiguas leyes forales se identificaba con una regulación por ley de los usos y costumbres que se daban en la práctica; en unos territorios en los que la conservación y transmisión íntegra de la hacienda familiar se instituía como un principio inalienable.

El principio de la función social de la propiedad, emblemático en nuestro ordenamiento jurídico consuetudinario⁴, y posibilitado tradicionalmente a través de la vinculación de la raíz vizcaína a la familia vizcaína⁵ derivada de la troncalidad de los bienes raíces; explica que la institución se mantuviera igualmente inamovible en la Compilación del Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava, aprobada por Ley de 30 de julio de 1959⁶.

FUERO NUEVO DE Vizcaya de 1526, Ley VI Título XVII: “Otro sí, dixeron: Que havian de Fuero, y establecían por Ley; que si acaeciére que algun Vizcaíno vende biens raíces algunos de Vizcaya, sin dar primero, sin dar primero los dichos llamamientos en la Ante-Iglesia; que en tal caso, los Hijos, ó Parientes mas profincos de aquella línea, puedan sacar los tales bienes. Y si acudieren después de passado año, y día, no oydo, ni admitido, salvo juramento, y solemnidad que haga, que no supo de dicha venta...”.

FUERO NUEVO DE Vizcaya de 1526, Ley XVI Título XX: “Que la rayz comprada sea la mesma condición que ha heredado. Otro sí, dixeron: Que habían por Fuero, y establecían por Ley, que toda rayz, que...”.

FUERO NUEVO DE Vizcaya de 1526, Ley XVIII Título XX: “A quién, y de que bienes se puede hacer donación, ó manda. Otro sí, dixeron: Que habían de Fuero, uso y costumbre, y establecían por Ley, que...”.

⁴ GOIKOETXEA OLEAGA, Lorenzo. “La función social de la propiedad y los principios patrimoniales del Derecho Civil Vasco”. En: *Derecho Civil Vasco del Siglo XXI: de la ley de 2015 a sus desarrollos futuros. Jornadas celebradas en Bilbao*. Vitoria. Ed.: Parlamento Vasco, 2016, p. 261.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, del 22 de diciembre de 1962, Ponente RODRÍGUEZ VALCERDE, Francisco: Considerando, séptimo: “Uno de los principios cardinales del Fuero es el de la troncalidad, o sea, el de la vinculación de la raíz vizcaína a la familia vizcaína...”.

⁶ Ley de 30 de julio de 1956 sobre Compilación del Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava, en sus artículos 51 y 57 respectivamente:

“Los parientes tronqueros, según el orden establecido en el artículo 7 y grado de proximidad a la raíz, tienen un derecho preferente de adquisición de los bienes troncales de su línea respectiva que

Las posteriores reformas no fueron ajenas a esta particular concepción de la familia, de la propiedad y del espíritu solidario de nuestra sociedad; y la ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco consagraba a la troncalidad en su Libro Primero relativo al Fuero Civil de Vizcaya los artículos 17 a 26, y a la troncalidad y demás derechos de adquisición preferente los artículos 112 a 127; siendo significativa la redacción de la Exposición de Motivos:

“La más destacada peculiaridad del Derecho Civil de Bizkaia es, sin duda, el profundo arraigo del principio de troncalidad, que se manifiesta tanto en la sucesión testada como en la intestada, en los actos ‘inter vivos’ o ‘mortis causa’, a título oneroso o lucrativo, y con una fuerza muy superior a la que se conoce en todos los países de nuestro entorno, incluidas las regiones forales de la zona pirenaica”.

Es por todo lo expuesto que la nueva Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (en adelante LDCV), derogatoria de la Ley 3/1992, continúa reflejando la importancia de la troncalidad en la sociedad vasca; ocupando la tradicional institución los artículos 61 a 71; y los derechos troncales de adquisición preferente los artículos 72 a 87; puesto que, en palabras textuales del cuerpo legal *“la troncalidad protege el carácter familiar del patrimonio”*.

La permanencia de la troncalidad y de los derechos de adquisición preferente a lo largo de los sucesivos textos legales pone de relieve la profunda raigambre en nuestro derecho foral de la institución, revelándose

se intentare enajenar a título oneroso, derecho que podrá ejercitar respecto de todos o de cualquiera de los que hayan de ser objeto de enajenación”.

“Si la raíz troncal hubiere sido vendida sin previo llamamiento o mediando éste se efectuó aquella bajo precio o condiciones distintas de las expresadas en el edicto, los parientes tronqueros, legitimados para la adquisición podrán, en el plazo de un año, a contar de la inscripción en el Registro de la Propiedad y, en otro caso, desde que tuvieron conocimiento de la venta, pedir judicialmente la nulidad de la misma y que se les adjudique la raíz vendida por su justa valoración, que será pericialmente establecida en el propio procedimiento y en la forma que se establece en el artículo siguiente”.

como una de las manifestaciones de la realidad social vizcaína⁷. Pese a las modificaciones introducidas por el legislador más reciente, motivadas por la evolución experimentada por la sociedad vasca; la troncalidad continúa erigiéndose como la cualidad que tienen los bienes raíces en Vizcaya, a través de la cual se protege el carácter familiar de la propiedad, por medio del respeto de los derechos de los parientes tronqueros⁸.

Con ello, los actos de disposición que sobre la propiedad de los bienes raíces realice su titular deben respetar siempre aquellos derechos enunciados; puesto que, si bien la nueva ley acaba con la hasta ahora vigente nulidad de pleno derecho para aquellos actos de disposición *–intervivos o mortis causa–* a favor de extraños o de parientes no pertenecientes a la línea preferente de quien transmite, estableciendo una presunción de validez para aquellos; continúan aun así siendo impugnables a instancia de los parientes tronqueros durante cuatro años, por medio del ejercicio de una acción de anulabilidad.

Así pues, la concepción de la troncalidad como institución representativa de principios generales del Derecho propio tales como la solidaridad y la función social de la propiedad; unida a la remisión dinámica al Derecho Civil Común como Derecho supletorio contenida en el artículo 3 de la LDCV, en virtud de la cual las disposiciones y principios de este tienen exclusivamente virtualidad práctica *“en defecto de ley o costumbre foral aplicable”*; obstaculizarían una eventual aplicación de las causas de indignidad del Código Civil en detrimento de la tradicional institución vizcaína.

En efecto, la prevalencia de los principios generales del Derecho Civil Vasco, con acatamiento de el de seguridad jurídica respecto a la interpre-

⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, del 7 de diciembre de 2000, Sentencia nº5969/2000, nº de recurso 1/2000, Ponente GARCÍA JORRÍN, Magali: Fundamentos de Derecho, cuarto.

⁸ URRUTIA BADIOLA, Andrés María. *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. Barcelona. Ed.: Dykinson, 2016, p.99.

tación de las leyes, establecido en los artículos 9.1 CE y 3.1 CC respectivamente, y la prelación de fuentes del Derecho; induce a la inaplicación de normas y otros principios inspiradores de sistemas jurídicos diferentes que conlleven a la desnaturalización del sentido del propio sistema vasco; tal y como ocurriría en el caso de resultar de aplicación en este supuesto la indignidad sucesoria del Código Civil.

Es por ello que resulta difícil vislumbrar una solución a la confluencia de la condición de tronquero único preferente, conforme al Derecho Civil Vasco; y de persona excluida de una determinada herencia, en virtud del Derecho Común. Al no pronunciarse la Ley 5/2015 al respecto, el tenor literal del texto legal nos induce a considerar que la indignidad sucesoria por parte del tronquero único preferente no obstaría el ejercicio de la acción de anulabilidad antes enunciada; en tanto en cuanto se dispone expresamente por imperativo legal que los actos de disposición deben respetar los derechos de adquisición preferente; resultando aquellos en caso contrario impugnables durante cuatro años a instancia del tronquero único preferente, sin especialidad alguna en caso de indignidad o desheredación.

2. Interpretaciones jurisprudenciales

A pesar de no haber sido abordada por parte de la jurisprudencia la confluencia en un mismo individuo de la condición de persona indigna conforme al Código Civil, y de tronquero único preferente en virtud de nuestra legislación foral; los Tribunales si se han pronunciado acerca de la troncalidad vizcaína, resultando ilustrativas algunas manifestaciones referidas a la magnitud del arraigo de la institución en el Derecho de Vizcaya, así como a los fundamentos de su existencia.

En este orden, resultan esclarecedoras las expresiones empleadas en numerosas ocasiones por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (en adelante TSJPV) para referirse a la troncalidad vizcaína. A tal efecto, traemos a colación la sentencia de 2 de junio de 2004, la cual disponía en su Fun-

damento de Derecho Segundo: *“La preferencia reconocida a los parientes tronqueros y las limitaciones que esa preferencia conlleva no constituyen sino medios de protección a la troncalidad, que es institución clave en el derecho vizcaíno y cuya prevalencia debe mantenerse, por tanto, al interpretar las normas que regulan este instituto”*⁹.

La concepción de la troncalidad como institución esencial del Derecho Civil Vasco, inspiradora de toda la estructura normativa de nuestro derecho foral, e instrumental para la conservación del patrimonio familiar; está presente en la en la doctrina reiterada que en aplicación de la ley establece el TSJPV. En este sentido, se ha manifestado el Tribunal al establecer que *“la troncalidad, como institución básica del derecho foral vizcaíno, es de naturaleza compleja y está informando toda la estructura de éste, debiendo ser entendida e interpretada en la conjunción armónica de sus diversas instituciones, y en su manifestación más directa consiste en la adscripción de determinados bienes raíces a la familia, para la que han recibido la condición de troncales, siendo esa vinculación no un fin en sí misma, sino un medio encaminado a obtener la mayor estabilidad económica de la familia troncal”*¹⁰. De igual manera, entiende el TSJPV que *“en el Derecho Foral de Vizcaya, reducido hoy a regular el régimen de los bienes en la familia, tiene singular relevancia la institución de la troncalidad, en cuanto significa, dentro de la organización familiar, la vinculación a ella de los bienes raíces que le pertenezcan, y es de ahí de donde deriva la preeminencia que el Derecho Foral reconoce al matrimonio, como comunidad de vida que establecen los cónyuges para perpetuar, a través de ella, la familia troncal”*¹¹.

⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, del 2 de junio de 2004, Sentencia n°971/2004, n° de recurso 1/2004, Ponente BOLADO ZARRAGA, Nekane: Fundamentos de Derecho, segundo, párrafo tercero *in fine*.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, del 11 de septiembre de 1992, Ponente SATRÚSTEGUI MARTÍNEZ, José María: Fundamentos de Derecho, tercero, párrafo tercero.

¹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, del 24 de diciembre de 2002, Sentencia n°971/2004, n° de recurso 1/2004, Ponente ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián María: Fundamentos de Derecho, primero, párrafo sexto.

El Tribunal Supremo no se ha mantenido ajeno a la trascendencia de la troncalidad, en su condición de manifestación tanto de los principios inspiradores del Derecho Civil Vasco, como de la peculiar concepción familiar de la propiedad en la sociedad vizcaína; disponiendo igualmente en su sentencia de 11 de marzo de 2010 en lo relativo al principio de troncalidad que “*la más destacada peculiaridad del Derecho civil de Bizkaia es, sin duda, el profundo arraigo del principio de troncalidad que se manifiesta (...) con una fuerza muy superior a la que se conoce en todos los países de nuestro entorno, incluidas las regiones forales de la zona pirenaica*”¹².

3. Interpretaciones doctrinales

Con todo lo enunciado hasta el momento, y a tenor de los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos, podemos resaltar un factor común a todas las interpretaciones efectuadas en torno a la troncalidad; esto es, su profundo arraigo en la sociedad vizcaína desde hace más de cinco siglos, como proclamación de una función social y solidaria de la propiedad, alejada de la concepción individualista de los demás ordenamientos jurídicos. La cuestión radica por tanto en determinar si esta institución, como manifestación de una realidad social profundamente enraizada; incardina la manifestación de un orden público propio a nivel regional, erigido en los principios inspiradores de una legislación civil vasca cuya primera positivización data de 1452.

En este sentido se ha pronunciado Arriola Arana¹³, disponiendo que “*no procede aplicar las justas causas de desheredación para apartar a un tronquero único de la línea preferente*” puesto que “*los bienes troncales han de ir a parar*

¹² Sentencia del Tribunal Supremo, del 11 de marzo de 2010, Sentencia n°1721/2010, n° de recurso 827/2006, Ponente XIOL RÍOS, Juan Antonio: Fundamentos de Derecho, primero, párrafo sexto.

¹³ ARRIOLA ARANA, José María. “*La sucesión forzosa en la Ley 3/1992, de 1 de Julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco*”. En: *El Derecho Foral Vasco tras la reforma de 1992*. Bilbao. Ed.: Aranzadi, 1996, p. 269.

al mismo, ya que están destinados a él por un principio de orden público, imperativo, que se antepone a la voluntad del testador. Este no puede, por su sola voluntad, desviar los bienes del troncal familiar” dado que a su entender esto “*supone en cierto modo una sanción para toda la familia*”.

Un razonamiento como el efectuado por Arriola Arana, identificando la troncalidad con un principio de orden público, implicaría la “*existencia en el ámbito nacional de una pluralidad de órdenes públicos distintos, y por tanto, de organizaciones sociales, tablas de valores y grados de permisividad diferentes*”¹⁴; véase un orden público general y otros órdenes públicos regionales, emanados estos últimos de la fundamentación de las legislaciones forales.

A la dificultad que entraña esta cuestión, debemos añadir el problema de la territorialidad que se plantea en la troncalidad, entendiéndose que esta tiene como principal punto de conexión la situación de la finca en Tierra Llana de Bizkaia, o en Llodio y Aramayona¹⁵. Pese a que la vecindad civil vasca se instaure como la piedra angular de la LDCV, articulación de un sistema civil foral o especial propio para aquellos que tengan vecindad civil vasca; la troncalidad resulta excepcional al principio de que la vecindad civil es el criterio determinante del régimen de sucesiones¹⁶; pudiendo resultar igualmente de aplicación la institución vizcaína

¹⁴ FIGA FAURA, Luis. “El nuevo Título Preliminar del Código Civil y el derecho catalán”. *Documentación jurídica*. 1974, n°4, p.274-275.

¹⁵ GOROSTIZA VICENTE, José Miguel. “Estudio de la vigencia y valor actual de la troncalidad como limitación a la libertad de testar, en el desarrollo del Derecho Civil Vasco”. *Azpilcueta: cuadernos de derecho*. 2010, n°21, p.11.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, del 11 de marzo de 2010, Sentencia n°1721/2010, n° de recurso 827/2006, Ponente XIOL RÍOS, Juan Antonio: Fundamentos de Derecho, tercero, párrafo segundo.

“La troncalidad operará como excepción cuando resulte aplicable el Derecho común a una sucesión por haber perdido el causante la vecindad civil vizcaína, siempre que concurren los restantes requisitos para la efectividad de los derechos y deberes derivados de la troncalidad. Por derechos y deberes debe entenderse las limitaciones impuestas por el principio de troncalidad y la facultad de exigir su efectividad por los legitimados”.

a aquellos que no detenten la vecindad civil vasca. Esto último, consecuencia del principio de territorialidad en que se instituye la troncalidad, venía reflejado en originario artículo 10.3 del Código civil, como excepción a la aplicabilidad de la ley personal del causante en las sucesiones; disponiendo que “*los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos, en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana, a la Ley 15, título XX del Fuero de Vizcaya*”¹⁷.

La cuestión fue igualmente abordada tanto por Luis Chalbaud Errazquin¹⁸ como por Lecanda y Mendieta¹⁹. En lo relativo al principio de territorialidad, el primero dispuso que la ley del Fuero “*era una ley dada por el Señorío de Vizcaya (...) aquellos (...) que no estén sujetos a las disposiciones civiles de este Fuero, por no ser vecinos de anteiglesia, están, sin embargo, sujetos a ella en materia de troncalidad*”; añadiendo el segundo que aquello implicaba el reconocimiento del estatuto real de los bienes raíces del Infanzonado “*aun cuando sus dueños sean extraños a dicha tierra*”.

Es en este estatuto real de los bienes raíces donde resulta trascendental el análisis efectuado por Vallet de Goytisoló²⁰ de la fundamentación de la troncalidad vizcaína. En efecto, entiende el autor que pese a que principio de unidad sucesoria preponderante en Derecho Internacional se incline por la ley nacional o por la del último domicilio del causante a la hora de determinar la ley que rige una sucesión; en el caso de las normas

¹⁷ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, publicado en el BOE, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

¹⁸ CHALBAUD Y ERRAZQUIN, Luis. *La troncalidad en el fuero de Bizcaya: sucesión troncal, llamamientos en las transmisiones onerosas*. Bilbao. Ed.: Academia Vasca de Derecho, Colección Clásicos de Derecho Vasco, vol.3, 2005. Edición facsímil de la edición de Bilbao: Tipografía de Sebastián de Amorrortu, 1898, p. 56.

¹⁹ DE LECANDA Y MENDIETA, Manuel. *Memoria de las instituciones civiles que deben quedar vigentes en las Provincias Vascongadas: escritas con arreglo a lo dispuesto en el RD de 2 de febrero de 1880*. Bilbao: imprenta Provincial Iturrubide, 1890.

²⁰ VALLET DE GOYTISOLO, Juan. “La legítima en Derecho Foral de Vizcaya”. *Estudios de Deusto*. Enero-junio 1993, vol. 41/1, p. 217-218.

territoriales que protegen la conservación de los patrimonios agrarios, encontramos otros intereses en conflicto. Con ello, Vallet de Goytisolo dictamina que, al igual que ocurre en el *Code Civil* Francés de 1938, y en el *Codice Civile* Italiano de 1942; nos encontramos ante “*normas de interés nacional –o territorial o de la tierra– que, en lo preciso, deben aplicarse como excepción de la ley personal que rija la sucesión.*” Aun así, entiende que la Ley de 1992 “*debe entenderse partiendo de que es una disposición emanada de la Comunidad vasca, por lo cual sólo a los miembros de ella puede imponerse*”, pero continúa identificando el “*estatuto real, como norma en interés de la tierra*”.

La tesis de Vallet de Goytisolo suscita la misma incertidumbre que la de Arriola Arana anteriormente expuesta; puesto que, al describir el primero la troncalidad como una “*norma de interés nacional, territorial o de la tierra*”, y el segundo como un “*principio de orden público, imperativo*”; no podemos sino deducir a tenor de sus pronunciamientos que nos encontramos ante la manifestación de un orden público regional, emanado de la fundamentación de nuestra legislación foral, así como de sus tradicionales instituciones y de sus principios rectores.

Asimismo, tal y como veremos a continuación, la problemática se magnifica si contraponemos la troncalidad vizcaína con la indignidad sucesoria del Código Civil; puesto que si nos acogemos a la lectura efectuada por Vallet de Goytisolo y por Arriola Arana, nos encontraríamos en el seno del territorio nacional ante dos órdenes públicos contrapuestos, que de coincidir se deducirían incompatibles.

III. LA INDIGNIDAD SUCESORIA

En el presente apartado, vamos a proceder a análisis de una de las figuras jurídicas, excepcional al principio de intangibilidad de la legítima, que posibilita la privación de legítima a los que en principio tendrían derecho a ella: la indignidad para suceder.

No vamos a proceder al estudio de la figura de la desheredación, puesto que ello supondría redundar en vano en la materia objeto de exégesis. Las consecuencias de la confluencia en un mismo individuo de la condición de tronquero único preferente, conforme al Derecho Civil Vasco; y de persona excluida de la herencia, en virtud del Derecho Común, es la problemática que queremos abordar; siendo la figura de la indignidad suficientemente esclarecedora a tal efecto.

1. Concepto

Para comprender la figura de la indignidad sucesoria del Código Civil, debemos partir del requisito básico, cuya concurrencia en el heredero es *conditio sine qua non* para ostentar Derecho a la sucesión de otro individuo: la capacidad para suceder.

Sobre este requisito se pronuncia el Código Civil en el artículo 756, al decretar quienes son “*incapaces de suceder por causa de indignidad*”; de suerte que el individuo sobre el que recaiga aquella, carecerá de aptitud legal para ser heredero de otra; no pudiendo adquirir los bienes que le correspondiesen en virtud de esa sucesión. Es decir, el tenor literal del precepto invita a identificar la indignidad con la incapacidad; no pudiendo sino concluir que la capacidad para suceder de un determinado individuo en una concreta herencia queda supeditada, entre otras, a la no concurrencia en él de ninguna causa de indignidad²¹.

²¹ ALBADALEJO GARCÍA, Manuel. *Curso de Derecho Civil. T. V. Derecho de Sucesiones*. Madrid. Ed.: Edisofer, 2013, p. 85.

“*La tacha con la que la ley marca a las personas que han cometido determinados actos especialmente reprobables, en virtud de la que su autor queda inhabilitado para suceder al causante que lo padeció, a menos que este lo rehabilite*”.

“*El indigno, pues, no es inepto para suceder a cualquier causante, sino sólo a aquel respecto de quien es indigno*”.

Resulta revelador el pronunciamiento de Díez-Picazo y Gullón²², los cuales apuntan respecto a la figura del indigno que:

“Es indigno quien, frente al causante de una herencia a la que es llamado, ha realizado ciertos y determinados actos que merecen la censura de la ley.

Es una cuestión controvertida si la indignidad es una causa de exclusión de una sucesión o de incapacidad para suceder a una determinada persona”, si bien concluyen que: “[...] la indignidad es una causa de incapacidad para suceder de carácter relativo, o sea, en relación con una concreta sucesión”.

2. Fundamentos

La presente sección enraíza íntegramente en la problemática de nuestro estudio; puesto que para comprender la magnitud del dilema que acarrearía la confluencia en un mismo individuo de la condición de tronquero preferente y de persona indigna, resulta preceptivo un esclarecimiento previo de la fundamentación de ambas figuras. Solo así podremos dilucidar la posible solución que cabría adoptar ante tal coyuntura.

En lo relativo a la indignidad sucesoria, la generalidad de la doctrina suele atribuirle un doble fundamento subjetivo-objetivo²³: el subjetivo, que justifica la exclusión de la sucesión en base a una interpretación efectuada por la Ley de cuál sería la voluntad del testador si hubiese conocido del hecho reprobable del indigno; y el objetivo, según el cual el fundamento de la indignidad no estaría tanto en la voluntad presunta

²² DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho civil*. Madrid. Ed.: Tecnos, 2016.

²³ MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil. T. VI. Vol. I*. Madrid. Ed.: Reus, 1973, p. 80.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José, *La indignidad sucesoria en el Código civil español*. Madrid. Ed.: McGraw-Hill, Monografía de ciencias jurídicas, 1997, p.25-27.

del causante sino, más bien, en la voluntad de la ley misma, que por razones éticas y morales dispone una sanción civil, véase la pérdida de la herencia, al acto reprochable del indigno frente al causante. Es en esta segunda corriente donde reverberarían las consideraciones de moral social, obligando con ello al legislador a privar de la herencia a quienes se han hecho indignos de ella, según el común sentir.

Exponente de esta tendencia podría ser entre otros Valverde²⁴, para quien:

“La indignidad es una exclusión de la sucesión pronunciada a título de pena o privación de derechos contra el heredero culpable en relación al causante de la herencia, y por tanto, tiene un doble fundamento: de una parte la suposición de que si el difunto hubiere manifestado su voluntad, lo hubiera hecho en contra del indigno, y por otra, razones de moralidad impulsan al legislador a privar de la herencia a aquellas personas que han cometido tales hechos en contra del difunto, que a la conciencia pública o social repugnaría que fuera el autor de ellos sucesor de la víctima”.

A nuestro entender, la finalidad última de la institución entronca con este último planteamiento, al establecer el Código Civil un rechazo objetivo hacia determinadas conductas reprobables. La vertiente subjetiva expuesta carecería de virtualidad práctica; puesto que al disponer el causante de la figura de la desheredación para materializar cualquier decisión que adopte, la interpretación efectuada por la Ley de cuál sería su voluntad resultaría tan excesiva como exagerada.

Con ello, la lógica jurídica nos invita a fundamentar la indignidad en una causa objetiva; una previsión normativa que se impone *ope legis* cuando se dé alguna de las circunstancias previstas en la misma; operando

²⁴ VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Tratado de Derecho Civil Español. T.V: Parte especial. Derecho de Sucesión Mortis Causa*. Valladolid. Ed.: Talleres Tipográficos Cuesta, 1939, p.443.

de forma automática, al margen de la decisión del causante, que solamente tiene relevancia en los casos de rehabilitación del indigno previstos en el artículo 757 del Código Civil²⁵.

Nos encontramos ante un rechazo objetivo por parte del Código Civil, enraizado en sus valores éticos y morales; una sanción civil inspirada en los principios básicos y rectores del ordenamiento jurídico.

La indignidad sucesoria se erige como una manifestación de la voluntad de la Ley, la cual extrapola sus principios inspiradores al Derecho Sucesorio, impregnando de este modo sus instituciones con valores éticos y morales merecedores de tutela.

La máxima expresión de todo ello se encuentra en Derecho Internacional Privado; y tal y como desarrollaremos en el siguiente apartado, supone la imposibilidad de aplicar causas de indignidad extranjeras que colisionen y desnaturalicen nuestras instituciones sucesorias.

IV. LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO

1. Presupuesto y Concepto

El ordenamiento jurídico español, al igual que los demás sistemas jurídicos, no es ajeno a las posibles controversias que pueden suscitarse en los casos de tráfico externo, caracterizados por la presencia de uno o más

²⁵ En opinión de MANRESA es indigno aquel que teniendo capacidad para ser heredero, no puede, sin embargo, percibir la herencia por actos propios y personales, que no le hacen merecedor para suceder.

ÁNGEL LÓPEZ manifiesta que la indignidad supone una pena civil que conlleva a una pérdida de la posibilidad de retener la herencia de un cierto causante, por unas conductas del que sería sucesor que son consideradas de reprobables.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA entiende que el que se encuentra comprendido entre las causas previstas en el artículo 756 CC no puede ser beneficiario de la persona con la que ha tenido un trato “*desleal, desconsiderado o propiamente indigno*”.

factores de extranjería; de suerte que contempla la posibilidad de que las decisiones de los jueces puedan fundamentarse en lo prescrito por normas ajenas a nuestro propio ordenamiento, incluso en materia sucesoria.

No obstante, la aplicación de las normas de un ordenamiento extranjero por el Juez, sustentada jurídicamente en el mandato contenido en las normas de conflicto multilaterales que forman parte del sistema español de Derecho Internacional Privado, no implica en ningún caso un salto a lo desconocido²⁶.

El artículo 12.3 del Código Civil viene a establecer un límite o excepción que el Juez deberá observar con carácter general; y que el legislador formula con carácter absoluto, tal y como evidencia la expresión inicial del precepto “*en ningún caso*”, y que se concreta en un resultado negativo: la no aplicación de la “*ley extranjera*” por el Juez “*cuando resulte contraria al orden público*”²⁷.

La cláusula de orden público, integrada a partir de los valores y principios fundamentales del ordenamiento jurídico español; en particular, los de rango constitucional y los recogidos en los Convenios de Derechos Humanos ratificados por España, así como los intereses públicos o generales expresados en la propia Constitución o en otras normas de rango legal; se erige como un seguro frente a las normas de conflicto, delimitando con ello las fronteras de tolerancia de nuestro sistema jurídico²⁸.

Con todo, las dificultades para el intérprete surgen al tratar de delimitar en qué consiste el orden público. La contravención de la ley material

²⁶ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *Derecho Internacional Privado. Tratados y Manuales*. Pamplona. Ed.: Aranzadi, 2014, p. 338-339.

²⁷ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio y FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Artículo 12, apartado 3 del Código Civil. Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. T. I. Vol. II*. Jaén. Ed.: Edersa, 1995, p. 898.

²⁸ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *Derecho Internacional Privado. Tratados y Manuales*. Pamplona. Ed.: Aranzadi, 2014, p. 338.

extranjera con el “orden público”, referida por el artículo 12.3 CC, constituye un concepto jurídico indeterminado; un enigma jurídico que para algunos autores resulta imposible de definir²⁹.

Sin embargo, la incógnita ligada al concepto no se limita únicamente a su indeterminación, sino que se extiende igualmente a causa de su amplio empleo por parte del legislador en cada uno de los sectores del ordenamiento jurídico; distando de ser unívoco su significado en función del sector en que nos encontremos.

Aun así, pese a la disparidad existente en el seno de nuestro ordenamiento³⁰ podemos, desde un prisma puramente normativo, definir el orden público como “el sistema ideal de valores en el que se inspira el ordenamiento jurídico en su totalidad”, “el conjunto de concepciones fundamentales del Derecho que caracterizan, en un determinado momento histórico, a una comunidad estatal”³¹.

²⁹ Auto del Tribunal Supremo, del 24 de octubre de 1979, n.º 11 de 1979, Ponente DE LA VEGA BENAYAS, Carlos: *El “orden público” es una noción “... en extremo sutil, imprecisa e indeterminada” y que “escapa a toda definición”*.

³⁰ En la Constitución Española, el artículo 16, 1.º, alude al “orden público protegido por la ley” como límite del ejercicio de ciertas libertades constitucionalmente garantizadas, al igual que se hace en el artículo 21, 2, de la C. E. al referirse a una posible “alteración del orden público”. Mientras que en el artículo 149.1.29.a, se emplea otra noción muy próxima, la de “seguridad pública”.

En el sector Administrativo, el concepto se vincula con la protección de una situación social concreta, imprescindible en cualquier comunidad estatal: el orden y la paz pública. Por lo que desde una dimensión negativa se alude a la prevención y sanción de aquellos actos o conductas susceptibles de alterar el “orden público” (esclarecedor al efecto resulta el artículo 13, 1º, de la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio).

En el sector de las normas penales, como nos muestran los artículos 246 a 249 del Código penal –relativos a los “desórdenes públicos”–, son objeto de sanción aquellas conductas que atenten contra la “paz pública” o perturben el “orden público”.

³¹ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio y FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Artículo 12, apartado 3 del Código Civil. Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. T. I. Vol. II*. Jaén. Ed.: Edersa, 1995, p. 907.

La magnitud de la identificación del orden público con los valores jurídicos y concepciones fundamentales del Derecho, inspiradores de la totalidad del ordenamiento jurídico en una comunidad estatal, tiene consecuencias exorbitantes; siendo el efecto más inmediato su carácter obligatorio e inderogable para el propio ordenamiento jurídico³².

Esta caracterización conduce a una consecuencia ulterior igualmente vital: junto a la función positiva del orden público, como elemento inspirador de la totalidad del sistema; se instituye su función negativa y excluyente de impedir que tengan eficacia jurídica en la comunidad, la costumbre o los usos y aquellos actos o negocios de los particulares, realizados en el ejercicio de su autonomía privada, que sean contrarios a dichos valores jurídicos fundamentales. Y paralelamente, la de impedir que puedan integrarse en el ordenamiento estatal y, por tanto, que puedan tener eficacia jurídica, las normas, decisiones o sentencias extranjeras que sean incompatibles con los principios o valores del ordenamiento en el que han de integrarse.

2. Derecho Sucesorio

La vinculación del Derecho sucesorio con el Derecho de familia y con el régimen de la propiedad, íntimamente vinculados a las convicciones morales y sociales de los pueblos, así como al modo de pensar y de sentir de una determinada comunidad; explica la posible intervención del orden público en esta materia³³.

³² Sentencia del Tribunal Supremo, del 6 de febrero de 2014, Sentencia n°835/2013, n° de recurso 245/2012, Ponente SARAZÁ JIMENA, Rafael: Fundamentos de Derecho, tercero, ordinal 4, párrafo tercero: “*Orden público entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan*”.

³³ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano y AGUILAR GRIEDER, Hilda. “Estudios I: Orden Público y Sucesiones”. *Boletín del Ministerio de Justicia*. 2005, n° 1984, p. 854. AGUILAR NAVARRO, Mariano. *Derecho Civil Internacional*. Madrid. Ed.: Universidad Complutense, 1960, p.447.

Con ello, la intervención en materia sucesoria se plantea básicamente en tres direcciones. En primer término, con relación a los ordenamientos jurídicos de inspiración germánica, tales como Alemania y Austria, que permiten el testamento mancomunado o la sucesión contractual. En segundo lugar, respecto a los ordenamientos anglosajones, que admiten la libertad absoluta del testador para disponer de sus bienes. Y, finalmente, y con especial agudeza, frente a los ordenamientos islámicos, que admiten el matrimonio poligámico y establecen discriminaciones en los derechos sucesorios atendiendo a la religión o al sexo de las personas.

Vamos a centrar el presente apartado en este último supuesto, puesto que el conflicto de leyes se traduce en un conflicto cultural; de suerte que la intervención del orden público recogida en el artículo 12.3 del Código Civil, manifestación de los valores proclamados por nuestro ordenamiento jurídico, va a resultar indiscutiblemente justificada en materia sucesoria.

2.1. Interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales

Tal y como avanzábamos en el apartado relativo a la indignidad sucesoria, nuestra legislación civil exterioriza a través de dicha institución, privativa de los Derechos hereditarios, un rechazo objetivo fundamentado en sus valores éticos y morales, manifestación de la voluntad de la Ley, la cual extrapola sus principios inspiradores al Derecho Sucesorio.

Con ello, nuestro sistema sucesorio y sus instituciones quedan igualmente impregnados por el sistema ideal de valores en el que se inspira el ordenamiento jurídico en su totalidad; siendo preceptivo en materia de Derecho Internacional Privado hacer uso de la cláusula de orden público para salvaguarda de los valores y principios fundamentales del Derecho Sucesorio español.

En esta línea, frente a las incapacidades relativas para suceder reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico³⁴; en el Derecho musulmán el llamado “*infiel*”, esto es, el no musulmán, goza de una incapacidad relativa para suceder, ya que según la doctrina islámica no puede heredar del musulmán. Dicha discriminación sucesoria por razón religiosa plantea el problema de su contradicción con el principio de igualdad y no discriminación proclamado en el artículo 14 de la Constitución, y de la consiguiente intervención del orden público³⁵.

Asimismo, en lo relativo a las incapacidades absolutas para suceder —es decir, aquellas que impiden heredar con carácter general, en todo caso, de cualquier persona, tanto por testamento como sin él— frente a la percepción asentada en las legislaciones modernas de que las incapacidades absolutas no existen, y de que las conceptuadas como tales son en realidad supuestos de inexistencia de heredero³⁶; en el Derecho islámico, el apóstata, es decir, el que abandona la religión islámica, tiene una incapacidad absoluta para heredar *ab intestato* (ni de musulmanes ni de no musulmanes), ya que se considera que carece de personalidad jurídica. Esa discriminación sucesoria por razón religiosa plantea igualmente, como veremos, la cuestión de la inter-

³⁴ Véase la prohibición de las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto (art. 752 CC); la prohibición de la disposición testamentaria del pupilo a favor de su tutor hecha antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de este (art. 753 CC), o la prohibición de disponer el testador de su herencia a favor del Notario que autorice su testamento, o del cónyuge, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado, o de los testigos del testamento abierto, otorgado con o sin Notario, o de los testigos o personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales (art. 754 CC).

³⁵ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano y AGUILAR GRIEDER, Hilda. “Estudios II: Orden Público y Sucesiones”. *Boletín del Ministerio de Justicia*. 2005, n° 1985, p. 1126.

³⁶ SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. “Comentarios a los artículos 744 y 745 del Código Civil”. En: *Comentario del Código Civil*. T.I. Madrid. Ed.: Ministerio de Justicia, 1991, páginas 1848 y siguientes, p. 1848.

vención del orden público, en base al principio de igualdad y no discriminación proclamado en el artículo 14 de la Constitución.

En este sentido, la jurisprudencia ha considerado la aplicación de la cláusula de orden público como el cauce más apropiado para evitar la aplicación de disposiciones islámicas sucesorias discriminatorias; ya que en este último caso están en juego principios y valores contenidos en el Título I de nuestra Constitución, relativos a los derechos y deberes fundamentales.

Resulta esclarecedora al efecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 28 de octubre de 2008³⁷, relativa a la sucesión de un causante marroquí. En este supuesto, las prohibiciones para suceder de la *mudawana*³⁸ supusieron un pronunciamiento acerca del alcance y fundamento de la excepción de orden público en materia sucesoria.

En la presente sentencia, la Audiencia determinó que, si bien en virtud del artículo 9.8 CC resultaba de aplicación el Derecho marroquí en tanto que ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento era aquella; la herencia quedaba sujeta al Derecho español por la vía de la excepción de orden público prevista en el art. 12.3 CC; en tanto en cuanto la *mudawana* infringía en su art. 332 el orden público español; al prever una prohibición para suceder, en virtud de la cual no hay derecho de sucesión entre un musulmán y un no musulmán, ni tampoco en caso de que la filiación paterna sea negada legalmente.

En esta línea, la Audiencia Provincial llevó a cabo un juicio abstracto de la norma marroquí, en virtud del cual la misma vulneraba el principio constitucional de igualdad, siendo con ello incompatible con el orden público. En efecto, en el Fundamento de Derecho cuarto, se afirma que aplicar el citado art. 332 “*determinaría una vulneración del artículo 14 de la*

³⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, de 28 de octubre de 2008, Sentencia nº545/2008, nº de recurso 888/2007, Ponente RÍOS ENRICH, Mireia.

³⁸ Código de Familia marroquí.

*Constitución Española, que prohíbe cualquier discriminación por razón de nacimiento, filiación y por razón de religión*³⁹.

Ante tal disyuntiva, el Tribunal recurrió a la *lex fori* como ordenamiento de sustitución de la normativa extranjera descartada por la vía del correctivo del art. 12.3 CC, resultando con ello de aplicación el *Codi de Successions*, véase la normativa Catalana⁴⁰.

La misma línea es seguida por la doctrina, resultando de interés los pronunciamientos efectuados por Andrea Bonomi y Patrick Wautelet, los cuales sostienen que esta excepción del orden público es igualmente aplicable al caso de discriminación entre los hijos por razón de filiación⁴¹.

En un sentido similar, Gianluca Contaldi y Cristina Grieco se refieren a la discriminación sucesoria de los hijos extramatrimoniales como un supuesto contrario al orden público. Estos autores recuerdan la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴², contraria a la discrimi-

³⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, de 28 de octubre de 2008, Sentencia nº545/2008, nº de recurso 888/2007, Ponente RÍOS ENRICH, Mireia, Fundamento de Derecho cuarto: “*En definitiva, la aplicación del artículo 332, Título III, de la legislación marroquí sobre herencias, es claro en cuanto prohíbe derecho alguno a la herencia entre un musulmán y un no musulmán y en el caso de un hijo habido fuera del matrimonio (...) vulnera el artículo 14 de la Constitución Española, por lo que debemos aplicar la regla del orden público prevista en el artículo 12.3 del Código Civil que nos permite no aplicar la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público por colisionar con los principios básicos del ordenamiento jurídico español*”.

⁴⁰ CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012, de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*. Madrid. Ed.: Comares, 2015: propone dos alternativas: 1) la aplicación sucesiva de los demás criterios de los artículos 21 y siguientes del RES. 2) la aplicación de la ley del foro.

BUGUES GONZÁLEZ, José Luis y PALAO MORENO, Guillermo. *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*. Valencia. Ed.: Tirant lo Blanch, 2015: “*A la apreciación del orden público internacional se le ha asignado como efectos: el negativo, la exclusión del Derecho extranjero convocado, y el positivo, la aplicación, en su lugar, del Derecho del foro*”.

⁴¹ BONOMI, Andrea y WAUTELET, Patrick. *El derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento 650/2012, de 4 de julio de 2012*. Pamplona. Ed.: Aranzadi, 2015.

⁴² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 7 de febrero de 2013, ASUNTO Fabris v. Francia nº 16574/08 en la Página Web del Tribunal Europeo de De-

nación en el ámbito sucesorio de los hijos no matrimoniales; lo que les lleva a considerar que una norma que no atribuyese iguales derechos sucesorios a los hijos matrimoniales que a los extramatrimoniales contravendría el orden público interno de los Estados miembros, con cita expresa de los países de tradición musulmana, que solo reconocen la filiación legítima⁴³.

Para cerrar el presente apartado relativo a la intervención del orden público en materia sucesoria internacional, resulta preceptivo acudir a la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado (en adelante DGRN), de 20 de julio de 2016, referida a la adjudicación de una herencia realizada en aplicación del artículo 907 del Código Civil Iraní, por el cual el hijo varón del causante recibe el doble que la hija. La calificación del registrador fue confirmada por la DGRN, dictaminando el carácter contrario al orden público interno de la ley iraní, al establecer aquellas discriminaciones por razón de sexo en la sucesión intestada⁴⁴.

Si bien resulta evidente que la contravención por parte de normas sucesorias extranjeras en materia sucesoria posibilita la aplicación de la cláusula de orden público para salvaguarda de los principios inspiradores

rechos Humanos, <http://hudoc.echr.coe.int> (última consulta 10 de mayo de 2017); así como Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 1 de febrero de 2000, ASUNTO Mazurek v. Francia n° 34406/97 en la Página Web del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, <http://hudoc.echr.coe.int> (última consulta 10 de mayo de 2017): el Estado francés, protagonista de estos dos casos, no modificó su ley equiparando la filiación matrimonial con la no matrimonial hasta 2001.

⁴³ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; DAVÌ, Angelo y MANSEL, Heinz-Peter. *The EU Succession Regulation. A commentary*. Cambridge (UK). Ed: Cambridge University Press, 2016.

⁴⁴ Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 20 de julio de 2016, Fundamento de Derecho cuarto: “*La aplicación en España de la norma extranjera (...) incompatible con principios fundamentales o ideas eje que fundamentan el ordenamiento jurídico español como el principio de no discriminación (...) estando obligadas las autoridades españolas a garantizar el respeto a los principios indicados al valorar los resultados de la aplicación a que llama la norma de conflicto, por lo que no es posible atribuir efecto jurídico en España a una norma discriminatoria ni en la esfera judicial ni en la extrajudicial. (...) Constituye, por tanto, manifestación del orden público internacional del foro la interdicción de una situación discriminatoria como la planteada teniendo en cuenta además la especial vinculación del supuesto con el ordenamiento jurídico español*”.

de nuestro ordenamiento jurídico; la cuestión no resulta tan evidente cuando el conflicto se origina a nivel interregional.

La indignidad sucesoria, en su condición de institución integrante de nuestro ordenamiento jurídico, se erige como una manifestación de los valores éticos y morales de nuestro sistema; lo que se traduce a nivel inter-estatal en la imposibilidad de aplicar causas de indignidad extranjeras que colisionen con nuestros valores morales y sociales y la desnaturalicen.

No obstante, debemos plantearnos la cuestión a nivel interno: los mismos valores en los que se instituye la indignidad sucesoria, que justificaban la intervención del orden público a la hora de aplicar una norma extranjera; ahora chocan con los principios en los que se fundamenta la troncalidad vizcaína.

Debemos por tanto determinar si la excepción de orden público tiene virtualidad práctica en los conflictos interregionales.

V. EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO EN DERECHO INTERREGIONAL

Con todo lo expuesto hasta el momento, la problemática que suscita la contraposición de los principios inspiradores del Derecho sucesorio común con la concepción vasca de la propiedad nos invita a cuestionarnos si, en un mismo Estado, con una pluralidad de ordenamientos sobre una base territorial, cabe o no el planteamiento de que la norma vigente en uno de los territorios resulte inaplicable en otro por considerarla contraria al orden público de aquel.

1. Antecedentes legislativos

En el Código Civil de 1889⁴⁵, el artículo 14 disponía que:

⁴⁵ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, publicado en el BOE, núm.206, de 25 de julio de 1889.

“Lo establecido en los artículos 9, 10 y 11, respecto a las personas, los actos y los bienes de los españoles en el extranjero y de los extranjeros en España, es aplicable a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil”.

Entre dichas normas, el artículo 11 párrafo último contenía la excepción de orden público, estableciendo:

“No obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos y los bienes, y las que tiene por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero”.

A tenor de esta redacción primitiva, se planteaba la duda en torno a si esta excepción de orden público podía ser invocada en los conflictos interregionales.

En efecto, las regiones forales no han tenido producción propia en materia civil tradicionalmente –exceptuando el breve paréntesis republicano– y con la promulgación de las Compilaciones por el Estado, normas privativas para una región pero con fuente estatal; resultaba difícilmente concebible la excepción de orden público a nivel interregional, puesto que ello implicaría admitir la exclusión de una norma a otra aun habiendo emanado ambas de la misma autoridad.

2. Interpretaciones doctrinales

Siguiendo este razonamiento, la interpretación doctrinal más generalizada se ha mostrado tradicionalmente contraria a considerar la admisión de la excepción de orden público a nivel interregional. Así, Trias de Bes⁴⁶ decía que existe entre todas las legislaciones civiles regionales espa-

⁴⁶ TRIAS DE BES, Jose María. *Conception du Droit privé d'après la doctrine et la pratique en Espagne. Recueil des Cours. V. 31.* París. Ed.: Hachette, 1930, p. 663.

ñolas un mínimo de equivalencia jurídica, que permite aplicar la ley regional sin herir el orden público del territorio.

En la misma línea se posicionan tanto Lasala Llanas, para quién “*no cabe oponer al Derecho Foral la excepción de orden público*”⁴⁷; como Miaja de la Muela, el cual dispone que “*por profunda que sea la discrepancia de unas legislaciones forales con otras o con la común, nunca se puede llegar a este grado de incompatibilidad susceptible de hacer entrar en juego la excepción de orden público*”⁴⁸.

De igual manera, Celaya Ibarra⁴⁹ entiende que el orden público no debe existir en el Derecho interregional, llegando incluso a afirmar que lo que ocurre es que los juristas formados en el sistema del Código Civil son a veces reacios a asimilar las instituciones forales, motivo por el cual se busca el juego de la excepción.

Por último, Alegre González⁵⁰, refiriéndose al proyecto de reforma del Título Preliminar del Código Civil, razona que no puede plantearse la posibilidad de la actuación de la excepción de orden público; puesto que para ello sería necesario que las diversas regiones españolas tuvieran autonomía legislativa y elaborasen leyes en contradicción con sus preceptos tradicionales; así como que los diversos derechos regionales tuvieran fundamentos totalmente distintos entre sí, no siendo este el caso de España.

Por tanto, parecen evidentes las reticencias por parte de la doctrina a la hora de considerar como factible la intervención del orden público a

⁴⁷ LASALA LLANAS, Manuel de. *Sistema español de derecho civil internacional e interregional*. Madrid. Ed.: Revista de Derecho Privado, 1933, pp.43-45.

⁴⁸ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Reflexiones acerca de la elaboración de un nuevo sistema español de Derecho internacional Privado e interregional Estudios de Derecho público y privado*. Valladolid. Ed.: Universidad de Valladolid, 1966, p. 638.

⁴⁹ CELAYA IBARRA, Adrián. *Vizcaya y su Fuero civil*. Pamplona. Ed.: Aranzadi, 1965, pp. 65-68.

⁵⁰ ALEGRE GONZÁLEZ, Juan. *La excepción de orden público en derecho interregional privado español*. Madrid. Ed.: Revista de derecho privado, 1969, pp. 266-268.

nivel interregional. Si bien resulta verosímil la divergencia entre las distintas instituciones jurídicas emanadas de las diversas legislaciones forales; las disimilitudes, originadas por el sistema plurilegislativo español, no pueden presentar en ningún caso, según la doctrina, una magnitud tal que justifique la intervención de la cláusula de orden público; en tanto en cuanto todas las legislaciones forales son connacionales y emanan de una tradición jurídica común.

3. Interpretaciones jurisprudenciales

Con todo lo enunciado, podría parecer que la cuestión no plantea problemática, al entender la doctrina que la excepción de orden público carece de virtualidad práctica en los conflictos interregionales, por presentar las distintas legislaciones integrantes del sistema legislativo español un sustrato jurídico común. No obstante, si efectuamos un estudio desde el prisma jurisprudencial, comprenderemos que la disyuntiva dista de estar resuelta.

Para subrayar la trascendencia de la cuestión, traemos a colación la sentencia de 16 de octubre de 1906⁵¹; sentencia que, aun siendo anacrónica, resulta de gran interés por el pronunciamiento del Tribunal. En efecto, se trataba del caso de un navarro que tuvo una hija extramatrimonial que además vino disfrutando del status de hija natural. En este orden, tanto la Audiencia de Madrid como el Tribunal Supremo, entendieron que por ser navarro el padre, resultaba de aplicación el Derecho Navarro, véase las leyes romanas de la Partida.

No obstante, el Tribunal Supremo aplicó finalmente el artículo 129 del antiguo Código Civil, en relación con el 119, acogiéndose al razonamiento que sigue:

⁵¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de octubre de 1907. *Diccionario de la Administración Española* de MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo. Apéndice 1907, pp. 611-612.

“Porque dado el anacrónico concepto de hijo natural consignado en las leyes romanas, tanto más anacrónico cuanto es abiertamente contrario al sentido y al espíritu del derecho canónico, al de la legislación común y al de las ideas reinantes en las costumbre sociales”.

Al manifestarse en este sentido el Alto Tribunal, podríamos llegar a identificar la exclusión efectuada con una actuación de la excepción de orden público en el Derecho Interregional; al producirse la exclusión de la norma foral, aplicable en principio, por ser absolutamente contraria “*al espíritu de la legislación común y al de las ideas reinantes en las costumbres sociales*”; e interpretar el Tribunal que la concepción de hijos naturales contenida en las leyes romanas como la Partida estaba completamente “*destrada de las costumbres y de las modernas legislaciones*”, siendo por ello su mantenimiento “*insostenible*”.

Según el Tribunal Supremo, el fundamento de la solución aportada al efecto, consistente en la aplicación del Código Civil, “*no está en la debida o indebida aplicación de la legislación foral de Navarra, sino en la necesidad de suplir su deficiencia respecto de la cuestión debatida*”.

Tal y como anunciábamos, el pronunciamiento aportado, pese a datar de hace más de un siglo, resulta trascendental para abordar la problemática que incardina nuestro trabajo. En la situación presentada, el Alto Tribunal entiende que, pese a resultar aplicable la norma foral, la aplicación de aquella debe excluirse por contravenir “*el espíritu de la legislación común y de las ideas reinantes en las costumbres sociales*”; optando por la aplicación del Derecho Civil, una solución muy próxima a la que supondría emplear la excepción de orden público, véase “*la exclusión del Derecho extranjero convocado, (...), la aplicación, en su lugar, del Derecho del foro*”⁵². Aun así, al respecto se ha pronunciado Borrás Rodríguez, dictaminando que dicha

⁵² BUIGUES GONZÁLEZ, José Luis y PALAO MORENO, Guillermo. *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*. Valencia. Ed.: Tirant lo Blanch, 2015.

afirmación sería errónea, porque “*todos los derecho civiles vigentes en España son Derecho del foro*”⁵³.

Con todo, cabría plantear la posibilidad de extrapolar el presente planteamiento a la disyuntiva objeto exégesis; es decir, si el Tribunal, ante la convergencia en mismo individuo de la condición de tronquero único preferente conforme al Derecho Civil Vasco, y de persona excluida de la herencia conforme al Derecho Común; podría recurrir al mismo razonamiento, excluyendo la aplicación de la institución jurídica del Derecho Civil de Vizcaya por ser contraria “*al espíritu de la legislación común y de las ideas reinantes en las costumbres sociales*”, y mostrarse “*deficiente respecto de la cuestión debatida*”.

Ello implicaría únicamente efectuar un paralelismo entre ambas tesis; sosteniendo que, al igual que dictaminó el Tribunal que la concepción de hijos naturales contenida en la ley Foral era “*anacrónica*”, y por consiguiente su mantenimiento “*insostenible*”; la troncalidad, pese a su arraigo, lo es igualmente cuando confluye junto con las causas de indignidad del Código Civil, al ser estas reflejo de las consideraciones éticas y morales de la sociedad, así como del común sentir⁵⁴.

No obstante, la doctrina continúa sin identificar el presente como un caso en que el Tribunal hubiere empleado la excepción de orden público. Puig Ferriol⁵⁵ entiende que la aplicación del Código Civil se hace, tal y como anuncia la sentencia, “*como legislación supletoria de Navarra*”, y “*no habiendo, como no hay, en el Derecho particular de Navarra, nada que se oponga a tal extensión*”; por lo que lo que a su parecer el Tribunal Supremo no aplica la excepción de orden público; entendiendo que para ello hubiera

⁵³ BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría. *Calificación, reenvío y orden público en el derecho interregional español*. Barcelona. Ed.: Bellaterra, 1984, p. 81.

⁵⁴ VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Tratado de Derecho Civil Español. T.V: Parte especial. Derecho de Sucesión Mortis Causa*. Valladolid. Ed.: Talleres Tipográficos Cuesta, 1939, p. 443.

⁵⁵ PUIG FERRIOL, Luis y ROCA i TRIAS, Encarna. *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña. T. I*. Barcelona. Ed.: Bosch, 1979, p. 327.

tenido que declarar aplicable la norma romana y después dictaminar su inaplicabilidad por razón de la excepción de orden público.

Con todo ello, la cuestión dista de estar clara. Lo que resulta evidente es la inaplicación por parte del Tribunal de la norma foral que resultaría aplicable, amparándose en la protección del espíritu de la legislación común; técnica más que identificable, a nuestro entender, con la aplicación de la excepción del orden público.

Nuestras dudas al respecto se ven alimentadas si perseveramos en el análisis jurisprudencial de la época. A tal efecto, si traemos a colación la sentencia de 26 de junio de 1907⁵⁶, encontramos otra resolución problemática, en la que tampoco podemos afirmar tajantemente que no estemos ante un supuesto de actuación de la excepción de orden público.

En el presente supuesto, fallecido el padre, la madre de una menor entrega fincas de esta en pago de deudas, pese a la prohibición expresa del derecho aragonés derivada del *privilegium minorum*, ley aplicable a la controversia en cuestión. Con ello, la menor entabla años después de la mayoría de edad una acción, amparándose a tal efecto en la imprescriptibilidad prevista para aquella en el Derecho Aragonés.

Aun así, pese a resultar de aplicación dicha norma regional, el Tribunal Supremo aplica para el caso el plazo de prescripción previsto en el Código Civil, amparándose en el hecho de que la observancia única del *privilegio minorum* no puede significar que en cualquier tiempo puedan alegarse derechos perjudicados de algún menor; puesto que ello equivaldría a la inseguridad perpetua de la propiedad. Por tanto, nos encontramos ante una controversia del mismo calado que la evidenciada a tenor de la sentencia antes enunciada; puesto que el Tribunal opta por aplicar la legislación común en detrimento de la legislación foral que resultaría apli-

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre 1908. *Diccionario de la Administración Española* de MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo. Apéndice 1908, pp. 529-530.

able; razonando su decisión en la necesaria protección que requiere la concepción fundamental de la propiedad, y aduciendo que la aplicación de la normativa aragonesa desproveería dicha institución de la seguridad en la que se cimienta. Con ello, la fundamentación de la inaplicación de la normativa aragonesa, podría identificarse igualmente con la aplicación de la excepción de orden público.

Por último y para terminar con este aporte jurisprudencial, conviene enunciar la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1919⁵⁷, por sus similitudes con la problemática que sustenta nuestro estudio. En la sentencia de referencia, el Alto Tribunal no admite la preferencia del cónyuge sobre los colaterales en la sucesión intestada, pese a estar previsto así en el Derecho de Vizcaya; aplicando en su lugar las disposiciones del Código Civil.

Algunos autores, como Celaya Ibarra y Alegre González⁵⁸, sostienen que la aplicación del Código Civil efectuada por el Tribunal Supremo en este caso, se realiza en virtud de la excepción de orden público; y para sostener tal posicionamiento acuden a uno de los Considerandos de la sentencia, el cual establece que los principios del Derecho Foral y del Código Civil son “*conocidamente incompatibles*”, de suerte que el Alto Tribunal acaba “*discurriendo sobre el particular con mira al interés social y de orden público*”. En efecto, entienden ambos autores que tal preferencia del cónyuge se estima contraria al derecho natural; por lo que en realidad el Tribunal está formulando una excepción al orden público identificable con el concepto específico de Derecho internacional privado⁵⁹.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril 1920. *Diccionario de la Administración Española* de MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo. Apéndice 1920, p. 371.

⁵⁸ CELAYA IBARRA, Adrián. *Vizcaya y su Fuero civil*. Pamplona. Ed.: Aranzadi, 1965, pp. 65-68. ALEGRE GONZÁLEZ, Juan. *La excepción de orden público en derecho interregional privado español*. Madrid. Ed.: Revista de derecho privado, 1969, pp. 266-268.

⁵⁹ GRAVESON, Ronald. *Problems of Private international law in non-unified legal system*. V. 141. Boston (USA). Ed: Brill, 1974, p. 219; Matiza el autor que en conflictos internos

Habida cuenta de todos los pronunciamientos aportados, y pese a que los autores hayan venido tradicionalmente contemplando la excepción de orden público desde un prisma exclusivamente internacionalista ceñido a los supuestos del tráfico jurídico externo; la doctrina no se ha mostrado ajena a la posibilidad de que opere asimismo en el denominado Derecho interlocal, interterritorial o interregional.

No obstante, existen argumentos contrarios a la extensión del correctivo del orden público en una vertiente *ad intra*. El primero, y más evidente, radicaría en la naturaleza misma de los ordenamientos que cohabitan en el territorio español, inherente tanto a las legislaciones forales como a la legislación contenida en el Código Civil; esto es, su carácter connacional⁶⁰.

Con ello, y tal y como analizaremos en el siguiente apartado, resulta primordial abordar la cuestión partiendo de la regulación contenida en el Código Civil en su artículo 16.1.2. En esta línea, pese a las discrepancias doctrinales y jurisprudenciales en lo relativo a la aplicación de la excepción de orden público a nivel interregional expuestas; el Código dispone expresamente que los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas del Derecho internacional privado contenidas en el capítulo IV del nuevo Título Preliminar del Código; exceptuando las referentes a la calificación, el reenvío y el orden público. A continuación centraremos nuestra actividad exegética en dicho precepto, intentando conciliar su contenido e interpretación con la controversia suscitada por los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales enunciados.

como el presente se concilian los posibles órdenes públicos convergentes mediante el empleo de una terminología menos invasiva, como lo es el interés estatal.

⁶⁰ CALVO CARAVACA, Luis Alfonso. "La Doctrina del Interés Nacional y su ámbito espacial de aplicación". *Anuario de Derecho civil*. 1980, V.34, n°1, pp. 85-108.

4. El artículo 16.1.2º del Código Civil

En contraposición a las dudas que nos suscitaba la redacción primitiva del Código Civil de 1889 en sus artículos 11 y 14, abordada en el apartado referido a los antecedentes legislativos en la materia, y a tenor de la cual se generaba incertidumbre acerca de si la excepción de orden público tenía cabida en los conflictos interregionales; la redacción actual del artículo 16.1 y 16.1.2º respectivamente se muestra contundente al respecto, disponiendo su tenor literal lo que sigue:

“Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades:

No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público”.

En este orden, frente al límite de carácter absoluto contenido en el artículo 12.3, evidenciado por la expresión inicial del precepto “*en ningún caso*”, y que el Juez debía observar con carácter general a la hora de aplicar la “*ley extranjera*”⁶¹; los conflictos de leyes a nivel interregional quedan liberados de la eventual aplicación de la excepción de orden público.

La demarcación de las fronteras de tolerancia de nuestro sistema jurídico, encauzada a través de la cláusula de orden público, parece con ello dejar de tener virtualidad práctica en la vertiente *ad intra* del sistema, al no resultar de aplicación la limitación contenida en el artículo 12.3 del Código Civil, según la cual: “*En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*”.

⁶¹ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio y FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Artículo 12, apartado 3 del Código Civil. Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. T. I. Vol. II. Jaén. Ed.: Edersa, 1995, p. 898.

No obstante, el fundamento de la inaplicación de la cláusula de orden público en los conflictos interregionales no ha sido objeto de una interpretación unívoca por parte de la Doctrina, tal y como veremos a continuación.

En este orden, resulta esclarecedora la lectura efectuada por Lluís Figa Faura⁶², quien ha destacado la posibilidad desglosar la exclusión de la excepción de orden público contenida en el artículo 16.1 del Código Civil en dos sentidos.

La primera interpretación del precepto, y más patente, partiría de la base de que no puede hablarse más que de un único orden público en el territorio nacional. No obstante, matiza el autor que dicho planteamiento colisiona con la dificultad que entraña el sistema plurilegislativo español; caracterizado por las pronunciadas diferencias existentes, en cuanto a su contenido, entre las normas imperativas de las múltiples legislaciones forales.

La segunda exégesis del artículo 16.1 requeriría partir de la “*existencia en el ámbito nacional de una pluralidad de órdenes públicos distintos, y por tanto, de organizaciones sociales, tablas de valores y grados de permisividad diferentes*”; los cuales “*pueden y deben coexistir pacíficamente dentro de un orden menos pormenorizado, menos exigente pero más general, común a todas las comunidades nacionales*”. De dicho planteamiento resultaría la distinción de varios órdenes públicos: un orden público general y otros órdenes públicos regionales, emanados estos últimos de la fundamentación de las legislaciones forales, en tanto en cuanto aquellas son el eco de “*realidades sociales profundas y origen y causa de consecuencias económicas y sociales perfectamente visibles*”. Con ello, resultaría “*preciso prescindir de vagas referencias a un orden público unitario y emprender el estudio y la formulación de los varios órdenes regionales y del orden, más general, que los preside y los protege*”.

⁶² FIGA FAURA, Luis. “El nuevo Título Preliminar del Código Civil y el derecho catalán”. *Documentación jurídica*. 1974, n° 4, pp. 274-275.

Esta segunda interpretación ha sido objeto de la crítica de algunos autores. En efecto, Casanovas⁶³ manifiesta que la lectura efectuada por Figa Faura del orden público no es adecuada; puesto que la declaración de inaplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 12.3 del Código Civil en el orden interregional debe analizarse desde el especial sentido que la expresión orden público tiene en dicho precepto; esto es, abstrayéndose, a diferencia de la segunda interpretación de Figa Faura, de la tentación de esbozar un concepto general de orden público en base a otras disposiciones de nuestra legislación. Este posicionamiento es sustentado por Borrás Rodríguez⁶⁴, añadiendo que el reconocimiento de las particularidades y principios propios de las legislaciones forales no implica necesariamente que en ellas haya un orden público distinto, *“pues ello produciría un peligroso acercamiento a aquellos autores que entienden que el orden público debe actuar cuando se deba tener en cuenta la absoluta imperatividad de un orden jurídico superior, partiendo de la supraordinación de los ordenamientos”*.

En esta línea, y para evitar una interpretación como la expuesta, Bercovitz⁶⁵ entiende que la remisión a las normas de Derecho internacional privado contenida en el artículo 16.1 del Código Civil no ha de entenderse de manera rígida, sino de un modo matizada próximo a una aplicación analógica, de suerte que *“sólo una interpretación elástica de esa referencia al capítulo IV del Título Preliminar permite evitar resultados no queridos por el legislador, cuando no absurdos, inútiles o contrarios a la naturaleza de las instituciones”*. El mismo planteamiento es seguido por Delgado Eche-

⁶³ CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol. “Comentario al artículo 16.1 del Código Civil”. En: *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Madrid. Ed.: Tecnos, 1977, p. 744.

⁶⁴ BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría. *Calificación, reenvío y orden público en el derecho interregional español*. Barcelona. Ed.: Bellaterra, 1984, p. 86.

⁶⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. “Comentario al artículo 16.1 del Código Civil”. En: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. T. I*. Madrid. Ed.: Edersa, 1970, p. 521.

varría⁶⁶, quien entiende que una interpretación rígida de la norma del artículo 16.1.2º “obligaría a probar en juicio el contenido y vigencia de los Derechos civiles territoriales como si fueran Derecho extranjero en España”, situación cuanto menos inverosímil.

Con todo, y pese a las dispares interpretaciones del artículo 16.1 del Código Civil, la exclusión de la excepción de orden público en los conflictos internos en España es alabada en general por la doctrina. En efecto, estando integrado el orden público por los “*principios jurídicos públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos necesarios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada*”⁶⁷; resulta difícilmente concebible una coyuntura en el plano del Derecho interregional que requiera la inaplicación, instrumentalizada a través de la excepción de orden público, de las normas dictadas por la autoridad legislativa de una región en uso de sus competencias.

Asimismo, la inverosimilitud que acarrearía la aplicación de la excepción de orden público entre legislaciones connacionales queda reverenciada en el Auto del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1979, ya mencionado en el apartado 2 de nuestro estudio, referido a la excepción de orden público. En este orden, tras evidenciar en lo relativo a la excepción de orden público que nos encontramos ante una “*noción, en extremo sutil, imprecisa e indeterminada, escapa a toda definición por su contenido móvil, flexible y fluctuante*”; añade el Auto que “*por integrar la Constitución la cúspide del orden jurídico, en el cual se subsume el orden público*”, debemos remitirnos a ella para decidir acerca de la aplicación o no de una norma extranjera, recurriendo en su caso a la excepción de orden público.

⁶⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. “Comentario al artículo 16 del Código Civil”. En: *Comentarios al Código civil. T.I. Título Preliminar*. Barcelona. Ed.: Bosch, 2000, pp. 419-436.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966, Ref. Aranzadi, nº 1684 del año 1966.

De igual manera, al disponer el Tribunal que del “orden público podría darse una noción *hic et nunc*, aquí y ahora, de su sentido y alcance, siempre provisional, porque, distinto en el pasado, puede ser otro su sentido en el futuro o en otra circunstancia; (...) por ello es noción sujeta a variación y cambio, del mismo modo que varía las leyes, las costumbres y la misma moral social o ética colectiva”; las dudas que nos planteaban las sentencias de principios del siglo XX carecerían de virtualidad práctica en la actualidad, al entenderse que el sentido y alcance del orden público ha mutado desde entonces, más aun teniendo en cuenta la vigencia de la Constitución desde 1978, la cual subsume el orden público nacional contemporáneo⁶⁸.

Este pronunciamiento resulta capital para denegar la aplicación de la excepción de orden público en los conflictos interregionales: si los principios básicos del ordenamiento español actual son únicos y los encarna la Constitución en su condición de cúspide de nuestra legislación; no tendría cabida un razonamiento a *sensu contrario* que justifique la coexistencia de tantos órdenes públicos como legislaciones forales presenciemos.

La consideración de un único orden público, representado por la Constitución, entronca con la concepción consolidada de los intereses tutelados

⁶⁸ IRIARTE ÁNGEL, José Luis. “Conflictos de Leyes internos: Notas fundamentales de la situación actual”. *Academia Vasca de Derecho. Boletín JADO*. 2009, Año 7, n° 18, p. 58: “El principio general de que las mismas normas que sirven para regular los conflictos internacionales tienen aplicación para regular los conflictos internos (...) consagrado en el artículo 16.1 del Código Civil (...) es más fruto de una tradición arraigada en nuestro sistema, que de una reflexión jurídica en la que se hayan considerado las necesidades reales y los condicionantes actuales (...) el Tribunal Supremo en diversas sentencias del Siglo XIX (...) anteriores a la promulgación del Código Civil, tendió a aplicar a los conflictos internos las mismas reglas jurisprudenciales que aplicaba a los conflictos internacionales. Esta jurisprudencia inspiró el artículo 14 del primitivo Título Preliminar del Código Civil, el cual extendía las reglas de los artículos 9, 10 y 11, en la redacción entonces vigente, a los conflictos internos. Todos estos antecedentes propiciaron que en la reforma de 31 de mayo de 1974 se llegase a la actual redacción del artículo 16.1. Por lo tanto, este precepto consagra en el Derecho Positivo, una regla cuyo origen hay que buscarlo en un momento histórico en el que los condicionantes jurídicos y económicos eran muy distintos a los actuales (...) a mediados del Siglo XIX, las relaciones de tráfico externo de naturaleza internacional eran en España de una entidad muy modesta e, igualmente, el sistema normativo de Derecho Internacional Privado se encontraba muy poco desarrollado”.

por la aplicación de la cláusula de excepción de orden público. En efecto, si concebimos dicho límite como el mecanismo para la salvaguarda de los valores y principios fundamentales del ordenamiento jurídico español; en particular, los de rango constitucional y los recogidos en los Convenios de Derechos Humanos ratificados por España, así como los intereses públicos o generales expresados en la propia Constitución o en otras normas de rango legal; carecería de lógica jurídica la aplicación de la excepción de orden público a nivel interregional, al entenderse que todas las legislaciones forales presentan un sustrato jurídico común fundado en unos valores y principios compartidos, encarnados por nuestra Carta Magna.

Aun así, un posicionamiento tal no parece haberse planteado atendiendo a la problemática que incardina nuestro trabajo; puesto que, pese a que resulta ineludible que existe entre todas las legislaciones civiles regionales españolas un mínimo de equivalencia jurídica, que permite aplicar la ley regional sin herir el orden público del territorio⁶⁹; la concurrencia en un mismo individuo de la condición de tronquero único preferente, conforme al Derecho Civil Vasco; y de persona excluida de una determinada herencia, en virtud del Derecho Común; implicaría contraponer los principios inspiradores de ambos sistemas; la función social y el principio de solidaridad, por medio conservación de los bienes raíces en la familia, como ejes de la concepción vasca de la propiedad; frente a los principios básicos y rectores del Código Civil, que por razones éticas y morales impone una sanción civil al indigno, que ha realizado ciertos y determinados actos que merecen la censura de la ley, según consideraciones de moral social y el común sentir⁷⁰.

⁶⁹ TRIAS DE BES, Jose María. *Conception du Droit privé d'après la doctrine et la pratique en Espagne. Recueil des Cours*. V. 31. París. Ed: Hachette, 1930, p. 663.

⁷⁰ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen. "La Causa Séptima de Indignidad Sucesoria: Una medida de protección jurídica para personas discapacitadas". *Revista de Derecho UNED*. 2006, n° 1, p. 175.

En efecto, ante dicha problemática, el razonamiento del Tribunal Supremo en su célebre Auto de 1979 decaería, puesto que, si bien resulta manifiesto que las legislaciones civiles integrantes del sistema plurilegislativo español quedan subsumidas por un único orden público, simbolizado por la Constitución; resulta igualmente irrefutable que en la presente disyuntiva nos encontramos ante dos instituciones enfrentadas, erigidas en los principios inspiradores de dos legislaciones civiles, lo cual se identifica con la contraposición de dos órdenes públicos. Una situación que, por ahora, resulta de compleja aprehensión jurídica.

VI. CONCLUSIONES

Frente a la falta de aquiescencia acerca de la naturaleza de la heterogeneidad normativa existente en el territorio nacional, nuestro análisis no nos permite sino resolver, en atención a la problemática que incardina nuestro estudio, que las distintas instituciones emanadas de las múltiples costumbres forales de las que se compone la realidad legislativa en España, reflejan la existencia en el ámbito nacional de una pluralidad de órdenes públicos regionales. Si bien resulta evidente que la Constitución en su condición de cúspide del orden jurídico subsume el orden público, esto último no implica necesariamente que los principios básicos de las múltiples legislaciones forales sean únicos; sino más bien que nos encontramos ante varios órdenes regionales y un orden más general que los preside y los protege, siendo ello expresión de la riqueza cultural que caracteriza el ordenamiento jurídico español.

No obstante, a pesar de que dicha coyuntura haya sido interpretada tradicionalmente por la doctrina desde su vertiente positiva, orientada al acercamiento de los ordenamientos existentes a los principios constitucionales por entenderse que entre todas las legislaciones civiles regionales españolas existe un mínimo de equivalencia jurídica; las incompatibi-

lidades evidenciadas entre la condición de tronquero único preferente conforme al Derecho Civil Vasco, y la de persona excluida de una determinada herencia en virtud del Derecho Común, ponen de manifiesto las carencias de dicho planteamiento.

Junto a los aspectos positivos que suscitan tanto la diversidad legislativa en España como la pluralidad de órdenes públicos regionales, se instala la confrontación entre los principios inspiradores del Derecho Sucesorio Común y la concepción vasca de la propiedad; un dilema sin aparente solución jurídica.

Si bien el rechazo a la intervención de la excepción de orden público a nivel interregional por parte tanto del legislador como de la mayoría de la doctrina se deduce lógico y natural, por ser todas las legislaciones forales connacionales y presentar un sustrato jurídico común; debemos plantearnos la necesidad de considerar otra vía para resolver la controversia.

En efecto, la cuestión no suscitaría dudas si nos encontrásemos ante una norma civil emanada de una comunidad autónoma que violase los principios incluidos en la Constitución; puesto que la condición de aquella en calidad de encarnación del orden público, unida a la exclusión contenida en el artículo 16.1.2º a la aplicación de la excepción de orden público en los conflictos interregionales, nos llevaría al planteamiento de la inconstitucionalidad de la norma en cuestión. Este resultado sería razonable para un caso de contrariedad manifiesta con principios constitucionales básicos, puesto que carecería de toda lógica jurídica que una norma contraria a los principios básicos contenidos en nuestra Carta Magna quedase únicamente excluida en un caso concreto mediante la excepción de orden público, pero continuase en vigor.

No obstante, no podemos identificar bajo ningún pretexto la troncalidad vizcaína con una norma contraria a los principios constitucionales; la profunda raigambre en nuestro Derecho Foral de la institución como expre-

sión de la realidad social vizcaína, unida al amparo y respeto de los derechos históricos de los territorios forales profesado por parte de la Constitución en su Disposición Adicional Primera, impedirían acudir a esa vía.

Aun así, toda esta problemática podría haberse resuelto con mayor certeza y agilidad de haber sido prevista por el legislador vasco al regular la troncalidad en la Ley 5/2015; como ya hiciera al disponer expresamente las consecuencias de las causas de desheredación y de la incapacidad para suceder en la revocación de los pactos sucesorios y en la extinción del poder sucesorio otorgado al comisario.

Si bien estas dos últimas instituciones consagran los principios jurídicos de libertad civil para disponer de la herencia; instrumentalizan al igual que la troncalidad la tradicional indivisión del patrimonio familiar orientada a la protección del carácter familiar y solidario de la propiedad. Así pues, siendo única y concurrente la finalidad última de las tres instituciones, no podemos sino debatir acerca de cuál fue la voluntad del legislador vasco al establecer una diferente previsión para la troncalidad en aquellos casos en que confluyeren causas de desheredación o incapacidades para suceder; identificando quizá la presente con una vía abierta a la eventual aplicación por analogía de la regulación contenida para la revocación de los pactos sucesorios y la extinción de los poderes sucesorios otorgados. De cualquier modo, resulta especialmente inverosímil que ni siquiera se hiciera mención a aquellas actuaciones que por su gravedad implican ruptura del vínculo familiar, tales como haber sido condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes; puesto que si la troncalidad protege el carácter familiar del patrimonio, no alcanzamos a concebir el carácter familiar que ante dicha tesitura cabría legítimamente proteger.

Con todo, y pese a las dudas reveladas en este punto; conviene alabar la suavización y actualización de los efectos de la troncalidad introducida por la Ley 5/2015; encaminada a evitar la incidencia negativa de la tra-

dicional institución vizcaína en el tráfico jurídico de la sociedad actual. La progresiva mitigación de sus consecuencias más radicales permite abandonar de forma gradual la concepción de la troncalidad como una limitación a la libertad de contratación; dando paso a su reconocimiento como un instrumento más que el ordenamiento jurídico pone a disposición de la sociedad; pudiendo llegar incluso a esbozarse para futuro un encauzamiento de la troncalidad que la permita acabar erigiéndose más como una opción que como una obligación para aquellos que, en uso de su legítima libertad de disponer, quieran lograr la función social y familiar de la propiedad que la institución posibilita.

En este punto, tendremos que prestar especial atención a la interpretación que de la troncalidad vizcaína desarrollen los operadores jurídicos, dependiendo de aquella tanto la consonancia de la tradicional institución a las exigencias actuales, como la eventual solución a disyuntivas como la suscitada por la confluencia en un mismo individuo de la condición de tronquero único preferente, conforme al Derecho Civil Vasco; y de persona excluida de una determinada herencia, en virtud del Derecho Común.

VII. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

1. Bibliografía

1.1. Libros

AGUILAR NAVARRO, Mariano. *Derecho Civil Internacional*. Madrid. Ed.: Universidad Complutense, 1960.

ALBADALEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones*. Madrid. Ed.: Edisofer, 2013.

ALEGRE GONZÁLEZ, Juan. *La excepción de orden público en derecho interregional privado español*. Madrid. Ed.: Revista de derecho privado, 1969.

BONOMI, Andrea y WAUTELET, Patrick. *El derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento 650/2012, de 4 de julio de 2012*. Pamplona. Ed.: Aranzadi, 2015.

BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría. *Calificación, reenvío y orden público en el derecho interregional español*. Barcelona. Ed.: Bellaterra, 1984.

BUIGUES GONZÁLEZ, José Luis y PALAO MORENO, Guillermo. *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*. Valencia. Ed.: Tirant lo Blanch, 2015.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; DAVÌ, Angelo y MANSEL, Heinz-Peter. *The EU Succession Regulation. A commentary*. Cambridge (UK). Ed: Cambridge University Press, 2016.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012, de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*. Madrid. Ed.: Comares, 2015.

CELAYA IBARRA, Adrián. *Vizcaya y su Fuero civil*. Pamplona. Ed: Aranzadi, 1965.

CHALBAUD Y ERRAZQUIN, Luis. *La troncalidad en el fuero de Bizcaya: sucesión troncal, llamamientos en las transmisiones onerosas*. Bilbao. Ed.: Academia Vasca de Derecho, Colección Clásicos de Derecho Vasco, vol.3, 2005. Edición facsímil de la edición de Bilbao: Tipografía de Sebastián de Amorrortu, 1898.

DE LECANDA Y MENDIETA, Manuel. *Memoria de las instituciones civiles que deben quedar vigentes en las Provincias Vascongadas: escritas con arreglo a lo dispuesto en el RD de 2 de febrero de 1880*. Bilbao: imprenta Provincial Iturrubide, 1890.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho civil*. Madrid. Ed.: Tecnos, 2016.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *Derecho Internacional Privado. Tratados y Manuales*. Pamplona. Ed.: Aranzadi, 2014.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio y FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Artículo 12, apartado 3 del Código Civil. Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. T. I. Vol. II. Jaén. Ed.: Edersa, 1995.

GRAVESON, Ronald. *Problems of Private international law in non-unified legal system. V. 141*. Boston (USA). Ed: Brill, 1974.

ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE BILBAO. *El Derecho Foral Vasco tras la reforma de 1992*. Bilbao. Ed.: Aranzadi, 1996.

JADO Y VENTADES, Rodrigo de. *Derecho Civil de Vizcaya. Segunda edición (1923)*. Bilbao. Ed.: Academia Vasca de Derecho, Colección Clásicos de Derecho Vasco, 2004.

LASALA LLANAS, Manuel de. *Sistema español de derecho civil internacional e interregional*. Madrid. Ed.: Revista de Derecho Privado, 1933.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco. *Derecho Sucesorio. Cuaderno II. El testamento: el contenido de la institución. Su ineficacia. Ejecución. La defensa del Derecho hereditario. La sucesión testada y contractual*. Madrid. Ed.: Dykinson, 2012.

MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil. T. VI. Vol. I*. Madrid. Ed.: Reus, 1973.

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Reflexiones acerca de la elaboración de un nuevo sistema español de Derecho internacional Privado e interregional Estudios de Derecho público y privado*. Valladolid. Ed.: Universidad de Valladolid, 1966.

MONREAL ZIA, Gregorio. *The Old Law of Bizkaia (1452): introductory study and critical edition*. Reno (Nevada). Ed.: Center for Basque Studies, 2005.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *El espíritu de las leyes*. Barcelona. Ed.: Edicomunicaciones, 2003.

PARLAMENTO VASCO y REAL SOCIEDAD BASCONGADA DE LOS AMIGOS DEL PAÍS. *Derecho Civil Vasco del Siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros. Jornadas celebradas en Bilbao*. Vitoria. Ed.: Parlamento Vasco, 2016.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José, *La indignidad sucesoria en el Código civil español*. Madrid. Ed.: McGraw-Hill, Monografía de ciencias jurídicas, 1997.

PUIG FERRIOL, Luis y ROCA I TRIAS, Encarna. *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña. T. I*. Barcelona. Ed.: Bosch, 1979.

TRIAS DE BES, Jose María. *Conception du Droit privé d'après la doctrine et la pratique en Espagne. Recueil des Cours. V. 31*. París. Ed.: Hachette, 1930.

URRUTIA BADIOLA, Andrés María. *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)*. Bilbao. Ed.: Academia Vasca de Derecho, 2013.

URRUTIA BADIOLA, Andrés María. *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. Barcelona. Ed.: Dykinson, 2016.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Las legítimas*. Madrid. Ed.: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1974.

VALVERDEYVALVERDE, Calixto. *Tratado de Derecho Civil Español. T.V: Parte especial. Derecho de Sucesión Mortis Causa*. Valladolid. Ed.: Talleres Tipográficos Cuesta, 1939.

1.2. Capítulos de libros

ARRIOLA ARANA, José María. “La sucesión forzosa en la Ley 3/1992, de 1 de Julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco”. En: *El Derecho Foral Vasco tras la reforma de 1992*. Bilbao. Ed.: Aranzadi, 1996, pp. 215-270.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. “Comentario al artículo 16.1 del Código Civil”. En: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. T. I*. Madrid. Ed.: Edersa, 1970.

CASANOVASY LA ROSA, Oriol. “Comentario al artículo 16.1 del Código Civil”. En: *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Madrid. Ed.: Tecnos, 1977.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. “Comentario al artículo 16 del Código Civil”. En: *Comentarios al Código civil. T.I. Título Preliminar*. Barcelona. Ed.: Bosch, 2000, pp. 419-436.

GOIKOETXEA OLEAGA, Lorenzo. “La función social de la propiedad y los principios patrimoniales del Derecho Civil Vasco”. En: *Derecho Civil Vasco del Siglo XXI: de la ley de 2015 a sus desarrollos futuros. Jornadas celebradas en Bilbao*. Vitoria. Ed.: Parlamento Vasco, 2016, pp. 241-271.

GOROSTIZA VICENTE, José Miguel. “De la troncalidad en Bizkaia, Aramaio y Llodio”. En: *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves*,

texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial. Barcelona. Ed.: Dykinson, 2016, pp. 97-103.

MONASTERIO ASPIRI, Itziar. “La metodología: prácticas y principios del análisis de documentos. Derecho Civil Foral (ss. XVII-XIX). En: *Derecho Civil Vasco del Siglo XXI: de la ley de 2015 a sus desarrollos futuros. Jornadas celebradas en Bilbao*. Vitoria. Ed.: Parlamento Vasco, 2016, pp. 59-88.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. “Comentarios a los artículos 744 y 745 del Código Civil”. En: *Comentario del Código Civil. T.I*. Madrid. Ed.: Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1848 y siguientes.

1.3. *Artículos publicados en revistas o en periódicos.*

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano y AGUILAR GRIEDER, Hilda. “Estudios I: Orden Público y Sucesiones”. *Boletín del Ministerio de Justicia*. 2005, nº 1984, pp. 853-882.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano y AGUILAR GRIEDER, Hilda. “Estudios II: Orden Público y Sucesiones”. *Boletín del Ministerio de Justicia*. 2005, nº 1985, pp. 1123-1147.

CALVO CARAVACA, Luis Alfonso. “La Doctrina del Interés Nacional y su ámbito espacial de aplicación”. *Anuario de Derecho civil*. 1980, V.34, nº1, pp. 85-108.

FIGA FAURA, Luis. “El nuevo Título Preliminar del Código Civil y el derecho catalán”. *Documentación jurídica*. 1974, nº4, pp. 274-275.

GOROSTIZA VICENTE, José Miguel. “Estudio de la vigencia y valor actual de la troncalidad como limitación a la libertad de testar, en el desarrollo del Derecho Civil Vasco”. *Azpilcueta: cuadernos de derecho*. 2010, nº21, pp. 7-53.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen. “La Causa Séptima de Indignidad Sucesoria: Una medida de protección jurídica para personas discapacitadas”. *Revista de Derecho UNED*. 2006, nº1, pp.171-192.

IRIARTE ÁNGEL, José Luis. “Conflictos de Leyes internos: Notas fundamentales de la situación actual”. *Academia Vasca de Derecho. Boletín JADO*. 2009, Año 7, nº 18, pp. 53-94.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan. “La legítima en Derecho Foral de Vizcaya”. *Estudios de Deusto*. Enero-Junio 1993, Vol.41/1, pp. 203-223.

2. Legislación

“FUERO VIEJO de Vizcaya (1452)” en *Legislación Foral de Bizkaia*. Bilbao: Excma. Diputación Foral de Bizkaia, 1991, vol. I, pp. 105-215.

“FUERO NUEVO DE Vizcaya (1526)” en *Legislación Foral de Bizkaia*. Bilbao: Excma. Diputación Foral de Bizkaia, 1991, vol. I, pp. 217-390.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, publicado en el BOE. Núm. 206 de 25 de julio de 1889.

“Ley de 30 de julio de 1956 sobre Compilación del Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava” en *Legislación Foral de Bizkaia*. Bilbao: Excma. Diputación Foral de Bizkaia, 1991, vol. I, pp. 447-463.

Constitución Española, Boletín de Estado. Núm. 311 de 29 de diciembre de 1978.

Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, Boletín Oficial del Estado. Núm. 134 de 5 de junio de 1981.

Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, Boletín Oficial del País Vasco. Núm. 153 de 7 de agosto de 1992.

Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado. Núm. 281 de 24 de septiembre de 1995.

3. Jurisprudencia

3.1. Jurisprudencia interna

Sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de octubre de 1907. *Diccionario de la Administración Española* de MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo. Apéndice 1907.

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre 1908. *Diccionario de la Administración Española* de MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo. Apéndice 1908.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril 1920. *Diccionario de la Administración Española* de MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo. Apéndice 1920.

Sentencia del Tribunal Supremo, del 22 de diciembre de 1962, Ponente RODRÍGUEZ VALCERDE, Francisco.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966, Ref. Aranzadi, nº 1684 del año 1966.

Auto del Tribunal Supremo, del 24 de octubre de 1979, nº 11 de 1979, Ponente DE LA VEGA BENAYAS, Carlos.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, del 11 de septiembre de 1992, Ponente SATRÚSTEGUI MARTÍNEZ, José María.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, del 7 de diciembre de 2000, Sentencia nº5969/2000, nº de recurso 1/2000, Ponente GARCÍA JORRIN, Magali.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, del 24 de diciembre de 2002, Sentencia nº971/2004, nº de recurso 1/2004, Ponente ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián María

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, del 2 de junio de 2004, Sentencia nº971/2004, nº de recurso 1/2004, Ponente BOLADO ZARRAGA, Nekane.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, del 28 de octubre de 2008, Sentencia nº545/2008, nº de recurso 888/2007, Ponente RÍOS ENRICH, Mireia.

Sentencia del Tribunal Supremo, del 11 de marzo de 2010, Sentencia nº 1721/2010, nº de recurso 827/2006, Ponente XIOL RÍOS, Juan Antonio.

Sentencia del Tribunal Supremo, del 6 de febrero de 2014, Sentencia nº 835/2013, nº de recurso 245/2012, Ponente SARAZÁ JIMENA, Rafael.

3.2. *Jurisprudencia Internacional*

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 1 de febrero de 2000, ASUNTO Mazurek v. Francia nº 34406/97 en la Página Web

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, <http://hudoc.echr.coe.int> (última consulta 10 de mayo de 2017).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 7 de febrero de 2013, ASUNTO Fabris v. Francia n° 16574/08 en la Página Web del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, <http://hudoc.echr.coe.int> (última consulta 10 de mayo de 2017).

Derecho colaborativo: de la teoría a la práctica

NIEVES PARAMIO JUNQUERA

Abogada y miembro de la AVD/ZEA.

Grupo de Estudios de Derecho Civil Vasco

del Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia

Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA) nº 2.453

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 04/10/2017

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 12/11/2018

Resumen: El Derecho Colaborativo es un método alternativo de resolución de conflictos de carácter autocompositivo, cuyo “desembarco” en España en general y en Euskadi en particular es muy reciente. Este trabajo pretende dar una visión del Derecho Colaborativo no solo desde su historia y base teórica, sino también incidiendo en cómo se traduce toda su formulación teórica en la práctica. Por ello, además de incluir una breve reseña sobre sus inicios y de situarlo dentro de los sistemas alternativos de resolución de conflictos, también se le mira como lo que es: un proceso perfectamente sistematizado y estandarizado con sus principios, con sus etapas y sus requerimientos prácticos. También se pretende hacer hincapié en la formación obligatoria que deben de seguir todos los profesionales que quieran llevar a cabo la práctica colaborativa y por último, hablar del *cambio de paradigma* que supone para todos los profesionales en general y para los abogados en particular, trabajar bajo los estándares del Derecho Colaborativo. Intercalada con toda esta exposición se incluyen notas sobre mi propia experiencia práctica haciendo referencia también a la experiencia práctica de los profesionales que en Bilbao han sido pioneros en iniciar la práctica colaborativa en asuntos de divorcio.

Palabras-clave: Derecho colaborativo, proceso, resolución de conflictos.

Laburpena: Elkarlaneko Zuzenbidea autokonpontzeko izaera duten gatazkak konpontzeko modu alternatiboa da. Izatez, modu hori Espainian orokorrean eta Euskadin bereziki oso berria da. Lan honen helburua da Elkarlaneko Zuzenbidearen ikuspegia ematea, ez bakarrik historia eta oinarri teorikoa kontuan hartuta, baizik eta adierazpen teorikoa praktikara nola bihurtzen den erakustea. Horrela, batetik hastapenen aipamen txiki bat egiten da eta behin gatazkak konpontzeko sistema alternatiboen artean kokatu eta gero, zer den aztertzen da, hau da, bere printzipio, etapa eta eskakizun praktikoekin erabat sistematizatu eta estandarizatutako prozesu bat. Halaber, azpimarratu nahi da, batetik, elkarlanean lan egiteko profesionalak izan behar duten nahitaezko prestakuntza eta, bestetik, eredu aldaketaz hitz egitea, aldaketa horrek baitakartza profesionalentzat orokorrean eta abokatuentzat bereziki, Elkarlaneko Zuzenbidearen ereduak jarraitzea. Azalpenean tartekatuta agertzen dira nire esperientzia praktikoari buruzko oharra. Era berean, Bilboko profesionalen esperientzia praktikoak ere kontuan hartzen dira, haiek izan baitira lehenak elkarlanean ari direnak, dibortzioari dagokionez.

Gako-hitzak: Elkarlaneko Zuzenbidea, prozesua, gatazken konponketa.

Abstract: Collaborative law is an alternative and Consensual process mean of resolution of conflicts, with a very recent “disembark” in Spain, in general, and in the Basque Country, in particular. This work tries to give a vision about Collaborative law, not only its historical and theoretical bases, but also on how the theoretical formulation is translated to practice. Therefore, apart from a brief introduction about its origins and its place among the alternative ways of resolution of conflicts, it is also described as it is: a process ultimately systematized and standardized, including its principles, stages and practical requirements. We also want to emphasize the need of training on Collaborative law, and to remark the paradigm change that working under the standards of Collaborative law means for professionals in general, and lawyers in particular. Interspersed with this lecture, there are some notes about my personal practical experience as well as other professionals’ experiences in Bilbao, pioneering the Collaborative law in divorce lawsuits.

Key-words: Collaborative law is, process, resolution of conflicts.

SUMARIO: I. APUNTE HISTÓRICO: NACIMIENTO Y DESARROLLO DEL DERECHO COLABORATIVO. II. CONCEPTO: ¿QUÉ ES EL DERECHO COLABORATIVO? DIFERENCIAS CON LA MEDIACIÓN. III. PRINCIPIOS DEL DERECHO COLABORATIVO Y SU PLASMACIÓN PRÁCTICA: EL ACUERDO DE PARTICIPACIÓN. IV. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA PRÁCTICA COLABORATIVA. V. VISIÓN GENERAL DEL PROCESO COLABORATIVO: LA FASE PRELIMINAR Y FASE COLABORATIVA. LA CONCLUSIÓN DEL PROCESO COLABORATIVO. 1. La fase preliminar: Recogida de información. Panorámica del caso. Firma del acuerdo de participación. 2. La fase colaborativa. 2.1. *Etapas de la fase colaborativa*. 2.1.1. El relato. 2.1.2. Desarrollo de los intereses de cada cliente. 2.1.3. La objetivación: posible asistencia de neutrales/consultores. 2.1.4. Desarrollo creativo de opciones. 2.1.5. La evaluación de las ofertas a la luz de los intereses. 2.1.6. El acuerdo. 3. La conclusión del proceso colaborativo. VI. EL CAMBIO DE PARADIGMA. IMPACTO EN LA PRÁCTICA DE LA ABOGACÍA. LA NECESIDAD DE FORMACIÓN. VII. LA PRÁCTICA COLABORATIVA EN EL PAÍS VASCO: “EL SALTO AL RUEDO”. VIII. APLICACIÓN DEL DERECHO COLABORATIVO A DISTINTOS ÁMBITOS DEL DERECHO. IX. CONCLUSIONES. X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y RECURSOS UTILIZADOS.

I. APUNTE HISTÓRICO: NACIMIENTO Y DESARROLLO DEL DERECHO COLABORATIVO

El Derecho Colaborativo nació en los años noventa del pasado siglo en Estados Unidos, concretamente en Minneapolis (Minnesota) y de la mano de un abogado llamado Stuart G. Webb.

Este abogado se dedicaba al Derecho de Familia, especialidad que había ejercido durante muchos años a la manera “tradicional”, con casos que terminaban en el juzgado. Pero a él lo que le gustaba era llegar a acuerdos, no ir al juzgado. Fueron muchos de estos casos difíciles y sobre

todo uno en particular que le costó la amistad con un buen amigo, lo que le hizo empezar a pensar en otra forma de resolver los asuntos lejos de los tribunales.

La intención de Stuart Webb era crear una fórmula de trabajo que permitiera poner el talento particular de los abogados al servicio de la resolución amistosa de los conflictos, y desde esta perspectiva creó un modelo basado en el compromiso de los abogados de retirarse del caso cuando la negociación extrajudicial resultase infructuosa. Es decir, los abogados intervinientes en un asunto renunciaban a llevarlo ante los tribunales si este no terminaba con un acuerdo, dejando paso así a otros compañeros para que llevaran a cabo la defensa en la vía judicial.

Y así fue como el uno de enero de 1990 Stuart Webb se declaró a sí mismo un “abogado colaborativo” y comunicó a clientes y colegas que no volvería a defender un caso ante los tribunales, sino solo en el marco de una negociación basada en intereses dirigida a llegar a acuerdos creativos. De esta forma, si la negociación no prosperaba, él se retiraría del asunto pasándoselo a otro compañero que lo defendiera en la vía judicial.

Acababa de nacer una nueva forma de ejercer la profesión de abogado, ya que en este contexto, la implicación de los abogados para llegar a un acuerdo sería máxima; el compromiso de renuncia resulta en la práctica enormemente potente. Y desde esta base se creó el modelo cuyos principios y características se van a plasmar en este trabajo.

Esta idea de Derecho Colaborativo caló en muchos profesionales y comenzó su expansión. En California se empezaron a reunir grupos interdisciplinarios de abogados, economistas y psicólogos que buscaban ayudar a parejas que querían divorciarse de una forma constructiva y económica a largo plazo. Son nombres de referencia en este ámbito, el de Pauline Tesler, abogada también especializada en derecho de familia y autora de libros como *“Collaborative Law: Achieving Effective Resolution in*

Divorce Without Litigation” (2001, American Bar Association) (*Derecho Colaborativo: Consiguiendo Acuerdos de Divorcio Efectivos sin Litigación*) o junto con Peggy Thompson, (otra de las precursoras de este movimiento), Ph.D. *Collaborative Divorce: The Revolutionary New Way to Restructure Your Family, Resolve Legal Issues and Move on with Your Life*” (Regan Books, impreso por Harper Collins Publishers 2006) (*Divorcio Colaborativo: La revolucionaria nueva forma de reestructurar tu familia, resolver asuntos legales y seguir adelante con tu vida*”). Hago constar los títulos publicados por estas dos abogadas a los efectos de resaltar cómo la irrupción del Derecho Colaborativo supuso una “revolución” en la forma de afrontar el conflicto derivado de la crisis matrimonial, el divorcio.

A partir de 1994, se empezó a ejercer en California el Derecho Colaborativo creándose grupos de prácticas en los que se compartían conocimientos, recursos y experiencias nacidas de la práctica. A estos primeros profesionales les siguieron en años sucesivos muchos otros hasta que se hizo patente la necesidad de crear una organización para promover e implementar el Derecho Colaborativo. De esta forma se constituyó en 1999 el *American Institute of Collaborative Professionals* (AICP) cuyo primer congreso tuvo lugar en Oakland California en mayo de 1999. La finalidad de esta organización era facilitar el trabajo en red de los distintos profesionales dedicados a la práctica colaborativa.

Estaba en marcha el “Movimiento Colaborativo” que seguía creciendo y extendiéndose, no solo por Estados Unidos, sino también por otros países como Canadá por lo que se consideró necesario dar un nombre más “internacional” a la organización. Nació así en 2001 la *International Academy of Collaborative Professionals* (en adelante IACP).

La IACP es la asociación que crea y regula las normas y estándares de la práctica colaborativa a nivel internacional, tanto para los profesionales como para los formadores de Derecho Colaborativo propiciando así que todos “hablen” el mismo idioma.

Como hemos visto, la práctica colaborativa en principio fue el producto de profesionales especialistas en derecho de familia sensibles al terrible impacto que en la mayoría de casos tenían las prácticas tradicionales en los divorcios. Desde el primer momento ha habido un esfuerzo muy serio para asegurar los más altos estándares de calidad en la práctica colaborativa en orden a dar una respuesta de resolución alternativa a la litigación en los tribunales. La IACP responde a este esfuerzo encargándose de desarrollar normas y directrices que constituyen la *brújula ética* de esta práctica tal y como se señala en el *Manual de Formación Básica de la IACP* asegurando así un altísimo estándar de calidad en el modelo.

Como señala Patricia Esteve Esteve, en su artículo “*El Abogado Colaborativo: Una nueva forma de Resolución de Conflictos*” (Revista Jurídica de Cataluña núm. 1, 2016) la IACP es en la actualidad un referente mundial en Derecho Colaborativo contando con más de 5.000 miembros de 24 países diferentes. Este organismo no solo desarrolla normas, estándares y directrices éticas a los que se debe ajustar la actuación de los profesionales colaborativos sino que también ha llevado a cabo iniciativas legislativas en Estados Unidos. Así, ha impulsado la redacción de la *Uniform Collaborative Law Act* que se aprobó en 2009. Esta ley se enmendó en 2010 y la renombraron *Uniform Collaborative Law Rules and Uniform Collaborative Law Act*, y tiene como objetivo estandarizar y homogeneizar las características más importantes de la práctica colaborativa siendo la normativa que regula el ejercicio del Derecho Colaborativo en los estados de Norteamérica que la han incorporado.

El Derecho Colaborativo se fue extendiendo también por Europa y ha llegado a nuestro país en el año 2013. Hay que destacar el papel que han tenido en su difusión e implantación la Asociación de Derecho Colaborativo de Euskadi y la Asociación de Derecho Colaborativo de Madrid, pioneras a nivel nacional y constituidas en ese mismo año.

También hay que destacar el apoyo institucional que la Asociación de Derecho Colaborativo de Euskadi ha tenido desde la Dirección de Justicia

del Gobierno Vasco y desde la Agencia Vasca de Innovación INNOBAS-QUE, que han sido sensibles a lo que ya es una demanda social. La percepción de la ciudadanía de que tenemos un sistema judicial lento, saturado, del que salen resoluciones que en muchas ocasiones no se entienden por el ciudadano de a pie y en general caro, ha hecho que desde las instituciones se apoyen las iniciativas que supongan una alternativa a este sistema judicial.

Al respecto de todo lo dicho, Amancio Plaza, abogado especializado en “Proceso Colaborativo” (IACP Standars) Consultor de Empresa Familiar, Doctor en Derecho y profesor de Derecho Tributario reflexiona en su artículo “*Innovando en la gestión de conflictos: 25 años del “Movimiento Colaborativo” y su éxito internacional*” revista Community of Insurance (2015) y señala:

“... Hacer referencia al ‘Movimiento Colaborativo’ resulta útil e ilustrativo a la hora de presentar el ‘proceso colaborativo’, el Derecho Colaborativo, a la comunidad jurídica y al público en España (tan reticente a ‘lo nuevo’, a veces): no presentamos nada ‘nuevo’, sólo intentamos promover, difundir y asentar en España una corriente global de regeneración de la práctica de la abogacía en este particular ámbito, en este concreto modelo de resolución de conflictos...” “... A mi juicio, será clave para la expansión sólida del Derecho Colaborativo en España la vinculación de los profesionales a los ‘estándares IACP’, los estándares de formación, éticos y prácticos que ha asumido, a través de IACP, la comunidad de profesionales colaborativos, el ‘Movimiento Colaborativo’”.

II. CONCEPTO: ¿QUÉ ES EL DERECHO COLABORATIVO? DIFERENCIAS CON LA MEDIACIÓN

Para definir el Derecho Colaborativo me voy a remitir a la página web de la Asociación de Derecho Colaborativo de Euskadi.

Así, esta asociación responde a esta cuestión diciendo que es “*un método alternativo de resolución de conflictos, innovador, colaborativo y amistoso, pero sobre todo es una nueva forma de entender la defensa jurídica y la justicia desde unos prin-*

cipios y valores”. Sigue diciendo que es “*un proceso que se centra en las necesidades e intereses de las partes, muchas veces ocultos para ellas mismas, separando a la persona del problema, gestionando las emociones y las relaciones entre las partes, a las que hace partícipes en la búsqueda y adopción de la solución acordada y realmente satisfactoria*”. Continúa “*Su base es la negociación en equipo entre los abogados y sus clientes y otros profesionales (notarios, economistas, graduados sociales, psicólogos, psiquiatras, pedagogos, coaches, mediadores, árbitros, terapeutas...) que puedan colaborar para alcanzar un acuerdo a largo plazo, a través de soluciones creativas desde valores de respeto, transparencia, equidad y confidencialidad. Es un proceso en el que las partes son protagonistas en la búsqueda de soluciones*”.

Va terminando diciendo que “*para la búsqueda satisfactoria de soluciones, se requiere la máxima transparencia y el intercambio de información relevante. Por lo que las partes han de respetar la confidencialidad del proceso*”.

Y acaba con la nota más característica de este método, la renuncia a llevar el asunto a los juzgados por parte de los abogados que participan en el proceso: “*A su vez, los abogados colaborativos participantes en el proceso, se comprometen a que en el caso de no llegar a un acuerdo satisfactorio, no podrán representar a sus clientes en un futuro contencioso sobre la materia*”.

En esta definición encontramos todos los principios del Derecho Colaborativo y las notas características del mismo: trabajo en equipo, buena fe, confidencialidad, transparencia, solución basada en intereses de las partes, participación de varios profesionales... A ellos me referiré más adelante.

Pero también me gustaría hacer notar que en esta definición nos encontramos con conceptos como “gestión de las emociones”, “separar la persona del problema”, “partes protagonistas” o “necesidades e intereses” que nos están haciendo ver que estamos ante algo realmente diferente. ¿O hay lugar para atender a la “gestión de las emociones” en la práctica tradicional de la abogacía, en la vía judicial? Desde luego que no. Por eso la práctica del Derecho Colaborativo nos lleva a lo que llamamos “cambio de paradigma”. Se trata de transitar desde la “justicia confrontativa” hacia la “jus-

ticia del acuerdo” aplicando además un método que va a resultar un verdadero shock en relación con la práctica tradicional de los abogados, lo cual será también objeto de análisis en este trabajo.

Me ha parecido interesante incluir un apartado específico para resaltar las diferencias entre el Derecho Colaborativo y la Mediación debido a las innumerables veces que he oído a muchas personas decir “que es lo mismo” cuando preguntan en qué consiste el Derecho Colaborativo y te pones a explicarlo.

Y efectivamente, Derecho Colaborativo y Mediación comparten rasgos comunes así:

1. Ambos son procesos voluntarios: las partes no pueden ser obligadas por instancia alguna para participar en ellos, ni siquiera en el ámbito de la mediación intrajudicial. En ambos procesos además se firma al inicio un “acuerdo de participación” en el que este rasgo queda meridianamente claro: la voluntariedad es tanto para iniciar el proceso como para abandonarlo.
2. En ambos se lleva a cabo una negociación basada en intereses: el método de negociación con el que se trabaja en ambos procesos es el de la escuela Harvard con sus características, fases y elementos. La puesta en práctica de este método que trata de hacer que las partes “caminen” desde sus *posiciones* iniciales hacia sus *intereses* es la razón principal por la que muchas personas no ven la diferencia entre mediación y práctica colaborativa, ya que lo que oyen son las mismas palabras: “intereses”, “alternativas”, “opciones”, “ganar-ganar”...
3. La confidencialidad del contenido de la negociación es otra característica que comparten ambos métodos. Todo lo dicho en el proceso y los documentos que se utilicen aportados por las partes se deben de quedar dentro del proceso y no ser revelados ni a un tercero ni en sede judicial, salvo que haya un consentimiento ex-

preso para ello o bien, en algunos pocos supuestos de la mediación. El mediador en principio, no puede ser llamado a declarar en juicio sobre lo que conoce del tema mediado ni tampoco ningún experto neutral que haya intervenido en el proceso colaborativo. En este último además debe de haber un “expediente único” con los documentos aportados por las partes y si el proceso fracasa, los abogados que han intervenido no pueden facilitar ni esa información ni ninguna otra al compañero que les sustituya y vaya a defender el asunto en la vía judicial.

4. Duración y coste del proceso. Tanto la mediación como el proceso colaborativo van a ser en este sentido un traje a medida de las partes, pero suponen, en términos generales, un ahorro importante tanto en tiempo como en dinero comparado con el procedimiento judicial y/o arbitral. Además, los honorarios que se van a devengar son pactados libremente por las partes y por lo tanto conocidos desde el primer momento por ellas siendo una de las cláusulas que forman parte de los acuerdos de participación que deben ser firmados con carácter obligatorio al inicio de ambos procesos.
5. La participación de las partes en el proceso es otra de las características que comparten mediación y derecho colaborativo: en ambos es muy activa. Las partes son las verdaderas protagonistas de lo que sucede en la negociación, tienen voz en el proceso y control y *responsabilidad* sobre el resultado.

Vistas las similitudes entre ambos métodos, paso ahora a resaltar las diferencias entre ellos. Estas son importantes y son relativas a:

1. La intervención de los abogados: en un proceso de mediación la presencia de los abogados en el proceso depende en gran medida de lo que decida el mediador al respecto, por lo que los abogados pueden estar presentes o no. Sin embargo en un proceso colabo-

- rativo la intervención de los abogados es preceptiva. Bueno, es más que eso: sin abogados no hay proceso colaborativo. Las partes deben asistir al proceso con sus respectivos abogados. En el caso de que la mediación o el proceso colaborativo no lleguen a buen puerto y terminen sin acuerdo, hay también diferencias: mientras que los abogados colaborativos no podrán defender en juicio el asunto de sus clientes, no hay ninguna norma ni legal ni deontológica que impida que un abogado que haya estado asesorando a un cliente que ha pasado por un proceso de mediación luego no le pueda defender en sede judicial.
2. Asesoramiento jurídico: el mediador no asesora jurídicamente a las partes, los abogados colaborativos asesoran jurídicamente a sus respectivos clientes.
 3. Responsabilidad en la dirección del proceso: en la mediación esta recae en el mediador, en el proceso colaborativo la dirección del proceso la llevan los abogados de las partes. Hay que tener en cuenta que hablamos de dirección técnica, es decir, control de tiempo, levantamiento de actas, agendas etc.... no de “llevar la voz cantante” y tener protagonismo en la negociación que como hemos visto es de las partes.
 4. Imparcialidad-neutralidad: mientras que en el proceso de mediación el mediador debe trabajar con ambas partes para ayudarlas a llegar a la resolución de su conflicto y llegar a un acuerdo, sin favorecer a ninguna y de forma totalmente imparcial y neutral, en el proceso colaborativo los abogados no son ni imparciales ni neutrales sino que tienen encomendada la defensa de los intereses de sus respectivos clientes y trabajan asesorando a estos para conseguir el mejor acuerdo posible (sin que ello signifique que no se tengan en cuenta para conseguir este mejor acuerdo, los intereses de la otra parte).

5. Proposición de soluciones y alternativas: en un proceso de mediación, el mediador no hace propuestas en relación a la posible solución del asunto. En un proceso colaborativo sin embargo, los abogados trabajan junto con sus clientes precisamente en la elaboración de propuestas y opciones, cuantas más mejor, asesorando luego a sus clientes que son los que tomarán la decisión final sobre las mismas.

III. PRINCIPIOS DEL DERECHO COLABORATIVO Y SU PLASMACIÓN PRÁCTICA: EL ACUERDO DE PARTICIPACIÓN

Las diferentes asociaciones de Derecho Colaborativo listan una serie de principios de este método de resolución de conflictos por lo general coincidentes. La Asociación de Derecho Colaborativo de Euskadi enumera los seis siguientes: *trabajo en equipo, buena fe, confidencialidad, transparencia, solución compartida según los intereses de las partes y participación de varios profesionales*. Por su parte, la Asociación de Derecho Colaborativo de Madrid relaciona como los cinco principios básicos de la práctica colaborativa el *compromiso de colaboración, método autocompositivo, voluntariedad de las partes, confidencialidad e inhabilitación judicial de los profesionales*.

Paso a comentar someramente algunos de ellos, por un lado para no repetir lo señalado más arriba (por ejemplo en relación a la voluntariedad) y por otro lado, por ser algunos en su concepto coincidentes en cierta medida (por ejemplo, trabajo en equipo y compromiso de colaboración).

1. El trabajo en equipo: esta es una idea fundamental en la práctica del Derecho Colaborativo. Este equipo está formado por las partes, por sus abogados y eventualmente por terceros llamados “neutrales” (no defienden los intereses de las partes) que han podido ser llamados al proceso para aportar su conocimiento con el objetivo de ayu-

- dar a la consecución de un acuerdo (por ejemplo, un psicólogo infantil, un economista, un perito, un tasador de bienes inmuebles...).
2. Buena fe: los intervinientes en este proceso deben actuar de buena fe, sin fines expúreos. Hay que estar especialmente atento a si las partes o alguna de ellas está en el proceso ocultando o tergiversando información con la intención por ejemplo de ganar (o perder) tiempo o tratando de obtener información para utilizarla posteriormente en un juicio. Si se detectan estas conductas contrarias a la buena fe, se debe advertir al cliente y en última instancia, se debe abandonar el proceso.
 3. Confidencialidad: supone como he dicho más arriba que todas las informaciones intercambiadas en el proceso son y deben de permanecer confidenciales. En Francia por ejemplo, en la práctica esto significa que los documentos entregados por las partes son puestos en un archivador y pueden ser consultados por ellas o por sus abogados, pero en ningún caso pueden ser fotocopiados ni entregados a los clientes. En Estados Unidos, la *Uniform Collaborative Rules Act* (Ley que regula la práctica colaborativa en los estados que la han incorporado) establece que toda la información compartida en el proceso tendrá carácter confidencial, y al igual que las comunicaciones y documentos relativos al proceso colaborativo, no podrán ser objeto de revelación a terceros, ni son admisibles como prueba en un tribunal.
 4. Transparencia: en la práctica esto supone la obligación de todos los intervinientes de revelar cualquier información de que dispongan en relación a los asuntos tratados en el proceso. Con ello se propicia que ambas partes vean la misma realidad; se trata de evitar que quede información oculta que llegue a favorecer a alguna de las partes. Los acuerdos de participación contendrán por lo tanto cláusulas de transparencia; acuerdos de revelación completa de in-

formación entre los participantes en el proceso (*full-disclosure agreements*). Este es un requisito mínimo que IACP establece que deberán suscribir las partes y los abogados en el acuerdo de participación, junto con las cláusulas de confidencialidad y la cláusula de inhabilitación de los profesionales para intervenir en un procedimiento judicial si no se llega a un acuerdo.

5. Solución compartida según los intereses de las partes: El acuerdo al que se llegue en un proceso colaborativo deberá cumplir el axioma “ganar-ganar”. Se debe atender y cubrir con el mismo, en la máxima medida, los intereses y necesidades revelados por las partes intervinientes. Hay que conseguir el mejor acuerdo posible para *ambas* partes, y ello se hace llevando a cabo la negociación según el método de la escuela Harvard, contenido y explicado en el libro “*Obtenga el Sí. El arte de negociar sin ceder*” escrito por los expertos en negociación Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton. El estudio y la aplicación de este método con sus *siete elementos: alternativas, intereses, opciones, legitimidad, comunicación, relación y compromiso* son la clave para transitar desde una negociación distributiva (ganar-perder) a una negociación integrativa (ganar-ganar). Decir por último que este método de negociación es uno de los contenidos obligatorios en la formación requerida por la Asociación de Derecho Colaborativo de Euskadi para poder constar en el Directorio de Profesionales Colaborativos.
6. Inhabilitación judicial de los profesionales: Como he señalado más arriba, junto con las cláusulas de confidencialidad y de transparencia, también se encuentran reguladas en los Estándares Éticos para Practicantes de IACP, las cláusulas de inhabilitación o autoexclusión de los profesionales. Esta cláusula forma parte del acuerdo de participación, la firman los abogados y los clientes y va a significar que en el caso de que el proceso fracase, lo cual puede pasar

tanto si no se llega a un acuerdo como si alguno o algunos de los principios del proceso no es respetado, o alguna de las partes voluntariamente abandona el proceso, los abogados y sus despachos tienen la obligación de apartarse del caso. Supone la autoexclusión voluntaria de los abogados para representar al cliente en la vía judicial. Esta es una clausula esencial y característica de este proceso y lo que constituye su fuerza (Asociación Francesa de Profesionales de Derecho Colaborativo, 2014). Se pretende con ello reforzar la confianza de las partes en el proceso y facilitar que los intercambios de información y las conversaciones se desarrollen en un clima de confianza y buena fe. El procedimiento judicial no va a ser una “amenaza” que pueda ser empleada por los abogados intervinientes en el proceso por lo que estos van a poder concentrar todo su esfuerzo en conseguir un acuerdo.

Para terminar este punto, remarcar que todos estos principios no constituyen un mero “desiderátum”, un acuerdo de “intenciones”, sino que tienen que contenerse en el Acuerdo de Participación que se firma al comienzo del proceso por las partes y sus abogados, y que por lo tanto, deben ser cumplidos y respetados. El Acuerdo de Participación hace que el proceso se desarrolle en un marco determinado y seguro y de cara a la práctica hay que recordar que sin Acuerdo de Participación no hay proceso colaborativo.

IV. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA PRÁCTICA COLABORATIVA

Antes de entrar de lleno en el proceso de la Práctica Colaborativa es interesante resaltar que el proceso colaborativo no es una panacea ni se adapta a todos los casos ni a todos los clientes. Esto lo tenemos que tener meridianamente claro a la hora de asesorar al cliente y de mostrarle las

diferentes opciones que existen para resolver su conflicto; todas ellas con sus ventajas y con sus inconvenientes. Solo de esta forma las partes podrán prestar el *consentimiento informado*, que es esencial para la validez del proceso. Señala a este respecto Amancio Plaza: “... Y debe tenerse presente que el inicio de cualquier “proceso colaborativo” debe ir precedido de un análisis detallado, por parte de los abogados, sobre la idoneidad de los clientes y del caso para ser canalizado a través de esta vía: ni todos los casos ni todos los clientes son idóneos para un proceso colaborativo...” (PLAZA, Amancio. “Primera aproximación al Derecho Colaborativo: los elementos esenciales del “proceso colaborativo”. Debates Jurídicos sobre el derecho Colaborativo. Revista de la Universidad de Deusto n° 127, pág. 13).

En relación al proceso colaborativo hay que tener en cuenta las siguientes posibles desventajas y tomar precauciones:

1. La Práctica Colaborativa requiere la participación de buena fe tanto de las partes como de los abogados y del resto de profesionales que puedan llegar a intervenir en el proceso. Este proceso podría ser utilizado para conseguir retrasos deshonestos o dilaciones indebidas.
2. Hay que tener en cuenta también que los clientes van a tener que ser capaces y estar dispuestos a reunirse con la otra parte cara a cara en reuniones a cuatro bandas o “multibanda” en las que asistidos por sus abogados y con la eventual presencia de otros profesionales van a poder hablar honestamente y negociar directamente. Esto supone una toma personal de responsabilidad para comunicar y negociar acuerdos, en lugar de tener defensores profesionales que hablen y negocien por ellos. Además los clientes tienen que estar dispuestos a tener en consideración los intereses y necesidades de la otra parte, además de los suyos propios. Por ello señalaba al principio de este apartado que este método no es una panacea y que no todo el mundo tiene aptitud y actitud para afrontar el proceso.

Además de una disposición personal, hay que tener en cuenta también cuestiones que pueden hacer que el método colaborativo no sea la mejor opción, por ejemplo, que una o ambas partes sufran una enfermedad mental no tratada, o sean drogodependientes de forma que su capacidad de percepción de la realidad y de toma de decisiones se vea mermada, que exista violencia doméstica, que una parte sufra miedo o intimidación o que exista un tema de gasto incontrolado o ludopatía...

3. El proceso no se debe de convertir en un modo de sacar información u obtener pruebas, pero puede utilizarse para ello de mala fe.
4. En relación a los costes, el Manual de formación de IACP hace referencia en este punto a que puede haber un aumento en el coste del procedimiento para el cliente en el caso de que proceso colaborativo termine sin acuerdo y tenga que contratar nuevos abogados para llevar a cabo la defensa judicial del asunto.

Vistas las precauciones que hay que tomar y las posibles desventajas que puede tener el proceso Colaborativo, veamos ahora sus ventajas:

1. La Práctica Colaborativa ofrece al cliente la garantía de que los abogados no agravarán el conflicto. Se va a trabajar en equipo buscando la solución cumpla lo mejor posible con los intereses y necesidades de ambas partes. Los abogados van a ayudar a las partes a identificar esos intereses y a negociar y resolver cuestiones atinentes a su conflicto.
2. La Práctica Colaborativa es multidisciplinar, es decir, tiene prevista la posible entrada en el proceso de profesionales como por ejemplo coaches, especialistas infantiles o especialistas financieros que van a aportar su saber al proceso atendiendo a las cuestiones emocionales y financieras que puedan surgir para procurar una participación equilibrada y una toma de decisiones informada de las partes.

3. La Práctica Colaborativa por las dinámicas que crea, propicia en gran medida que las partes conserven una relación positiva y que así se puedan evitar futuros pleitos. Esto es porque ha sido diseñada para minimizar la hostilidad y para reenfocar a las partes a métodos constructivos por los que lleguen a resultados mutuamente satisfactorios. En Derecho de Familia esto supone un beneficio significativo especialmente para los hijos de los clientes. Está demostrado que la confrontación judicial con la hostilidad que crea entre los progenitores es muy dañina para los hijos.
4. La Práctica Colaborativa permite a los clientes retener el control sobre el proceso de resolución del conflicto y sobre su resultado final. Los clientes viven el proceso en primera persona, con pleno conocimiento de lo que está sucediendo lo cual minimiza mucho la angustia y la incertidumbre ante una decisión impuesta de un tercero o ante un compromiso de última hora que en muchos casos ni apoyan ni entienden.
5. La Práctica Colaborativa es extremadamente flexible. Se adapta a las partes, sus circunstancias y sus necesidades explorándose en un entorno seguro soluciones creativas que atiendan a esas circunstancias tanto a corto como a largo plazo.
6. La Práctica colaborativa maximiza la privacidad de los clientes. En contraste con la exposición pública de emociones e información que conllevan las vistas y juicios, el intercambio de información, la comunicación y las negociaciones en el proceso colaborativo tienen lugar en reuniones privadas. Pensemos por ejemplo, en lo conveniente que puede ser esta ventaja aplicada a un conflicto mercantil entre empresas. La privacidad de las negociaciones puede ser vital para evitar que la competencia llegue a enterarse de estrategias empresariales o de las características de nuevos productos.

7. En relación a los costes, hay que decir que en general la práctica colaborativa no viene siendo un modelo de bajo coste (Formación Básica y Avanzada IACP), ahora bien, el proceso centra todos los recursos profesionales en actividades que promueven la resolución del problema, debido a lo cual si se alcanza un acuerdo, los costes en general, van a ser menores de lo que supondría un procedimiento contencioso. Añado en este punto la interesante reflexión que hace Amancio Plaza al respecto al decir que... *"el proceso colaborativo no ha sido concebido como una "alternativa low cost" al pleito judicial. Personalmente entiendo que el nivel profesional de los servicios requeridos a los participantes en un proceso colaborativo tiene un grado de exigencia tal que nos sitúa más en la "boutique" o el "pret-a-porter" que en el "todo a cien"..."* (PLAZA, Amancio. *"¿Es caro el proceso colaborativo? Derecho colaborativo y ahorro en costes económicos, personales y sociales"* 8 de mayo de 2015).

Lo mismo se puede decir del ahorro en tiempo: por muy largo que pueda llegar a resultar el proceso siempre va a ser más corto que un procedimiento contencioso en vía judicial. Por poner un ejemplo, tengamos en cuenta de que se habla de 16,4 meses de tiempo medio para resolver una disputa comercial según datos del Consejo General del Poder Judicial (artículo *"El atasco judicial pasa factura a la economía"* noticias-economía 22 de febrero de 2016).

8. Por último, decir que la Práctica Colaborativa ofrece a los clientes la oportunidad de aprender y mejorar su comunicación y habilidades para resolver problemas que pueden ser herramientas que les ayuden a evitar o minimizar conflictos futuros.

V. VISIÓN GENERAL DEL PROCESO COLABORATIVO: LA FASE PRELIMINAR Y FASE COLABORATIVA. LA CONCLUSIÓN DEL PROCESO COLABORATIVO

Mientras que las fases de los diferentes procedimientos judiciales están bien definidas procesal y legalmente en todos los países, el “proceso colaborativo” no está tan bien definido a nivel de regulación legal. En España, de hecho, no hay ninguna ley ni reglamento que lo contemple. No obstante no debemos olvidar, que si bien no está regulado legalmente, sí que está perfectamente definido y estandarizado por la IACP.

Hay una serie de etapas por las que inexcusablemente tiene que pasar un proceso colaborativo, pues cada una de ellas obedece a unos objetivos teniendo un orden, un sentido y una importancia dentro del propio proceso cuyo fin último es lograr un acuerdo duradero. Los diferentes manuales de formación y por ende todos los formadores, hacen hincapié en que durante el desarrollo de la negociación, del proceso, no hay problema en volver a una etapa anterior si es necesario, pero no se debe dejar de pasar por todas ellas.

En el proceso colaborativo podemos hablar de una fase preliminar en la cual todavía no se sabe si va a haber o no caso (ni colaborativo ni de otra índole) y una fase propiamente colaborativa en la que se desarrolla el método en sí.

1. La fase preliminar. Recogida de información. Panorámica del caso. Firma del acuerdo de participación

En esta fase se produce el primer encuentro del cliente y el abogado. Lógicamente todavía no se sabe si va a haber caso y si este va a ser colaborativo. El cliente va a contar su historia, su problema, sus dudas... Es importante que desde esta primera reunión se sienta plenamente escuchado y comprendido, así que es necesario utilizar técnicas de escucha

activa y reformulación. Se obtiene así con la información del cliente una panorámica del caso.

En este primer encuentro, el abogado deberá explicar al cliente las diferentes opciones que tiene a su disposición para resolver su conflicto, entre las que está el Derecho Colaborativo. El abogado debe verificar que el cliente y su caso sean apropiados para iniciar un proceso colaborativo. Recordar en este sentido que es un requisito fundamental para que un caso sea apropiado para el proceso colaborativo que los clientes (ambos; ambas partes) estén dispuestos y en condiciones de participar en el proceso de buena fe y de cumplir con todos los principios vistos que tienen que ser firmados en el compromiso colaborativo o acuerdo de participación.

La experiencia ha demostrado que la práctica colaborativa es especialmente atractiva para los clientes que quieren mantener un grado de control sobre sus propios casos y que tienen la capacidad para llevar a cabo esa responsabilidad.

Hay que recordar aquí lo dicho más arriba en relación con situaciones que pueden hacer que la práctica colaborativa no sea la mejor opción, y a las que hay que estar muy atento. Recapitulando:

- Si se detecta que el cliente quiere iniciar el proceso por causas deshonestas: dilaciones indebidas etc.
- Si el cliente tiene objetivos incompatibles con el acuerdo de participación colaborativa.
- Si el cliente no es capaz de confirmar un nivel mínimo de confianza en la honestidad y buena fe de la otra parte.
- Si hay cuestiones presentes en el caso que amenazan la participación efectiva e igualitaria de ambas partes, por ejemplo, cuestiones de salud mental, adicciones o violencia doméstica.

Una vez que las dos partes han optado por el Derecho Colaborativo y han firmado con sus respectivos abogados una hoja de encargo en la que se recoge esta forma única de prestación de servicios, corresponde a estos ponerse en contacto el uno con el otro. Este contacto puede ser telefónico, vía mail o con una reunión.

Es muy importante verificar que el abogado de la otra parte está formado en derecho Colaborativo. En este sentido, en el País Vasco, se puede acudir a la página web de la Asociación de Derecho Colaborativo de Euskadi donde consta un directorio con todos los profesionales que tienen los requisitos de formación requeridos por IACP para ser profesionales colaborativos. Solo así sabremos que ambos letrados van a “hablar el mismo idioma” y van a respetar las mismas reglas lo cual redundará en la calidad del propio proceso y en última instancia en beneficio para los clientes.

Hecho esto los abogados definen las prioridades del caso, identifican los problemas principales, los “botones calientes” y determinan urgencias si es que las hay intercambiando la información necesaria para solventar la urgencia.

En el primer encuentro a cuatro bandas, lo recomendable es abordar solo la firma del acuerdo de participación revisando sus aspectos más destacados para asegurarse de que las partes entienden y esperan lo mismo del proceso colaborativo. También es propósito de esta primera reunión “anclar” y comprometer a las partes en el proceso colaborativo, darles una visión general del mismo proporcionándoles una “hoja de ruta”, y definir los roles y funciones de cada participante. Se intercambiará también información de contacto entre los participantes y se discutirán las posibles cuestiones incidentales –si es que las hay– que deban ser resueltas con más urgencia.

También en esta reunión se procede con carácter general a programar las siguientes reuniones (al menos la siguiente individual y la siguiente

conjunta), a establecer tareas específicas para cada cliente y a acordar la agenda de la próxima reunión a cuatro bandas. Todo esto proporciona la estructura necesaria para que el proceso avance (Formación Avanzada IACP. Bilbao, noviembre 2015).

Añadir a esto que es muy importante preparar al cliente para las reuniones a cuatro bandas. El cliente debe tener un compromiso genuino con el proceso y esto solo se consigue si tiene información clara y suficiente sobre las alternativas procedimentales a su disposición y sobre qué significa la negociación basada en intereses. Por supuesto, además de esto al cliente hay que informarle sobre los pormenores propiamente legales relativos a su caso: si este fuera un divorcio habría que darle un panorama de lo que la ley establece sobre la pensión de alimentos, los requisitos de la pensión compensatoria, visitas, custodia... etc.

En la práctica propia con los compañeros de Bilbao, en casos de divorcio, a las reuniones a las que aquí me estoy refiriendo como reuniones “a cuatro bandas”, las llamamos “multibanda” porque hasta el momento estamos incorporando como parte del equipo por decisión propia a un experto en comunicación que hace de neutral y que controla junto con los abogados el desarrollo de las reuniones y ayuda a que la comunicación sea respetuosa y el lenguaje no adversarial, ocupándose también de atender a los posibles asuntos emocionales que surjan en los clientes que compliquen o impidan el avance, para “desactivarlos” de cara a seguir adelante con la negociación.

En relación con lo dicho más arriba de solventar temas urgentes si es que los hay, por poner un ejemplo práctico de resolución de una urgencia planteada antes de la primera reunión, en un caso de divorcio se nos planteó la organización de las vacaciones de verano, que estaban prácticamente a una semana vista, por lo que además de firmar el acuerdo de participación, solventamos entre todos la organización de las vacaciones.

2. La fase colaborativa

El alma del proceso colaborativo son las reuniones a cuatro bandas o reuniones “multibanda” en el caso de que intervengan profesionales “neutrales”. Las reuniones de equipo con los clientes son el principal medio de llevar a cabo negociaciones y de resolver problemas. Intercaladas con esas reuniones es aconsejable que los miembros del equipo de colaboración se reúnan entre sí y con los clientes. De hecho en la práctica que llevamos a cabo los compañeros de Bilbao, las reuniones de equipo van siempre precedidas de reuniones individuales abogado-cliente y antes de que lleguen los clientes a la reunión multibanda, nos reunimos también los profesionales para centrarla repasando la agenda que hemos consensuado previamente y que los clientes también conocen con los temas a tratar en la reunión.

El abogado debe preparar junto con su cliente cuidadosamente las reuniones a cuatro bandas. Esto incluye escuchar al cliente, buscar sus motivaciones, motores silenciosos y ayudarle a identificar sus intereses. Además, deberá prepararle para desenvolverse en el marco del proceso colaborativo recordándole los principios, el papel de cada uno y las formas de comunicarse que se van a utilizar durante la reunión conjunta con la otra parte. Durante las reuniones a cuatro bandas, los abogados son los garantes (junto con el neutral experto en comunicación en el caso de que lo haya) del buen funcionamiento de las mismas, de que la comunicación sea respetuosa entre las partes y de llevar el orden del día. También deberán de levantar acta o un memorando de la reunión (en la práctica los abogados lo hacemos por turnos) que es esencial para no “perdersé” en el proceso ya que marca los puntos principales de la reunión, los progresos que se van haciendo y las peticiones de unos y otros.

Es importante recordar aquí que en el marco del proceso colaborativo el abogado nunca va a negociar por su cliente; este va a estar presente siempre en las negociaciones. No sucede como en el sistema de nego-

ciación clásica en el que no es que el cliente no negocie por sí mismo, sino que preferiblemente ni siquiera estará en las reuniones entre abogados.

2.1. *Etapas de la fase colaborativa*

Terminada la fase que hemos denominado “previa” y comentados algunos pormenores prácticos relativos a las reuniones individuales y a cuatro bandas, paso ahora a señalar las distintas etapas por las que debe pasar el proceso de negociación.

2.1.1. El relato

En esta primera fase se trata de permitir a las partes expresar su punto de vista sobre la situación en la que se encuentran. Los abogados deberán de poner en marcha todos sus recursos de escucha activa permitiendo así que los clientes hablen de su asunto de una forma respetuosa con la otra parte, respetando los turnos de palabra y tratando de no agredir ni culpabilizar al otro.

Es muy interesante en este sentido lo que dice sobre la escucha activa el libro *Obtenga el Sí* (Fisher, Ury, Patton. Penguin, 1991) p. 53:

[...] La necesidad de escuchar es obvia, aunque escuchar bien es difícil, especialmente bajo el estrés de una negociación en marcha. Escuchar le permite a usted comprender las percepciones de los demás, sentir sus emociones y oír lo que están intentando decir. Una escucha activa mejora no sólo lo que usted oye, sino también lo que ellos dicen...

En esta etapa, además de escuchar con atención el relato de las partes, se irán determinando los documentos que van a ser necesarios para que las partes y los abogados puedan tener una información completa y objetiva sobre la realidad de la situación y poder así tomar decisiones informadas. Se establecerán también los plazos para la presentación de la documentación y la parte responsable de aportarla (tareas) y se fijará la fecha de la próxima reunión.

Puedo añadir a esto, que en la práctica que llevamos a cabo los compañeros colaborativos de Bilbao los clientes cumplen en general muy a tiempo con las tareas que se les encomiendan relativas por ejemplo a la aportación de documentación, a hacer cuentas de los gastos de la familia, a ir a inmobiliarias para tener una información real sobre el posible valor de venta de un inmueble... el hecho es que a la siguiente reunión se va con la información requerida, lo cual hace que se puedan ir abordando los temas a tratar sin demora. En el caso de que por cualquier circunstancia no haya dado tiempo a aportar una documentación o información que se estime fundamental para la reunión programada, preferimos en general retrasar la reunión. Esto hace que las reuniones a cuatro bandas sean tremendamente efectivas.

2.1.2. Desarrollo de los intereses de cada cliente

En esta fase, se va a tratar de que las partes, preparadas por sus abogados, expresen sus intereses, sus necesidades y sus preocupaciones ayudándolas a transitar así desde sus “peticiones” iniciales hacia lo que constituye sus “intereses”. Se trata de que verbalicen lo que motiva sus peticiones para llegar a los elementos que no son negociables para cada uno.

Antes de seguir, hay que decir que esta fase se puede producir junto con la anterior, la del relato y en una sola reunión. Todo dependerá de los clientes y de las circunstancias del caso. De la misma forma puede que el desarrollo completo de una fase o etapa precise de más de una reunión.

2.1.3. La objetivación: posible asistencia de neutrales/consultores

Una vez que tenemos claros los intereses de las partes y sus motivaciones, llega el momento de hacer que contemplen la misma realidad. Se lleva a cabo un análisis de la situación y se presentan las hipótesis jurídicas posibles para el asunto. El objetivo es tener una idea objetiva de la realidad de las partes en su globalidad y para ello puede ser el momento

de la intervención de expertos neutrales (psicólogos, notarios, fiscalistas, expertos inmobiliarios...) a los que se encargarán informes que ayuden a todos a ver esa realidad de una forma objetiva.

Esta fase terminará cuando todos estén de acuerdo en que se ha reunido toda la información material, jurídica, financiera o de cualquier otra índole que sea necesaria para la toma de decisiones.

2.1.4. Desarrollo creativo de opciones

En esta fase tanto los clientes como los abogados van a proponer opciones que permitan construir el futuro acuerdo. Esto se va a hacer mediante la técnica de “lluvia de ideas”, en un ejercicio muy creativo y muy estimulante. Las opciones se irán apuntando en una pizarra o rotafolio (es conveniente tener una cosa u otra en las salas de reunión) para que estén a la vista de todos los reunidos y se pueda ir sobre ellas de manera fácil.

Es importante que todo el mundo tenga claro que no se trata de encontrar aquí la solución. Esta puede estar entre las opciones propuestas, o terminar siendo la mezcla de dos o más de ellas. Por ello los clientes tienen que entender que las opciones anotadas no pertenecen a nadie, no deben ser juzgadas y que son meras posibilidades.

Este ejercicio de proposición de opciones mediante la “lluvia de ideas” supone un cambio enorme con respecto a la práctica tradicional de la profesión de abogado. Mientras que en la “negociación clásica” hay que medir al milímetro lo que se dice, lo que se ofrece, y aquello de lo que se informa, porque va a suponer un ancla en torno a la cual va a pivotar el resto de la negociación, en la práctica colaborativa este ejercicio de creatividad es literalmente liberador (aquí hablo por mí misma). En las ocasiones en que he tenido oportunidad de llevar a cabo una “lluvia de ideas” junto con la otra parte y su abogado/a, se ha producido una dinámica muy estimulante, ya que todos los intervinientes hablábamos con libertad y sin el temor de “meter la pata” o de que pudiésemos pagar

caro lo dicho. Un cambio radical en la práctica de la profesión al que me referiré al final de este trabajo.

2.1.5. La evaluación de las ofertas a la luz de los intereses

Cada reunión a cuatro bandas irá seguida –o más bien precedida– de una individual en la que se examinarán las diferentes opciones. El abogado ayudará a su cliente a elegir entre las que respondan a los intereses, necesidades, preocupaciones etc de *ambas* partes. Es decir, por supuesto que hay que tratar de conseguir el mejor acuerdo para cada cliente, pero hay que recordar que este lo será en tanto en cuanto no sea perjudicial para la otra parte y atienda también a sus intereses (ganar-ganar). Muchas veces los propios clientes se sorprenden al ver que siempre es posible un conjunto común de soluciones que van a conformar un acuerdo razonable en el que ninguna parte haya hecho demasiadas concesiones.

Examinadas las diferentes opciones, es el momento de elaborar ofertas de acuerdo. Los abogados colaborativos franceses hablan de que es recomendable hacer tres ofertas para evitar las posturas binarias y estar siempre en una dinámica creativa.

Lógicamente, el abogado habrá de asegurarse también de que todas las ofertas a presentar recogen y resuelven todos los puntos en conflicto y constituyen un proyecto de acuerdo completo.

2.1.6. El acuerdo

Una vez examinadas las ofertas por ambas partes y habiendo llegado a un acuerdo, este será redactado por los abogados de las partes y si el caso lo requiere, prepararán también toda la documentación necesaria en el caso de tenga que ser presentado para su homologación judicial, elevación a escritura pública etc. Un ejemplo claro de necesidad de homologación judicial es la redacción de un convenio regulador en un caso de divorcio. El paso por el juzgado supondrá la presentación de una demanda de divorcio de común acuerdo con los documentos requeri-

dos, su ratificación por ambos cónyuges y su finalización con la Sentencia del juez.

La firma del acuerdo suele ser el punto del orden del día de la última reunión a cuatro bandas. Es importante resaltar que aunque el acuerdo pueda ser revisado y firmado en reuniones independientes abogado-cliente, el hecho de hacerlo todos juntos en una última reunión a cuatro bandas da al proceso un cierre formal que se proyecta también a la experiencia personal del cliente que ve así su asunto concluido, siendo más fácil que llegue a “cerrar capítulo”, “pasar página” y seguir con su vida.

Añado una nota de la práctica en este punto. Antes de firmar el acuerdo, hay que chequear con el cliente que este sea posible de cumplir, viable y realista. Para ello es importante hacer que se proyecte al momento posterior a la firma para que vea cómo va a organizar su vida y si le va a ser posible o no cumplir con los compromisos firmados. Hay que estar muy atento a detectar dificultades operativas en el mismo que haga que en poco tiempo se empiecen a dar incumplimientos. El cliente debe de tener claro el alcance del acuerdo.

En todo caso hay que decir, que los acuerdos a los que se llega en la práctica colaborativa son en términos generales duraderos y esto es porque *salen* de los propios clientes. Estos han tenido una participación activa en la elaboración de los mismos, se sienten responsables de ellos y motivados para su cumplimiento.

Un último apunte estadístico: cita Luis Bueno Ochoa en su artículo “*Cruce y Descruce de Miradas al Derecho Colaborativo*” (Revista de ICADE nº 95, mayo-agosto, 2015) una intervención de Manuel Vallín, Director de Justicia del Gobierno Vasco, en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid el día 24 de enero de 2014 hablando del Derecho Colaborativo:

“El derecho colaborativo lleva desarrollándose más de 20 años en Estados Unidos, donde se negocian un 85% de los conflictos, llegan-

do a los tribunales el 15% restante únicamente . En el caso español, un 33% de los casos se negocian y el 67% acaba yendo a juicio”.

3. La conclusión del proceso colaborativo

La finalización del proceso colaborativo tendrá lugar como acabamos de ver con la firma del acuerdo, pero hay que tener en cuenta también que se pueden dar otros posibles finales. Así, la participación del abogado colaborativo terminará (Manual IACP 2014):

- Si las partes se reconcilian (en un caso matrimonial, obviamente).
- Si el abogado colaborativo se retira permitiendo que otro compañero asuma la representación del cliente.
- Si cualquiera de las partes o las dos optan por terminar el proceso.
- Cuando una de las partes inicie un procedimiento judicial contra la otra en el asunto objeto del proceso colaborativo.

Para terminar este apartado, cito a Patricia Esteve (ESTEVE ESTEVE, Patricia. 2016), que señala que mediante el acto final que supone la última reunión conjunta en la que se firma el acuerdo, los abogados deben (cit. lit.) “tratar de alcanzar los siguientes objetivos:

1. *Ayudar a reflejar a los clientes el éxito del proceso colaborativo y reforzar positivamente su comportamiento y la negociación desde la buena fe.*
2. *Reconocer a los clientes su aptitud para resolver desavenencias con la otra parte de modo efectivo.*
3. *Normalizar y prevenir que futuras desavenencias que puedan surgir entre ellos, reforzando sus competencias para solucionarlas y recordándoles algunos mecanismos para tratarlas”* (Patricia Esteve Esteve.

“Abogado Colaborativo: una nueva forma de resolución de conflictos”. Revista Jurídica de Cataluña, núm. 1, 2016, pág. 90).

VI. EL CAMBIO DE PARADIGMA. IMPACTO EN LA PRÁCTICA DE LA ABOGACÍA. LA NECESIDAD DE FORMACIÓN

Podemos definir “paradigma” como un conjunto de creencias acerca de lo que es real y verdad a través de las cuales vemos el mundo. Un cambio de paradigma implica un cambio en el marco de nuestras creencias que va a cambiar la forma en la que vemos el mundo.

Como señala Kim Wright en su libro *“Lawyers as Peacemakers”* (American Bar Association, 2010) no se trata solo de hacer las cosas de una forma diferente sino que el cambio de paradigma implica un cambio total en el contexto dentro del que actuamos. Habla del cambio de paradigma desde una aproximación holística y espiritual sin dejar por ello de tener los pies en la tierra tal y como expongo a continuación.

Contrapone la autora el “paradigma adversarial” y el “otro” paradigma y habla del primero diciendo que desde la educación que recibimos en la facultad de derecho se nos inculca la competitividad de forma que luego la proyectamos a la práctica de la abogacía (pongamos en contexto estas afirmaciones pensando en cómo funciona la admisión a las facultades de Derecho en Estados Unidos y su sociedad basada en la meritocracia). Dice que se nos enseñan las técnicas de litigación, debatimos posiciones, vigilamos nuestras espaldas, “escondemos el balón” y nos centramos en las diferencias entre las personas. Dice que en este paradigma, estamos separados como personas y nuestros valores y necesidades están “a la gresca” los unos contra los otros.

Incide en la misma idea Carmen Azcúnaga Lucas, abogada y miembro de la Asociación de Derecho Colaborativo de Euskadi: “... *¿Es suficiente*

*la formación que se ofrece a los futuros abogados basada en conocimientos sustantivos y procesales, habilidades orales y escritas para ejercer ante los tribunales, y ética para actuar de forma responsable en base a principios de libertad, independencia y buena fe? ¿O necesitan además adquirir conocimientos y técnicas específicas de negociación, esto es, prepararse para el acuerdo? ... El abogado... además de las herramientas y habilidades descritas... necesita una sólida formación específica para el acuerdo, que integre técnicas tales como la escucha activa, la determinación objetiva de los intereses de las partes, la capacidad de separar a las personas del problema, y la inclusión de la otra parte en la búsqueda de la solución del conflicto ...” (AZCÚNAGA LUCAS, Carmen. Artículo *¿Formación para el acuerdo o para el pleito?* Debates jurídicos sobre el Derecho Colaborativo. Revista de la Universidad de Deusto, nº127, pág.12).*

Para hablar del “otro” paradigma, aporta Kim Wright un mail de un colega, Michael Zeytoonian que piensa que este cambio viene en dos partes: externa e interna. Señala que el cambio de paradigma externo sería el proceso de aprender una nueva forma de aproximación a la resolución de conflictos (derecho colaborativo, mediación; en general, sistemas “no adversariales” de resolución de conflictos) lo cual implica el aprendizaje y entrenamiento en esas técnicas de resolución, el compromiso de que formen parte de nuestra “caja de herramientas” como abogados o facilitadores, el formar parte de las asociaciones de profesionales que estén en esta línea de pensamiento y la aplicación de estos procesos y prácticas a los asuntos que tengamos. El cambio de paradigma interno lo define como algo más profundo diciendo que viene cuando hemos interiorizado esos procedimientos y técnicas de aproximación a los conflictos de forma que nos salen de forma natural y quedan alineados filosóficamente con quiénes somos y cómo ejercemos nuestros roles como “solucionadores de problemas” y “pacificadores”. Termina diciendo que para transformar la forma en la que los conflictos son resueltos, tenemos primero que transformarnos nosotros mismos. (WRIGHT, Kim. 2010. “Lawyers as Peacemakers” pág. 8).

Desde esta perspectiva de cambio personal podemos analizar el axioma “ganar-ganar” citando a Stephen R. Covey que en su libro “*Los 7 hábitos de la gente altamente efectiva*” dice al respecto: ... “*El de ganar-ganar es una estructura de la mente y el corazón que constantemente procura el beneficio mutuo en todas las interacciones humanas. ... Con una solución ganar-ganar todas las partes se sienten bien por la decisión que se tome y se comprometen con el plan de acción...*”. COVEY, Stephen R. *Los 7 Hábitos de la Gente Altamente Efectiva*. Lecciones magistrales sobre el cambio personal. Ed. Paidós, 2009 (versión en castellano).

Todo lo dicho parece muy espiritual y hace pensar en vestidos blancos, flores y velas aromáticas como si imbuidos de un “buenismo antropológico” hubiéramos encontrado en estas técnicas alternativas la respuesta a todos los males de nuestro mundo en lo que se refiere a la resolución de conflictos. Nada más lejos de la realidad. La propia autora K. Wright señala que este cambio de paradigma “*no es la receta para resolver todos problemas y que no se trata de cantar Kumbaya y todo se vuelve dulzura y luz*” (Wright Kim 2010. “*Lawyers as Peacemakers*” pág. 15). De hecho pone en valor la estructura judicial como un gran avance en la sociedad como superación de las justas medievales, los duelos y las luchas tribales y que determinados asuntos simplemente no se pueden resolver en la oficina de un abogado, sino que necesitan ser decididos por un juez. Así señala que no le duelen prendas al afirmar que si ella fuese acusada falsamente de haber cometido un crimen, buscaría al mejor “*trial lawyer*”-abogado litigador para defenderla en juicio; o que si su vecino está tirando basura tóxica en el río justo por encima de donde ella vive, quiere que pare; no estaría interesada en utilizar tiempo en colaborar ni llegar a compromiso alguno (WRIGHT, Kim, 2010. Introducción pág. XXXV).

Desde esta perspectiva voy a analizar el impacto que este cambio de paradigma que supone una aproximación diferente a la resolución de conflictos como es el Derecho Colaborativo tiene *en concreto* en la práctica de la profesión de abogado.

En nuestra práctica tradicional como abogados –a partir de aquí hablaré en primera persona por ser esta mi profesión– estamos acostumbrados a litigar, a ir al juzgado y a considerar a la otra parte y a su abogado como “adversarios”. Esto se ve en el lenguaje que tenemos interiorizado y que refleja la nuestra predisposición a ser combativos: así hablamos de “contrarios”; “ganar”, “perder”... Pensamos directamente que los intereses de nuestros clientes y los del “contrario” son opuestos e incompatibles por lo que todo nuestro esfuerzo va encaminado a crear estrategias para defender los intereses de nuestros clientes y conseguir resultados que si son de “cien por cien” a nuestro favor “cero para el contrario”, mejor que mejor.

Desde esta perspectiva los clientes ven a los abogados como guerreros con la espada en alto –detrás de los que están parapetados– dispuestos a la defensa de sus peticiones y demandas hasta las últimas consecuencias y todo lo dicho, en conjunto, empuja a los propios abogados a adoptar actitudes agresivas que a la postre resultan agotadoras para ellos mismos.

Como abogados tradicionales y en cuanto a la relación con nuestro cliente, por supuesto que le atendemos y escuchamos. Pero esta escucha se ciñe a identificar en lo que nos cuenta sus posiciones y lo que nos puede interesar desde el punto de vista jurídico para darle una respuesta también jurídica.

A la hora de negociar, presentaremos las peticiones de nuestro cliente y algunos compañeros no dudan en utilizar maniobras de presión incluso desleales para obtener el mejor acuerdo para su cliente, sin preocuparse en absoluto sobre el impacto que estas actitudes causan en las relaciones de su cliente con la otra parte. Es más, desafortunadamente se puede afirmar que la crispación que ya de por sí supone una negociación adversarial por muy de guante blanco que sea se puede ver agravada por la actitud y las técnicas del “abogado contrario” creando auténticas escaladas de hostilidad no solo entre las partes sino también entre compañeros. Por supuesto que además, en la inmensa mayoría de los casos la nego-

ciación tendrá lugar entre abogados y sin la presencia de las partes, que viene siendo considerada con carácter general inadecuada y problemática (¡vete tú a saber si dice algo que *no debe* delante del contrario!). Nosotros hablamos. Nosotros negociamos por los clientes.

El resultado de todo esto es que según las estadísticas más de la mitad de los acuerdos a los que se llega siguiendo esta negociación de tipo “tradicional” y adversarial en esencia (en cualquier ámbito del Derecho) son impugnados ante los tribunales en los dos años siguientes a su firma (Formación Asociación Francesa de profesionales de Derecho Colaborativo 2014).

Cuesta caer en la cuenta de que nuestros clientes además de lo que “piden” en concreto, de su posición, quieren ser escuchados, comprendidos, reconocidos y respetados. Nos cuesta ver que no hay ningún problema ni es incompatible tener en cuenta las necesidades de la otra parte sin que por ello dejemos de defender los intereses de nuestros clientes.

La práctica del abogado colaborativo se diferencia en primer lugar en que deja un sitio importante a la *escucha* a los clientes y a buscar las *necesidades e intereses* que subyacen a las demandas que verbalizan. Para ello hay que utilizar técnicas de comunicación y negociación razonada que hay que aprender. Los abogados aportan conocimientos jurídicos a los clientes, por supuesto, pero también les *asisten* en las negociaciones que se llevan a cabo en las que ellos tienen una participación activa.

En relación con la “otra parte”; esta deja de ser adversaria y el abogado de la otra parte deja de ser un “contrario” para convertirse en un aliado, en un miembro de un equipo que va a poner toda su energía en encontrar la mejor solución para resolver el conflicto de los clientes tratando de no agravar la situación ni la relación entre ellos.

La práctica colaborativa exige de los abogados un profundo replanteamiento de los métodos que están acostumbrados a utilizar y el aprendizaje

de nuevos métodos de trabajo y técnicas de comunicación absolutamente necesarias para ser un profesional colaborativo. No olvidemos además que el derecho colaborativo, más que un “derecho” es un proceso con unas reglas y unas fases que hay que observar y que por lo tanto hay que conocer.

Como señala el Manual de Formación Básica de IACP, ofrecer servicios de Práctica Colaborativa eficientes requiere que el profesional entienda e incorpore a su práctica los principios que definen el derecho colaborativo y eso va a requerir para la mayoría de los profesionales una “re-educación” especialmente “drástica” en el caso de los abogados. El cambio de “defensa de la posición del cliente” a “asesor y guía” requiere un cambio significativo en la perspectiva y habilidades de los abogados, como vengo diciendo.

La práctica colaborativa implica que un abogado acuerde formalmente aceptar una directriz específica del cliente en el sentido de proporcionar servicios que consisten en una forma específica de asesoramiento y que implican una visión más amplia del interés propio. Para llevar a cabo esta responsabilidad no es suficiente con la mera voluntad de negociar y adherirse al acuerdo de abandonar el caso si no se llega a un acuerdo. Se requiere el reconocimiento de la directriz del cliente para abandonar el estrecho “ganar-perder” del procedimiento contencioso y adoptar la orientación “ganar-ganar” del proceso colaborativo. Esto también supone la obligación de asegurarse de que los clientes han sido informados y comprenden plenamente los términos del acuerdo de participación; en palabras llanas, hay que asegurarse de que el cliente “sabe dónde se mete”.

Me gustaría ahora comentar mi primer contacto con este cambio de paradigma en la práctica.

En mayo de 2014, un grupo de profesionales del País Vasco fuimos a Madrid a recibir la formación básica en Derecho Colaborativo que impartían profesionales estadounidenses en la Universidad Carlos III de

Madrid organizada por el Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación. La mayoría éramos abogados pero había también psicólogos, *coaches* y personas formadas en económicas y empresariales. Cuando llegó el momento de la práctica, nos organizaron por grupos para llevar a cabo un role play de un caso concreto en el que teníamos que adoptar distintos roles, habiendo dos personas que hacían de clientes, dos personas que hacían de abogados y una persona que hacía de coach. Se trataba de ir interiorizando mediante un ejercicio práctico todo lo expuesto en este trabajo sobre que el abogado acepta la directriz del cliente, le asesora y acompaña de la negociación, sale del primer plano en esa negociación dejando el protagonismo al cliente ... Pues bien, en la puesta en común del ejercicio, cuando se nos preguntó a los que habíamos “hecho de abogados colaborativos” en el role play cómo nos habíamos visto a nosotros mismos, salieron las siguientes impresiones que tengo anotadas: “*no sólo es diferente: es al revés; un shock (no sé si positivo o negativo); sensación de labor no eficaz; sensación de pérdida de control; todos muy descolocados y los abogados con sensación de “pies en el aire”, o de papeles cambiados...* incluso algunos que hicieron de clientes dijeron sentirse raros *llevando la voz cantante...* En resumen, un auténtico shock que nos revolucionó a todos. Las formadoras norteamericanas que nos supervisaban nos dijeron que esa es la sensación lógica puesto que el método supone un cambio enorme y en la misma esencia del rol que venimos ejerciendo como profesionales.

Luis Bueno Ochoa en su artículo “Cruce y Descruce de miradas al Derecho Colaborativo” para el nº 95 de la revista *ICADE* (mayo-agosto 2015) sobre este cambio de paradigma y citando a Amancio Plaza (profesional colaborativo) en la pág. 117 escribe:

“[...] El *paradigm shift* en la función del abogado colaborativo es bestial: pasas de ‘llevar la voz cantante’ porque eres el que ‘sabe de la ley’, a tener que ‘aprender a escuchar’ para comprender el conflicto del cliente y sus intereses”...

Pienso que llegados a este punto y con lo dicho, ha tenido que quedar meridianamente claro que para ser un profesional colaborativo la formación es fundamental y obligatoria. Los estándares mínimos de esta formación están marcados por la IACP y se complementan con los requerimientos que al respecto pueden hacer las distintas Asociaciones de Derecho Colaborativo. En España la formación ha venido siendo impartida por profesionales estadounidenses o de países europeos donde la práctica colaborativa lleva funcionando más tiempo por lo que los formadores pueden cumplir con los requisitos de IACP y transmitir no solo su conocimiento teórico sino también su “saber hacer” que viene de la práctica “real”.

Además de esta formación teórica, son también fundamentales los grupos de práctica. En ellos nos reunimos los profesionales que tenemos formación en Derecho Colaborativo para profundizar en el método mediante *role-plays*, para compartir la experiencia que vayamos adquiriendo en casos reales y para debatir cuestiones que pueden crear dudas o controversias en relación con los estándares, metodología, principios, honorarios... De esta forma se van creando vínculos de confianza y se puede ir formando una red de profesionales que hayan recibido la misma formación y a los que se pueden ir refiriendo los casos que vayan surgiendo.

La formación y la práctica nos permiten aprender y ejercitar técnicas de comunicación que vamos a aplicar en el proceso. La IACP establece que tiene que haber una formación inicial de unos cuatro días centrados en el proceso y en las técnicas de comunicación (Formación Básica y Formación Avanzada). Desde la Asociación de Derecho Colaborativo de Euskadi se pide también como formación complementaria y obligatoria el método de la escuela Harvard de negociación en base a intereses y añadido a ello y en aras también a obtener las horas mínimas de formación requerida, se han organizado innumerables talleres: escucha activa, ego, feed back, silencio...

Por su parte, el Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación de la Universidad Carlos III de Madrid ya tenía en marcha la 2ª edición de

Programa de Formación específico en Derecho Colaborativo para el curso 2015-2016. Lo estructuraban en cuatro módulos independientes de 12 horas y media de duración cada uno con la finalidad de “*ampliar la comunidad colaborativa*” y “*desarrollar adecuadamente las competencias profesionales para el desempeño de la práctica colaborativa con un estándar formativo que incluye los parámetros exigidos por la IACP...*” (Página web de la Universidad Carlos III de Madrid-Instituto de Justicia y Litigación “Alonso Martínez”-Actividades-Formación en Derecho Colaborativo).

Los manuales de formación de IACP hacen unas reflexiones sumamente interesantes en relación con la formación. Así, se señala que el desarrollo de habilidades específicas para ejercer la práctica colaborativa requiere tiempo, energía y una mente abierta para aprender de la experiencia así como una formación complementaria. Señalan que a los abogados, especialmente a aquellos sin formación en mediación, les puede resultar sorprendente la cantidad de herramientas que hay que aprender y cuánta autorreflexión y apertura a la crítica constructiva es necesaria para ejercer como abogados colaborativos. Por ello, se dice que la formación en mediación es un activo incalculable para profesionales colaborativos y es requerida por muchos grupos de práctica. El manual de formación de la Asociación Francesa de profesionales colaborativos, también hace mención a la formación complementaria en mediación como muy conveniente.

La esencia de la Práctica Colaborativa es buscar soluciones “ganar-ganar” para la resolución de conflictos mediante la asistencia a los clientes en la utilización de la negociación basada en intereses. La comprensión de las necesidades, esperanzas o deseos, es decir, de los intereses que subyacen y explican una posición es el paso clave para pasar de la negociación basada en posiciones a una basada en intereses.

En los casos de familia o de divorcio la susceptibilidad está a flor de piel y el ambiente cargado de emociones, por ello la orientación y el asesoramiento a los clientes es casi siempre necesario para ayudarles a iden-

tificar y comunicar adecuadamente sus intereses. El enfoque tradicional de los abogados simplemente se basa en cuantificar dinero o tiempo si por ejemplo el asunto involucra a los niños. La transición hacia una negociación integradora basada en intereses supone un verdadero reto para los abogados que hemos sido entrenados en un estilo de comunicación de debate y una negociación basada en posiciones en lugar de en las técnicas que la práctica colaborativa requiere: escucha activa y el abandono de la obsesión por obtener resultados.

Sobre esto último y para concluir este apartado, hay que decir que para los abogados es muy difícil en la práctica “dejar” que el cliente opte por una “solución” que desde nuestro punto de vista no consideremos “la mejor”. No estoy hablando de que sea contraria a derecho o que le ponga en una situación muy comprometida o inferior. Simplemente hablo de que el cliente, convenientemente asesorado, tome la decisión por sí mismo y quede satisfecho eligiendo una opción que consideramos mejorable. No estar obsesionado por el resultado no es fácil y es otro de los cambios que hay que llevar a cabo cuando pretendes ejercer como abogado colaborativo. El mejor resultado es el que *sirve* a tu cliente. Es SU vida. En esto se traduce en última instancia todo lo dicho en este trabajo acerca de que el cliente es el protagonista en la búsqueda de su propio acuerdo.

VII. LA PRÁCTICA COLABORATIVA EN EL PAÍS VASCO: EL “SALTO AL RUEDO”

La intención de este trabajo ha sido ofrecer un panorama del Derecho Colaborativo en su formulación teórica y en su formulación práctica como método de resolución de conflictos que están utilizando en la actualidad miles de profesionales para solventar los asuntos de sus clientes. Me gustaría terminar de “bajar a tierra” este método hablando del caso que tengo más cercano y conozco de profesionales que han “saltado al rue-

do” y han llevado a cabo con éxito en mi entorno los primeros casos de derecho colaborativo.

El origen de todo este movimiento colaborativo está en la Asociación de Derecho Colaborativo de Euskadi y en la formación recibida en la Universidad Carlos III de Madrid en mayo de 2014 a la que me he referido más arriba. A esta formación le sucedieron otras a lo largo del tiempo de forma que muchos de nosotros (abogados en su mayoría), en un tiempo razonable tuvimos la formación y horas requeridas para poder formar parte del Directorio de la Asociación como profesionales colaborativos. La formación teórica fue complementada desde el primer momento con la organización de grupos de práctica que se pusieron a funcionar en Vitoria y en Bilbao con reuniones mensuales.

Desde esta experiencia, los abogados de Bilbao José Orbe y Alkain Oribe y el experto en comunicación Asier López de Guereño, con espíritu innovador, emprendedor y valiente, formaron un equipo, crearon una web y empezaron a llevar casos de divorcio resolviéndolos con el método del Derecho Colaborativo.

El método en sí, aunque incluya “solo” abogados y clientes en el equipo ya es suficientemente revolucionario y supone un cambio radical en la práctica de los abogados como hemos visto, pero considero que los compañeros a los que me he referido han tenido un enorme acierto al incorporar un neutral experto en comunicación desde un inicio como parte de ese equipo.

Por mi parte he colaborado con estos profesionales en un par de casos no de divorcio sino de familia: un caso de toma de decisiones familiares ante la coyuntura del traslado por trabajo del esposo atinentes a la organización patrimonial y sucesoria (capitulaciones matrimoniales, testamentos, poderes preventivos...) y otro de pactos prematrimoniales a incluir en una escritura de capitulaciones en las que se pactaba separación de bienes.

Como digo, las dinámicas que se crean son radicalmente diferentes a las que tenemos en la negociación tradicional (lo de dejar hablar al cliente es nuevo y nos cuesta), pero además, el hecho de que haya un neutral que esté junto con los abogados atento a “lo que sucede en la mesa” y a desactivar las emociones de los clientes que pueden suponer un freno al avance de la negociación y a la consecución del acuerdo es, desde mi punto de vista, totalmente liberador para los abogados. Porque sí, en la práctica se atiende a las emociones de los clientes, no es solo teoría. Y aquí hablo de experiencia propia del primer divorcio colaborativo que llevo con la compañera abogada de Bilbao y alumna de este curso, Nahia Llona.

A estos compañeros pioneros de Bilbao, les he hecho una serie de preguntas cuyas respuestas resumo a continuación para así terminar el trabajo con un testimonio de personas con cierto recorrido en el ejercicio como profesionales colaborativos.

Estos compañeros llevan trabajando en casos de divorcio desde el año 2015 y han llevado y terminado un total de ocho asuntos de divorcio y otros dos de derecho de familia preventivo a los que me he referido antes y en los que he intervenido yo. El origen de estos asuntos está en los propios despachos de los abogados José Orbe y Alkain Oribe: si una vez que explican a sus clientes las diferentes formas que tienen de resolver su conflicto (mutuo acuerdo, contencioso... etc.) detectan que un caso puede ser resuelto por el método colaborativo y el cliente muestra interés en ello, se ponen en contacto y hacen una presentación del equipo a los posibles clientes en la cual les explican todos los pormenores del método para que tomen su decisión. De momento llevan un porcentaje de casos terminados con acuerdo del cien por cien. Todos los casos que han iniciado han finalizado con un acuerdo.

A la pregunta de qué es lo que más les ha costado cambiar en su forma de negociar para adaptarla al proceso colaborativo contestan que el enfoque al conjunto sin perder de vista al individuo, a tu propio cliente.

Como uno de los temas que más debate suscita en las reuniones de los grupos de práctica es el tema de la confidencialidad y de la transparencia, he preguntado a los compañeros también si han tenido algún problema en este sentido, a lo que contestan que en términos generales no. A los clientes se les comunica desde el principio que hay un solo expediente y lo que allí figure se comparte con el equipo. Sí comentan que han tenido que hacer algún ajuste entre ellos de cara a decidir qué información sale y se comparte en la mesa y cual no, pero dicen que por regla general, todo lo que sea bueno y necesario para el acuerdo se comparte.

En cuanto a las ventajas que encuentran en este método de resolución de conflictos en relación a los clientes y a ellos mismos como profesionales, contestan lo siguiente:

- En relación a los clientes que están muy tranquilos. Al conocer los siguientes pasos y las tareas a realizar entre sesiones, apenas hay llamadas entre sesiones.
- En relación a ellos mismos como profesionales, ven como una ventaja sentirse respaldados en la negociación y que no haya sentimiento de competición entre ellos. Se comparte la preocupación por llegar a un buen acuerdo para las dos partes de forma consensuada. Hacen hincapié también en que como profesionales, formar parte de un equipo “es una liberación profunda” (cito literalmente), además de ser mucho más eficaces en su trabajo.

Además de compartir al cien por cien las respuestas de mis compañeros en relación a las ventajas del método me gustaría añadir unos últimos apuntes prácticos. Para quien pueda pensar que la puesta en práctica de la práctica colaborativa es un “paseo” tengo que hacer algunas últimas precisiones.

Las reuniones a cuatro bandas o multibanda, que suelen tener una duración preferiblemente no superior a dos horas son muy intensas y agotadoras. En ellas pasan muchas cosas que hay que atender y resolver en el momento mediante –si es necesario– paradas y “caucus”, que son reuniones que llevamos aparte los abogados con los respectivos clientes cuando uno o ambos lo necesitan por la razón que sea, para luego volver a la mesa de negociación.

Nunca dejas de ser abogado y de defender los intereses de tu cliente, pero el método encima te exige un plus: el de estar atento también a las necesidades de la otra parte para que el acuerdo sea viable para ambos. Por lo tanto el nivel de implicación y energía que tienes que poner en el proceso debe de ser máximo.

También, me gustaría añadir a las ventajas comentadas por mis compañeros, que las dinámicas que se crean con este método de trabajo son interesantísimas. Se crea una confianza y una tranquilidad entre el equipo que hace que todos nos dirijamos los unos a los otros, es decir, también es aceptable que tú te dirijas al cliente de tu compañero/a o que este/a se dirija a ti directamente (muy constreñido en la práctica tradicional donde como he comentado, preferiblemente, no se va a dar ni la oportunidad de que haya un encuentro a cuatro bandas).

En cuanto a la dinámica con el abogado/a de la otra parte, dentro de que por supuesto hay discusión cuando tiene que haberla y defensa de los intereses de cada cliente, también está encima de la mesa el hecho de que se trata de descubrir y dar respuesta a los intereses de AMBAS partes, lo cual te obliga a echarle imaginación, y a ser creativo y flexible en la búsqueda de soluciones entre todos –abogado de la otra parte incluido– por lo cual este se convierte en un verdadero aliado.

VIII. APLICACIÓN DEL DERECHO COLABORATIVO A DISTINTOS ÁMBITOS DEL DERECHO

En el entorno del País Vasco, ya hay varios profesionales que han “echado a andar” llevando asuntos con este método de resolución de conflictos. Los pioneros llevan principalmente divorcios, hay que tener en cuenta que este método nació en el ámbito del derecho de familia y se adapta muy bien a él, pero es aplicable a otras áreas del derecho como los conflictos societarios, el ámbito laboral, el sanitario... De hecho los grupos de prácticas en Vizcaya están divididos en “familia” y “empresa”, habiendo ya otro grupo de compañeras “colaborativas” que han creado una web para llevar asuntos más orientados a la empresa y el derecho laboral.

Escribe al respecto Carmen Aja Ruiz, abogada laboralista y Secretaria de la Asociación de Derecho Colaborativo de Madrid: “[...] *El Derecho Colaborativo nació como respuesta a una necesidad flagrante. Las personas y sus conflictos familiares se merecían un trato mejor. Una atención responsable, saludable y global. Cuando hablamos de emociones, familia y niños, tenemos en nuestra mano el futuro. Se trata de algo demasiado valioso para dejarlo en manos de terceros. [...] Muchos de los conflictos laborales, con incluso devastadoras consecuencias, y por devastadoras ya no sólo hablamos de despidos sino de acoso laboral, radican en la falta de comunicación. Como la mediación, el proceso colaborativo es bueno en sí mismo, como diálogo e intercambio de intereses...*”. Aja Ruiz, Carmen. Artículo “*Derecho Colaborativo y Aplicación en el mundo de la empresa y las organizaciones*”. Community of Insurance. 5 de julio de 2015.

En la misma línea Iñaki Calvo, en una e-letter (nº 20) publicada en la revista digital Community of Insurance, habla de la aplicación del Derecho Colaborativo en el ámbito de la empresa familiar, en un momento “delicado” como es el de la sucesión en el negocio: “... *Creemos que la práctica jurídica nos ofrece otras alternativas de solucionar estos conflictos, perfectamente ajustadas a derecho pero al margen de un juzgado. Dichas alternativas pasan por la mediación, el arbitraje, la conciliación, la negociación o el derecho*

colaborativo, por ejemplo. Con el máximo respeto a todos los métodos alternativos, en este tipo de conflictos abogamos por el derecho colaborativo ya que entendemos que no sólo es adecuado porque en su ADN está la solución de conflictos amparados por el derecho de familia, aunque es aplicable a cualquier otro ámbito del Derecho, sino porque es recomendable cuando:

- Existen relaciones de carácter personal o familiar.*
- Las relaciones, sean del tipo que sean, hayan de perdurar en el tiempo.*
- Hay varias partes en conflicto.*
- Se pretende salvaguardar la privacidad de las partes.*
- Existe la necesidad de rapidez en la resolución.*
- Se pretenden economizar gastos.*
- Existen incertidumbres jurídicas notorias.*

... Asimismo para terminar, la práctica del Derecho Colaborativo debe ser acorto plazo una práctica extendida y asumida por la mayoría de las Compañías de Seguros. Y sin duda alguna, como una manera inteligente y eficiente de resolver conflictos puesta a disposición de sus asegurados por las Compañías de Defensa y Protección Jurídica. CALVO, Iñaki. E-letter nº 20. Community of Insurance.

El hecho es que tenemos en nuestra mano un nueva herramienta que podemos ofrecer a los clientes y que se va a adaptar muy bien a la resolución de los conflictos dentro de cualquier ámbito del derecho en los que estos no quieran perder el control del proceso, tengan especial preocupación por la difusión pública de las negociaciones prefiriendo que estas se lleven a cabo en un entorno privado y confidencial y por último, no quieran padecer la incertidumbre que supone que su asunto lo decida un tercero.

IX. CONCLUSIONES

1. El Derecho Colaborativo es un método alternativo de resolución de conflictos de carácter autocompositivo (son las partes las que deciden poner fin al conflicto de forma consensuada) y voluntario mediante el cual las partes asistidas por sus abogados y eventualmente con la intervención de terceros “neutrales” van a intentar alcanzar un acuerdo mediante una negociación basada en intereses y sin la intervención de los órganos jurisdiccionales, rigiendo su actuación en base a los principios de buena fe, transparencia y confidencialidad recogidos en el acuerdo de participación que firman las partes y sus abogados y que incluye el compromiso expreso de estos de renunciar a llevar el asunto a los tribunales.

2. Nace en Estados Unidos en los años 90 de la mano del abogado especialista en Derecho de Familia Stuart G. Webb y en apenas veinte años consigue una gran expansión e implantación en Estados Unidos, cruzando fronteras y extendiéndose primeramente por Canadá y más tarde por otros países del mundo como Suiza, Irlanda, Francia, Italia, Austria, Australia... Llega a España en el año 2013 de la mano de la Asociación de Derecho Colaborativo de Euskadi y la Asociación de Derecho Colaborativo de Madrid, pioneras e impulsoras del “Movimiento Colaborativo” a nivel nacional.

3. La International Academy of Collaborative Professionals (IACP) es una entidad que agrupa a más de 5000 profesionales de 24 países diferentes y que se encarga de establecer y mantener los elementos esenciales de la práctica colaborativa, los estándares éticos y prácticos y de promover la excelencia profesional de esta práctica a través de la formación y el suministro de recursos a los profesionales colaborativos. Los estándares éticos y los relativos a la práctica y a la formación necesaria para ser un profesional colaborativo marcados por la IACP han sido asumidos por las dos asociaciones de Derecho Colaborativo que han iniciado este

movimiento en España; la asociación de Euskadi y la de Madrid, por ello, todos los profesionales que llevan a cabo la formación necesaria al amparo de estas asociaciones lo hacen bajo los “IACP Standars”.

4. El Derecho Colaborativo no es en sí mismo un “derecho” sino más bien un “proceso” conformado por una serie de fases o etapas por las que discurre la negociación basada en intereses (modelo de la escuela Harvard) que comprenden resumidamente, la exposición del caso por parte del cliente, la búsqueda de intereses y necesidades, la objetivación de la situación, el desarrollo de opciones, las ofertas y el acuerdo. El desarrollo de estas etapas se lleva a cabo a través de reuniones a cuatro bandas de las partes con sus respectivos abogados, que son el “alma” del proceso y que irán intercaladas con reuniones individuales abogado-cliente. Existen también unos requerimientos prácticos claros dirigidos a dar impulso al proceso del que son responsables los abogados intervinientes (calendario de reuniones, agendas, asignación de tareas, levantamiento de actas de las reuniones, elaboración de memorandos...).

5. La práctica colaborativa tiene unas señas de identidad que incluyen:

- El compromiso compartido de proceder honesta, respetuosamente y de buena fe.
- El compromiso de revelar voluntariamente todos los hechos e información relevante para la resolución del asunto.
- Evitar acudir a los tribunales y la propia amenaza de ir a los tribunales.
- La participación activa de los clientes, verdaderos protagonistas del proceso con voz propia.
- El objetivo de crear soluciones compartidas que tengan en cuenta los intereses de ambos clientes.

- La oportunidad de trabajar con otros profesionales de diferentes ámbitos en equipos multidisciplinares que van a aportar su conocimiento para ayudar a la eficacia y eficiencia del proceso y cuya intervención está también “reglada”; son los llamados “expertos neutrales”.
- La “inhabilitación” (*disqualification*) de todo el equipo de profesionales involucrado en el proceso colaborativo para intervenir en un futuro litigio entre los clientes sobre el asunto tratado.

6. Trabajar como profesional colaborativo supone un cambio de paradigma especialmente radical en lo referente a la profesión de abogado. Exige una formación específica mínima y el aprendizaje de técnicas y herramientas totalmente ajenas a la Facultad de Derecho como son por ejemplo la escucha activa o la reformulación, siendo muy recomendable también la formación en mediación. Debido a los principios que inspiran la práctica colaborativa (honestidad, transparencia, buena fe...) asociada a ella se habla incluso de “regeneración ética de la práctica de la abogacía” en el ámbito de la resolución de conflictos, ya que supone otra manera de ejercer la profesión de abogado propugnando el tránsito de la “justicia confrontativa” a la “justicia del acuerdo”.

X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y RECURSOS UTILIZADOS

ROGER FISHER, William Ury y BRUCE PATTON “*Obtenga el Sí. El arte de negociar sin ceder*” Penguin 1991.

KIM WRIGHT, J. “Lawyers as Peacemakers” *Practicing Holistic, Problem-Solving Law*. (ABA 2010).

STEPHEN R., Covey. “*Los 7 hábitos de la gente altamente efectiva*” Lecciones magistrales sobre el cambio personal (1989). Ediciones Paidós Ibérica (edición en castellano 2009).

Manual de Formación Básica – Plan de Estudios de Formación Básica de la *International Academy of Collaborative Professionals (IACP)*. Madrid, mayo de 2014, Universidad Carlos III.

Material de Formación Avanzada en Derecho Colaborativo – Plan de Estudios de la *International Academy of Collaborative Professionals (IACP)*. Bilbao, Universidad de Deusto, noviembre de 2015.

Manual de formación de la Asociación Francesa de profesionales de Derecho Colaborativo.

ESTEVE ESTEVE, Patricia. “*Abogado Colaborativo: Una nueva forma de resolución de conflictos*”. Revista Jurídica de Catalunya. Núm. 1, 2016.

BUENO OCHOA, Luis. “*Cruce y descruce de miradas al Derecho Colaborativo*”. ICADE, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales. N°95 mayo-agosto 2015.

PLAZA, Amancio. “*El Movimiento del Derecho Colaborativo: 25 años de innovación en la resolución de conflictos*”. Web . Enero de 2016.

PLAZA, Amancio. “*Primera aproximación al Derecho Colaborativo: los elementos esenciales del “proceso colaborativo”*”. Revista de la Universidad de Deusto, n° 127. Debates jurídicos sobre el Derecho Colaborativo.

AZCÚNAGA LUCAS, Carmen. “*¿Formación para el acuerdo o para el pleito?*”. Revista de la Universidad de Deusto, n° 127. Debates jurídicos sobre el Derecho Colaborativo.

PLAZA, Amancio. “*Innovando en la gestión de conflictos: 25 años del “Movimiento Colaborativo” y su éxito internacional*”. Revista Community of Insurance (2015)

PLAZA, Amancio. “*¿Es caro el “proceso colaborativo”? Derecho colaborativo y ahorro en costes “económicos, personales y sociales”*”. Web. Mayo de 2015.

Artículo “*El atasco judicial pasa factura a la economía*”. 22 de febrero de 2016.

AJA RUIZ, Carmen. Artículo “*Derecho Colaborativo y Aplicación en el mundo de la empresa y las organizaciones*”. Community of Insurance. 5 de julio de 2015.

CALVO, Iñaki. E-letter n° 20. Community of Insurance.

El nuevo Derecho Paisajístico en el País Vasco: Hacia una ordenación equilibrada y sostenible de nuestro territorio*

LAURA SANCHO MARTÍNEZ

Graduada en Derecho

Universidad de Deusto

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 25/10/2017

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 12/11/2018

Resumen: La configuración del paisaje como recurso natural implica la identificación de los rasgos de la noción material del paisaje y su configuración como un bien tutelado por el Derecho, tanto a nivel internacional como a nivel estatal, como a nivel de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación a sus diversas finalidades dentro de las directrices de ordenación territorial a la hora de realizar un avance significativo en su regulación.

Palabras-clave: Derecho paisajístico, protección del paisaje, instrumentos internacionales, ordenación equilibrada y sostenible.

* El presente trabajo fue premiado en la segunda edición del Premio Adrián Celaya de la Academia Vasca de Derecho para jóvenes juristas.

Laburpena: Paisaiaren kontzeptua modu askotara ulertzen bada ere, baliabide natural gisa hartzen da ikerketa lan honetan. Horrek erakartzen du paisaiaren kontzeptuaren ezaugarri nagusiak identifikatzea eta Zuzenbidearen babespean jartzea, helburu ongarri baten moduan. Horretarako nazioarteko maila, estatu maila eta Euskal Autonomia Erkidegoaren mailan aztertzen dira paisaia Zuzenbidearen er-tzak, besteak beste, lurralde zuzenketarako jarraibideak begiepean jartzeko eta ho-rien araubidean aurreratu ahal izateko.

Gako-hitzak: Paisaia Zuzenbidea, paisaiaren babesa, nazioarteko tresnak, arau-bide orekatua eta iraunkorra.

Abstract: The landscape definition as a natural resource means the identification of the characteristics of its definition and its configuration as a protected legal interest, at international, national and Basque Autonomic Community levels, and in relation with its different goals within the zoning regulation directives.

Key-words: Landscape law, landscape protection, International instruments, ba-lanced and sustainable regulation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ¿POR QUÉ UN DERECHO PAISAJÍSTICO EN EL PAÍS VASCO? II. EL PAISAJE COMO RECURSO NATURAL: RASGOS IDENTIFICADORES DE LA NOCIÓN MATERIAL DE PAISAJE. 1. Estabilidad. 2. Visualización. 3. Utilidad. III. EL PAISAJE COMO BIEN TUTELADO POR EL DERECHO: DE UNA CONSIDERACIÓN MERAMENTE INCIDENTAL A UN INTERÉS CENTRAL PROCEDENTE DEL ÁMBITO INTERNACIONAL. 1. Principales instrumentos internacionales para la protección paisajística. 1.1. *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su protección al paisaje como derecho colectivo.* 1.2. *La Convención de la UNESCO de 1972 sobre Patrimonio Mundial, Cultural y Natural.* 1.3. *Otros Tratados internacionales con incidencia en la protección del paisaje.* 2. El medio ambiente en el derecho de la Unión Europea y su incidencia en la protección paisajística. 3. En especial, sobre el Convenio Europeo del Paisaje, de 20 de octubre de 2000: La primera norma para el impulso de la protección y gestión integral paisajísticas. 3.1. *Principios inspiradores y objetivos del CEP.* 3.2. *Una definición normativa unificada de paisaje.* 3.2.1. Territorio. 3.2.2. Percepción de la población. 3.2.3. Interacción de factores naturales y/o humanos. 3.3. *Compromisos adoptados por los Estados parte, políticas paisajísticas e instrumentos de intervención.* 3.4. *Participación pública.* 3.5. *Integración del paisaje en políticas e instrumentos sectoriales.* IV. LA PROTECCIÓN DEL PAISAJE EN EL ORDENAMIENTO INTERNO ESTATAL. 1. Antecedentes y situación en el Derecho comparado. 2. Breve apunte competencial. El paisaje en la Constitución de 1978 y en los Estatutos de Autonomía. 3. La evolución de la legislación estatal con incidencia en la protección paisajística. V. LA PROTECCIÓN DEL PAISAJE EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO: HACIA UN «DERECHO PAISAJÍSTICOVASCO». 1. Introducción. 2. La protección del paisaje en la legislación vasca antes del Decreto 90/2014, de 3 de junio, sobre protección, gestión y ordenación del paisaje. 2.1. *El paisaje vasco en las políticas de protección del medio ambiente.* 2.2. *El paisaje vasco y la conservación de la naturaleza.* 2.3. *El paisaje vasco en la ordenación territorial.* 3. El paisaje y la ordenación territorial en la CAPV. 3.1. *La gran amenaza del paisaje: el modelo urbanístico actual.* 3.2. *La solución: un paisaje integrado de manera efectiva en las políticas de ordenación territorial y urbanística.* 3.3. *El marco legal de actuación: LOT, DOT y Planes Territoriales.* 4. El

Decreto 90/2014, de 3 de junio, sobre protección, gestión y ordenación del paisaje del País Vasco. 4.1. *Catálogos del paisaje*. 4.2. *Determinaciones del paisaje*. 4.3. *Planes de acción del paisaje*. 4.4. *Estudios de Integración Paisajística y método para su elaboración: Orden del Consejero de Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda, de 15 de febrero de 2017, por la que se aprueba la «Guía para la elaboración de estudios de integración paisajística en la Comunidad Autónoma del País Vasco»*. 4.5. *Medidas de sensibilización, formación, investigación y apoyo*. 5. *Perspectivas de futuro: el paisaje como gran protagonista en la Revisión de las Directrices de Ordenación Territorial*. 5.1. *La incorporación del factor paisajístico en las bases del nuevo modelo territorial*. 5.2. *Los objetivos paisajísticos en la futura ordenación del medio físico*. 5.3. *El paisaje en las futuras directrices territoriales*. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: ¿POR QUÉ UN DERECHO PAISAJÍSTICO EN EL PAÍS VASCO?

El paisaje todavía suena como una categoría jurídica extraña¹. Sin embargo, su componente indisoluble de la calidad de vida humana, así como su fuerte vertiente medioambiental, han propiciado que sea objeto de un tratamiento legal cada vez más significativo², hasta el punto en que hoy en día estamos asistiendo a la proliferación de una serie de normas que lo presentan como elemento central de su regulación y que pronto lo configurarán como un sector jurídico autónomo.

La creciente preocupación del legislador por el estado y conservación de nuestros paisajes responde a un simultáneo aumento de la sensibilidad social

¹ CLOVIS SIAKA, Danny. «La privatización del paisaje. Elementos para su aprehensión “jus privativa”». *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 8. Aranzadi. Cizur-Menor, 2015. Párr. 1.

² FABEIRO MOSQUERA, Antonio. «La protección del paisaje: su creciente importancia en el ámbito internacional y la dispersión de instrumentos jurídicos para su protección integral en el Derecho español». *Revista española de Derecho Administrativo*, n° 131. Civitas. Pamplona, 2006. Párr. 1.

en esta materia³. Así, aunque la inquietud ciudadana por la cuestión paisajística ha sido tradicionalmente baja en España, la experiencia de los investigadores del Centro de Estudios Paisaje y Territorio (CEPT), y diversos análisis científicos, ponen de manifiesto que la preocupación de la población por el paisaje ha experimentado un crecimiento revelador en los últimos años⁴.

Este progresivo aumento del interés por el paisaje resulta fácil de explicar si se tienen presentes los múltiples beneficios que comporta en distintas esferas de la vida humana⁵; particularmente, en el terreno social, económico y ambiental⁶.

Así, desde el punto de vista social, el paisaje representa un importante componente del patrimonio –tanto natural, como cultural– de los pueblos, contribuyendo a la construcción de su identidad y de sus culturas.

En segundo lugar, el paisaje influye en el plano económico de varias formas: por un lado, es uno de los factores más trascendentales a la hora de valorar un terreno, pudiendo incluso llegar a incidir de forma directa sobre el valor de los bienes inmuebles asentados en un determinado lugar. Por otro lado, puede afectar también al desarrollo de determinadas

³ GIEURE LE CARESSANT, Javier. «El paisaje en su versión jurídica urbanística (aspectos prácticos). Estudio especial de la Comunidad Autónoma Valenciana». *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 9, Sección Colaboradores, tomo 2. La Ley, quincena del 15 al 29 de mayo de 2007. Pg. 1474.

⁴ PARDOEL, Dirk y RIESCO CHUECA, Pascual. «El paisaje en la esfera pública: discurso, percepciones e iniciativa ciudadana en torno a los paisajes españoles». *Patrimonio natural, cultural y paisajístico. Claves para la sostenibilidad territorial*. Observatorio de la Sostenibilidad en España. Junta de Andalucía, 2009. Pg. 225.

⁵ Lo considera también así el Consejo de Europa, que en el Preámbulo de la Convención Europea del Paisaje, de 20 de octubre de 2000, ha señalado que «el paisaje desempeña un papel importante de interés general en los campos cultural, ecológico, medioambiental y social (...), constituye un recurso favorable para la actividad económica y (...) su protección, gestión y ordenación pueden contribuir a la creación de empleo».

⁶ Ver HERVÁS MÁS, Jorge. *Ordenación del territorio, urbanismo y protección del paisaje*. Ed. Bosch. Barcelona, 2008. En especial, cap.1, «La realidad multiforme del paisaje».

actividades agrícolas, ganaderas, mineras o cinegéticas. Y, además, se presenta como un factor de fomento del turismo⁷.

Por último, desde la perspectiva ambiental, el paisaje constituye un recurso natural⁸ que se presenta como un todo, pues es susceptible de englobar los más variados elementos naturales y estar compuesto por distintos ecosistemas.

Lo anterior, que tiene su importancia en un país como España, que es uno de los territorios europeos con mayor diversidad de ecosistemas, hábitats y especies⁹, adquiere en particular gran relevancia en la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV) debido al ritmo y la magnitud de los cambios a los que se ha visto sometido su paisaje¹⁰.

En este sentido, en los 7.234 km² de superficie de la CAPV, la ocupación forestal (3.970 km²) asciende al 55% del territorio¹¹. Además, junto con estas importantes extensiones naturales, el País Vasco cuenta también con una superficie artificial de 460 km² (6%), una densidad de población de 300,2 hab/km² en 2016¹² y 13.690 km de infraestructuras de comunicación¹³.

⁷ FABEIRO MOSQUERA, Antonio. «La protección...», *loc. cit.*, párr. 1.

⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen. «El paisaje, el medio rural y el patrimonio natural en las recientes iniciativas legislativas estatales (A propósito de la ratificación por España de la Convención Europea del Paisaje, la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural y la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad)». *Revista española de Derecho Administrativo*, n° 140. Ed. Civitas. Pamplona, 2008. Párr. 1.

⁹ VVAA. *Patrimonio natural, cultural y paisajístico. Claves para la sostenibilidad territorial*. Observatorio de la Sostenibilidad en España. Junta de Andalucía, 2009. Pg. 34.

¹⁰ ORMAETXEA ARENAZA, Orbanje y SÁENZ DE OLAZAGOITIA BLANCO, Ana. «Nuevos requerimientos y herramientas en el estudio del paisaje de la Comunidad Autónoma del País Vasco». En DE LA RIVA, Juan y VVAA. *Análisis espacial y representación geográfica: innovación y aplicación*. Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 2015. Pg. 1163.

¹¹ Hallándose la mayor parte en Gipuzkoa (1.244 km²) y Bizkaia (1.317 km²).

¹² EUSTAT.

¹³ ORMAETXEA ARENAZA, Orbanje y SÁENZ DE OLAZAGOITIA BLANCO, Ana. «Nuevos...», *loc. cit.*, pg. 1164.

En la CAPV confluyen, por tanto, vastas superficies naturales¹⁴ que conviven con una fuerte presencia e intervención humana, lo que ha dotado a sus paisajes de un carácter específico que es preciso proteger, al mismo tiempo que los hace susceptibles de una intensa transformación que debe ser adecuadamente gestionada y ordenada en base a la percepción que presente cada población con respecto a su propio territorio.

A pesar de lo anterior, el paisaje atraviesa hoy en día una situación crítica y paradójica, pues mientras la reivindicación de la población de vivir en entornos paisajísticamente dignos es cada vez mayor¹⁵, el ritmo y la magnitud de los cambios que durante las últimas décadas asolan nuestros paisajes están provocando su homogeneización e incluso la creación de paisajes con condiciones ecológicas diferentes a las del contexto natural¹⁶. Circunstancias que se presentan como sumamente relevantes no solo desde el punto de vista medioambiental, sino también del histórico y cultural, por la pérdida que supone para la población ver transformado un paisaje íntimamente vinculado a su identidad.

¹⁴ Muchas de ellas con sus concretas figuras de protección debido a sus valores especiales, como la Reserva de la Biosfera del Urdaibai (UNESCO), 47 Zonas de especial conservación (ZEC) y 4 Zonas de especial protección para aves (ZEPA) en el marco de la Red Natura 2000, así como 9 Parques Naturales y 8 Biotopos Protegidos (Espacios Naturales Protegidos). RUIZ URRESTARAZU, Eugenio y GALDÓS URRUTIA, Rosario. *Geografía del País Vasco*. Ed. Nerea. Donostia, 2008. Pp. 65-66.

Para lugares de la Red Natura 2000, ver: <http://www.ingurumena.ejgv.euskadi.eus/r49-u95/es/u95aWar/consultaMarcosJSP/U95aSubmitMarcoProteccion.do?pkMarco=4&tiPoEntidad=0&bloqueMarco=300&u95aMigasPan=L,5,1;EN,1,8,1,300>.

Para Espacios Naturales Protegidos, ver: <http://www.ingurumena.ejgv.euskadi.eus/r49-u95/es/u95aWar/consultaMarcosJSP/U95aSubmitMarcoProteccion.do?pkMarco=4&tiPoEntidad=0&bloqueMarco=300&u95aMigasPan=L,5,1;EN,1,8,1,300>.

¹⁵ MATA OLMO, Rafael. «Un concepto de paisaje para la gestión sostenible del territorio». En MATA OLMO y TARROJA I COSCUELA. *El paisaje y la gestión del territorio: Criterios paisajísticos en la ordenación del territorio y el urbanismo*. Diputación de Barcelona. Barcelona, 2006. Pg. 17.

¹⁶ ORMAETXEA ARENAZA, Orbanje y SÁENZ DE OLAZAGOITIA BLANCO, Ana. «Nuevos...», *loc. cit.*, pg. 1163.

En este contexto, existen autores que han afirmado que no hay problemas exclusivamente paisajísticos, pues el paisaje no es más que un reflejo de los elementos y procesos subyacentes. Otros, sin embargo, han abogado por la necesidad de una acción específicamente paisajística. Lo cierto es que ambas posiciones deben complementarse en la práctica, ya que actuar sobre los procesos que determinan la evolución del paisaje no debe impedir intervenir al mismo tiempo sobre sus aspectos formales¹⁷.

Partiendo de que la relevancia que la cuestión del paisaje está alcanzando en los últimos tiempos tiene en gran parte que ver con el protagonismo adquirido por los problemas del territorio¹⁸, y centrándonos en consecuencia en las políticas de ordenación territorial, en la CAPV observaremos que, al igual que ha sucedido en otras Comunidades Autónomas (CCAA), tradicionalmente se ha simplificado la consideración del paisaje a un valor más en la designación de espacios protegidos y de características sobresalientes¹⁹, privándolo de un tratamiento singular.

Esta situación, sin embargo, está comenzando a cambiar, fundamentalmente desde la firma del Convenio Europeo del Paisaje (Florencia, 2000), que ha impulsado la elaboración de instrumentos internos específicos destinados a la protección, gestión y ordenación del paisaje como elemento protagonista.

En el caso del País Vasco, el cambio de paradigma ha culminado con la aprobación del Decreto 90/2014, de 3 de junio, sobre protección, gestión y ordenación del paisaje, cuyos Estudios de Integración Paisajística acaban de ser desarrollados mediante Orden del Consejero de Medio Ambiente, Planificación territorial y Vivienda de 15 de febrero de 2017²⁰, y que pre-

¹⁷ MATA OLMO, Rafael. «Un concepto de...», *loc. cit.*, pg. 21.

¹⁸ *Ibidem*, pg. 17.

¹⁹ ORMAETXEA ARENAZA, Orbange y SÁENZ DE OLAZAGOITIA BLANCO, Ana. «Nuevos...», *loc. cit.*, pg. 1163.

²⁰ Por la que se aprueba la «Guía para la elaboración de Estudios de Integración Paisajística en la Comunidad Autónoma del País Vasco».

sentan el paisaje, por primera vez en nuestra Comunidad Autónoma, como elemento merecedor de consideración jurídica central.

Dichos referentes normativos, junto con la especial relevancia que está alcanzando el paisaje en la redacción de las nuevas Directrices de Ordenación Territorial que habrán de regir nuestro territorio durante los próximos años, ponen de manifiesto el novedoso protagonismo que está adquiriendo este bien jurídico, y que no veremos sino avanzar hasta su pronta culminación como subsector propio del Derecho ambiental y territorial.

II. EL PAISAJE COMO RECURSO NATURAL: RASGOS IDENTIFICADORES DE LA NOCIÓN MATERIAL DE PAISAJE

Toda política que se desee perseguir ha de partir de definiciones precisas que no den margen de cabida a la inseguridad. Esta afirmación se presenta incluso de forma más evidente en los casos en que se trabaja con conceptos de límites tan difusos como ocurre, sin ninguna duda, con el paisaje. Por tanto, antes de pasar a analizar su situación desde una perspectiva jurídica, es preciso determinar su alcance material.

La doctrina especializada en la materia ha puesto de manifiesto la dificultad en alcanzar una teoría y un concepto compartidos del paisaje, pues se trata de un término polisémico agravado por sus dos dimensiones, objetiva y subjetiva, que conllevan que no sea solo una realidad, sino también una percepción²¹.

El Tribunal Constitucional se pronunció con carácter temprano acerca de la consideración del paisaje como recurso natural²² y la necesidad de

²¹ MATA OLMO, Rafael. «Un concepto de...», *loc. cit.*, pg. 29.

²² También lo ha entendido así la doctrina. Ver, entre otros, AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. «Paisaje y gestión del territorio». *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 15. Madrid, 2007. Pg. 201.

incluirlo en el concepto constitucional de medio ambiente. Así, la STC 102/1995, de 26 de junio, entendió que, entre los recursos naturales que integran el artículo 45 de la Constitución (CE), se encuentra el paisaje, «que a finales del pasado siglo obtiene la consideración de recurso (...) generalizado hoy como bien colectivo, democratizado en suma y que, por ello, ha de incorporarse al concepto constitucional del medio ambiente» (FJ 6°).

Teniendo lo anterior en cuenta, y construyendo una teoría paralela a la elaborada por MARTÍN MATEO²³, llegamos a la conclusión de que el paisaje, en cuanto a recurso natural objeto de tutela jurídica, se caracteriza por los siguientes factores: estabilidad, visualización y utilidad.

1. Estabilidad

El paisaje se presenta como un escenario, el cual es visualmente percibido y estéticamente valorado en su conjunto, a una distancia que permita tanto su apreciación panorámica como la percepción de los detalles que componen la estructura de dicha imagen²⁴. Si el paisaje es el escenario, son otros los actores que lo componen. En este sentido, el agua, la fauna, la luz, los elementos artificiales o incluso el propio ser humano se presentan como elementos que dan una visión de conjunto a ese todo, caracterizándolo como tal. Estos elementos, considerados por separado, no nos aportan nada más que su propia existencia. Ahora bien, si los mismos se suman y entran en contacto de una forma más o menos constante, y son observados desde una perspectiva conjunta, nace el paisaje. De este modo, en función de los “ingredientes” que añadamos o restemos a ese conglomerado, diremos que nos encontramos ante un paisaje marino, urbano, rural, continental o cualquier otro que se nos ocurra.

²³ MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental (vol. III)*. Ed. Trivium. Madrid, 1997. Pp. 505-509.

²⁴ Voz «Paisaje» en ZOIDO, Florencio y VVAA. *Diccionario de geografía urbana, urbanismo y ordenación del territorio*. Ariel. Barcelona, 2000.

La pregunta es: ¿por qué en función de los elementos que visualicemos somos capaces de decidir ante qué tipo de paisaje nos encontramos? Esta cuestión solamente puede resolverse desde la consideración de la *estabilidad* como rasgo característico del concepto de paisaje. Así, se trata precisamente de esa constancia en el tiempo de unos ciertos elementos naturales o antrópicos puestos en su conjunto lo que nos permite diferenciar unos paisajes de otros. Incluso en los frecuentes casos en que alguno de esos elementos varía²⁵, no por ello dejamos de reconocer un determinado paisaje como tal, en tanto que su infraestructura permanece estable. No obstante, esta estabilidad implica *a sensu contrario* que si alguno de los elementos que conforma dicha estructura desaparece para siempre o se transforma de una manera turbadora, el paisaje que conocíamos hasta entonces también lo hace, hasta el punto en que puede tornarse irreconocible o irrecuperable. Podemos decir entonces que, junto a este carácter de estabilidad, se erige otro que va referido a su *fragilidad visual*; es decir, a los importantes cambios que podemos sufrir en nuestra percepción sobre el mismo como consecuencia de ciertos tipos de transformación.

2. Visualización

Estrechamente ligado a lo anterior se presenta el componente de «visualización». Así, todos esos elementos que permanecen más o menos estables en el tiempo solo pueden llegar a ser considerados como paisaje si existe un espectador que los visualice.

Es pues, el paisaje, un concepto que no está identificado con ningún elemento fáctico concreto, puesto que solo existe en nuestra percepción y, por tanto, únicamente cobra sentido en función de la presencia de un espectador que lo observe.

²⁵ Pensemos, por ejemplo, en el caso en que una especie integradora de dicho paisaje migra en verano, una montaña que se hiela en invierno o bajadas extraordinarias del nivel del mar en ciertos meses del año.

3. Utilidad

Según MARTÍN MATEO, el paisaje es un recurso natural porque «es suministrado por la naturaleza, es escaso y proporciona satisfacciones a los que lo perciben»²⁶. Estos beneficios pueden ser de muchos tipos, y van desde la consideración más simplista de la utilidad del paisaje sintetizada en el mero placer estético que conlleva su contemplación, hasta las posiciones más utilitaristas que lo consideran un bien susceptible de una importante explotación económica, pasando por otras funciones –quizás las más importantes– que se resumen en la sensación de equilibrio, calma y felicidad suscitadas por las referencias culturales. Ahora bien, hemos de superar esas viejas concepciones que identifican paisaje con placer, y placer con belleza. La estética no puede ser en sí misma un elemento que defina el paisaje²⁷, por tres motivos: primero, porque aunque es indudable que, en buena parte de los casos, la utilidad que nos aporta el paisaje es meramente contemplativa, no es este el único beneficio asociado al mismo. Segundo, porque si la belleza fuese un elemento nuclear del concepto, el mismo quedaría excesivamente relativizado. Y tercero, porque excluiría de la definición aquellos escenarios que, si bien pueden no encajar en determinados cánones de belleza, sí son en cambio considerados paisaje por la población²⁸.

²⁶ MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de...*, *loc. cit.*, pp. 505-509.

²⁷ Lo explica acertadamente BERMEJO LATRE cuando afirma que el paisaje ni es un bien determinado, ni tan siquiera estéticamente apreciable, sino que presenta un valor inmaterial, traducido en valores culturales, territoriales y ambientales, que los poderes públicos tienen el deber de conservar. BERMEJO LATRE, José Luis. *La pianificazione del paesaggio. I piani paesistici e la nuova tutela delle risorse naturali*. Maggioli Editore. Rimini, 2002. Pp. 167 y ss.

²⁸ Esto lleva a la conclusión de que, aunque ciertos escenarios quizás resultan antiestéticos a un cierto sector de la población, no por ello dejan de reunir las características necesarias para ser considerados como paisaje material, a saber: estabilidad, visualización y utilidad.

Imaginémonos, como ejemplo, un puente de acero atravesando una ría con simples fines economicistas. Puede que, a simple vista, a muchas personas no les resulte bello; pero, sin embargo, esos elementos (ría y puente), mantenidos a lo largo del tiempo y percibidos en

III. EL PAISAJE COMO BIEN TUTELADO POR EL DERECHO: DE UNA CONSIDERACIÓN MERAMENTE INCIDENTAL A UN INTERÉS CENTRAL PROCEDENTE DEL ÁMBITO INTERNACIONAL

Si un conjunto de elementos reúne las características anteriormente señaladas, podremos calificarlo materialmente como paisaje. Sin embargo, jurídicamente solo tendrá dicha consideración si el ordenamiento lo recibe individualmente como tal²⁹.

En el caso del paisaje, al legislador nunca le ha resultado sencillo elaborar un concepto jurídico unificado, y ello por varios motivos: primero, porque no disponemos de una única definición técnica del mismo; segundo, porque no se trata de un elemento aislable de la naturaleza; y, tercero, porque los presupuestos que sirven para perfilar el concepto material de paisaje pueden ser susceptibles de diversas interpretaciones.

Nos movemos, en conclusión, ante una realidad extremadamente compleja, que aparece integrada, de una parte, por elementos objetivos, y, de otra, por la percepción que el ser humano tiene de dichos elementos³⁰. Este hecho, entre otros motivos, ha fomentado que el paisaje aún no se haya consolidado como categoría jurídica con el mismo reconoci-

su conjunto por la población, hacen que el escenario se transforme en un paisaje. Este es el caso del Puente de Vizcaya, conocido popularmente como «Puente Colgante»: En sus inicios, no fue más que una infraestructura creada para que la burguesía industrial pudiese desplazarse con comodidad hasta la villa de Portugalete. Si nos situamos en ese contexto, puede que a pocas personas resultase atractivo el nuevo puente (lo mismo sucedió en su momento con la Torre Eiffel, que a día de hoy constituye uno de los paisajes más emblemáticos de París). Incluso, actualmente, es posible que haya gente a la que tampoco guste. Sin embargo, al margen de que ciertas personas lo encuentren o no bello, reúne una serie de características que permiten afirmar que constituye un paisaje en sentido material, como son una serie de elementos naturales y artificiales, que permanecen constantes en el tiempo y que son percibidos en su conjunto como un todo por la población.

²⁹ MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de...*, loc. cit., pg. 509.

³⁰ MARTÍNEZ NIETO, Antonio. «La contaminación del paisaje». *Actualidad Administrativa*, sección Doctrina. La Ley, 1998. Apto. III.

miento con el que sí cuentan otros bienes. Sin embargo, esta situación está comenzando a cambiar gracias al interés que, en general, ha recibido en la normativa internacional, y debido, en particular, a la protección de la que le ha dotado el Convenio Europeo del Paisaje.

1. Principales instrumentos internacionales para la protección paisajística

1.1. *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su protección al paisaje como derecho colectivo*

El texto básico de protección de los derechos humanos en el marco del Consejo de Europa es el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950³¹; en adelante, el «CEDH»), el cual, al igual que ha sucedido con otros textos de derechos y libertades fundamentales elaborados tras la Segunda Guerra Mundial, se dedica a consagrar los denominados «derechos de primera generación»; es decir, los derechos civiles y políticos, que constituyen límites frente a la injerencia del Estado en la vida de los individuos³². A pesar de que los derechos de *tercera generación* —entre los cuales destaca el derecho a un medio ambiente sano³³— no se incluyeron nunca en la Convención, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como la Comisión Europea de Derechos Humanos (la «Comisión»), no han ignorado la cuestión ambiental, dando cabida a la protección del medio ambiente a través de la técnica del «efecto reflejo», en base a la cual, aunque una acción lesiva contra el medio ambiente no pueda ser objeto en sí misma de recurso, los órganos judiciales del Consejo de

³¹ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. y VVAA. *Curso de Derecho Internacional Público* (4ª ed.). Ed. Thompson. Pamplona, 2008. Pp. 849-853.

³² CAFFERATTA, Néstor A. *Introducción al derecho ambiental*. Instituto Nacional de Ecología. México, 2004. Pg. 25.

³³ MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier (Dir.) y VVAA. *Teoría y Práctica de la educación en derechos humanos*. Diputación Foral de Gipuzkoa. Zarautz, 2006. Pg. 27.

Europa se declaran competentes cuando dicho ataque limite el disfrute efectivo de un derecho sí reconocido expresamente en el CEDH³⁴.

En esa interpretación hermenéutica, la protección del paisaje también ha sido garantizada por el TEDH y la Comisión al considerarla integrante de la protección del medio ambiente³⁵. El primer supuesto se decidió por la Comisión en el *Caso Muriel Herrick contra el Reino Unido* (11 de marzo de 1985), en el que declaró proporcional que zonas de interés paisajístico fuesen preservadas mediante instrumentos de ordenación del territorio, frente al derecho a la propiedad privada³⁶. Interpretación que se vio confirmada en el *Caso Buckley contra el Reino Unido* (25 de septiembre de 1996), al que siguieron cuatro pronunciamientos favorables más³⁷.

En todos esos casos, el TEDH resolvió que, dada la calidad del paisaje, la protección del mismo debía prevalecer sobre el desarrollo del modo de vida minoritario, puesto que la injerencia del Estado respondía a un fin legítimo necesario en una sociedad democrática. Por todo ello, se concluye que en la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el TEDH ha reconocido que, subsumida en la protección ambiental, el paisaje constituye un derecho colectivo justificativo de una posible limitación de los derechos particulares de la Convención.

³⁴ SAN MARTÍN SEGURA, David. «La “ecologización” de los derechos fundamentales en el marco del Convenio Europeo de los Derechos Humanos». *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, nº 3. Universidad de La Rioja. La Rioja, 2005. Pg. 223.

³⁵ FERNÁNDEZ EGEEA, Rosa. «Jurisprudencia ambiental internacional». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. III, nº 1. Universitat Rovira i Virgili. Tarragona, 2012. Apto. 1.

³⁶ FABEIRO MOSQUERA, Antonio. «La protección...», *loc. cit.*, pg. 11.

³⁷ Casos Coster, Beard, Chapman, Lee y Jane Smith, todos contra Reino Unido.

1.2. La Convención de la UNESCO de 1972 sobre Patrimonio Mundial, Cultural y Natural

Dejando a un lado la protección incidental de la que el TEDH dota al paisaje, el punto de partida del nuevo modelo de protección paisajística debemos situarlo en la Convención de la UNESCO de 1972³⁸ sobre Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (la «Convención»), de la que hoy se cumplen 45 años. Este Convenio consagró como Patrimonio de la Humanidad el paisaje entendido en su sentido más amplio; es decir, tanto el paisaje natural como el cultural³⁹. Así, en la reunión celebrada en París del 17 de octubre al 21 de noviembre de 1972, la Conferencia General de la UNESCO decidió aprobar la Convención debido a que el patrimonio cultural y natural se encontraban cada vez más amenazados «no sólo por las causas tradicionales de deterioro sino también por la evolución de la vida social y económica que las agrava con fenómenos de alteración o de destrucción aún más temibles»⁴⁰. Dado que dicho deterioro constituiría «un empobrecimiento nefasto del patrimonio de todos los pueblos del mundo» y teniendo presente que la protección de dicho patrimonio «a escala nacional es en muchos casos incompleto», la Convención adoptó como objetivo garantizar una protección y conservación eficaces del patrimonio cultural y natural de los Estados parte (art. 5). Para ello, cada uno de dichos Estados⁴¹ se obliga a identificar,

³⁸ No deja de ser interesante que ese mismo año se aprobase en el seno de las Naciones Unidas la *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano*, considerada como la primera norma de derecho ambiental moderno. LOZANO CUTANDA, Blanca. *Derecho Administrativo Ambiental* (10ª ed.). Ed. Dykinson. Madrid, 2009. Pp. 38-39.

³⁹ El paisaje no solo tiene una vertiente natural, sino que también presenta una faceta cultural compuesta por aquellos «bienes culturales que representan las obras conjuntas del hombre y la naturaleza e ilustran la evolución de la sociedad a lo largo de los años» (*Directrices Prácticas para la aplicación de la Convención del Patrimonio Mundial*, Anexo III. Comité Intergubernamental de Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, UNESCO. París, enero de 2008).

⁴⁰ Preámbulo de la Convención de 1972, «*Considerando...*».

⁴¹ El Estado español aceptó formar parte de la citada Convención el 4 de mayo de 1982.

conservar, rehabilitar y transmitir el patrimonio cultural y natural situado en su territorio (art. 4) adoptando medidas adecuadas para ese fin (art. 5.d). Al mismo tiempo, los Estados parte se obligan también a no tomar deliberadamente ninguna medida que pueda causar, directa o indirectamente, algún daño a dicho patrimonio (art. 6.3).

Dado que entre los fines de la Convención se encuentra proteger el patrimonio cultural y natural a nivel internacional, mediante el art. 8 se crea el Comité intergubernamental de Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, cuya función principal es elaborar tanto la «Lista del Patrimonio Mundial *en peligro*⁴²» –conformada por bienes cuya protección exija grandes trabajos de conservación–, como la «Lista del Patrimonio Mundial⁴³», conformada por los bienes a proteger.

Respecto a los efectos vinculantes de esta Convención, los compromisos internacionales consentidos por un Estado parte constituyen, como es sabido, verdaderas obligaciones jurídicas para los mismos⁴⁴.

⁴² España nunca ha tenido ningún bien incluido en ella.

<http://www.unesco.org/new/es/media-services/multimedia/news-videos/b-roll/the-list-in-danger/>.

⁴³ A diferencia del caso anterior, el Estado español cuenta con 45 bienes incluidos en la «Lista del Patrimonio Mundial» para su conservación. Sin embargo, desde el punto de vista de protección ambiental, los «bienes naturales» se ven reducidos a tres (Parque de Doñana, Parque Nacional de Garajonai y Parque Nacional del Teide). Por su parte, en el País Vasco están catalogados como «bien cultural» el Puente de Vizcaya, tres cuevas de arte rupestre paleolítico (Altxerri, Ekain y Santimamiñe) y las rutas costera y vasco-riojana del Camino de Santiago. ORMAETXEA ARENAZA, Orbange y SÁENZ DE OLAZAGOITIA BLANCO, Ana. «Nuevos...», *loc. cit.*, pg. 1165.

⁴⁴ «The World Heritage Convention is to be interpreted by reference to the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969; so interpreted, Articles 4 and 5 are not meaningless or illusory but impose obligations of a general kind on States parties to identify and protect heritage items» (*Commonwealth of Australia and Another v. State of Tasmania and Others*, «The Tasmanian Dam Case», July 1983). PALMER, Alice y ROBB, Cairo A. R. «International Environmental Law in National Courts». En BETHLEHEM, Daniel y VVAA. *International Environmental Law Reports*. Cambridge University Press. Cambridge, 2004. Pp. 13-16.

1.3. Otros Tratados internacionales con incidencia en la protección del paisaje

La Convención de 1972, primer instrumento internacional que influyó de forma directa en la protección de los paisajes –aunque solo se refiriese a aquellos de «valor extraordinario»–, resultó ser un instrumento único de cooperación internacional para la protección del patrimonio mundial.

No obstante, el anterior no es el único convenio internacional con incidencia en materia de protección paisajística. Ocurre, sin embargo, que, tal y como veremos que ha sucedido en el ámbito interno, dichos textos no están pensados originalmente para proteger el paisaje, aunque sí pueden ayudar a alcanzar dicho resultado. Así, son de destacar⁴⁵, por orden cronológico:

- Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como hábitat de especies acuáticas (Ramsar, 1971), por la protección que proporciona a los humedales como ecosistemas, traducido en términos paisajísticos⁴⁶.
- Convenio relativo a la conservación de la vida silvestre y del medio natural de Europa (Berna, 1979), por su incidencia en la protección de la fauna y la flora silvestres, así como sus hábitats naturales.
- Convenio para la salvaguarda del patrimonio arquitectónico de Europa (Granada, 1985).

⁴⁵ En el listado se han seleccionado únicamente aquellos tratados internacionales que tienen incidencia en Europa. Ver SANDS, Philippe y VVAA. *Principles of International Environmental Law*. Cambridge University Press. Cambridge, 2003. Pp. 509 y ss. Para más detalle, SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Hernando. *Código de Derecho Internacional Ambiental*. Universidad del Rosario. Bogotá, 2008.

⁴⁶ Entre los más de 2.200 sitios designados para formar parte de la «Lista Ramsar de humedales de importancia internacional», seis se hallan localizados en el espacio geográfico de la CAPV: las Colas del Embalse de Ullibarri, el Lago de Caicedo-Yuso y las Salinas de Añana, las Lagunas de Laguardia, la Ría de Mundaka-Gernika, Salburua y Txingudi. (<http://www.ramsar.org/wetland/spain>).

- Convenio sobre evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo (Espoo, 1991), que incluye en la definición de *impacto* «cualquier efecto causado por una actividad propuesta sobre el medio ambiente y, *especialmente, sobre (...) el paisaje y los monumentos históricos*» (art. 1.vii).
- Convenio sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales (Helsinki, 1992), que también entiende como *impacto transfronterizo* cualquier efecto adverso sobre el paisaje (art. 1.2).
- Convenio Europeo para la protección del patrimonio arqueológico (La Valeta, 1992).

2. El medio ambiente en el derecho de la Unión Europea y su incidencia en la protección paisajística

Mediante el Tratado de la Unión Europea (TUE) los Estados miembros han atribuido competencias a la UE para alcanzar objetivos comunes (art. 1 TUE). Uno de estos objetivos es el desarrollo sostenible, tanto de Europa (art. 3.3 TUE) como del resto del mundo (art. 3.5 TUE)⁴⁷, lo que abarca la conservación, protección y mejora de la calidad ambiental o la utilización racional de los recursos naturales (art. 191.1 TFUE)⁴⁸.

El art. 4.2 TFUE dispone que el medio ambiente es una materia cuya competencia se halla compartida entre los Estados parte y la UE y, en consecuencia, aparece guiada por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad con los fines de la Unión⁴⁹.

⁴⁷ SÁNCHEZ, Víctor M. (Dir.) y VVAA. *Derecho de la Unión Europea*. Huygens. Barcelona, 2010. Pp. 2-5.

⁴⁸ GARCÍA URETA, Agustín. *Derecho Europeo de la Biodiversidad. Aves silvestres, hábitats y especies de flora y fauna*. Iustel. Madrid, 2010. Pg. 120.

⁴⁹ SÁNCHEZ, Víctor M. (Dir.) y VVAA. *Derecho de...*, *loc. cit.*, pp. 285-291.

En materia concreta de protección paisajística, la UE no ha intervenido con una regulación específica por el momento. No obstante, sí lo ha hecho en el ámbito de la biodiversidad, donde ha adoptado una Estrategia para proteger y mejorar el estado de la misma en Europa. En lo que nos interesa, la Directiva de Hábitats⁵⁰ manifiesta su preocupación por el paisaje, en el contexto más amplio de la biodiversidad, cuando desde un inicio señala que «conviene fomentar, en las políticas de ordenación del territorio y de desarrollo, la gestión de los elementos del paisaje que revistan una importancia fundamental para la fauna y la flora silvestres». En este sentido, afirma en su art. 3.3 que «cuando lo consideren necesario, los Estados miembros se esforzarán por mejorar la coherencia ecológica de Natura 2000 mediante el mantenimiento y (...) desarrollo de los elementos del paisaje que revistan primordial importancia para la fauna y la flora silvestres», reiterando su artículo 10 que «cuando lo consideren necesario, los Estados miembros, en el marco de sus políticas nacionales de ordenación del territorio (...) se esforzarán por fomentar la gestión de los elementos del paisaje»⁵¹.

Aunque el objetivo de la Directiva no es el paisaje, no deja de ser interesante la protección que para el mismo podría lograrse a través de las previsiones anteriores, limitada en cualquier caso a los paisajes sumamente excepcionales, y no a los cotidianos, como pretende el CEP. Ahora bien, la protección que podría llegar a representar se ve inmensamente reducida por expresiones como «cuando lo consideren necesario» o «se esforzarán por fomentar», que hacen que quede en manos de los Estados proporcionar eficacia real a dichas previsiones. Lo mismo sucede cuando la Directiva se remite a las «políticas nacionales de ordenación del territorio» y no a planes específicos, hecho que podría explicarse por la falta de normativa comunitaria en materia de ordenación del territorio y urbanismo⁵².

⁵⁰ Directiva 92/43/CEE del Consejo de 21 de mayo de 1992 relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

⁵¹ GARCÍA URETA, Agustín. *Derecho Europeo de...*, loc. cit., pp.668-669.

⁵² *Ibidem*, pp. 669-670.

Por otra parte, la Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, entiende englobadas, en el concepto que utiliza de «proyecto», las intervenciones en el paisaje (art. 1.2.a). Además, incluye otras tres menciones al paisaje procedentes de una modificación efectuada en 2014, lo que enlaza con lo que se venía señalando sobre el tendente aumento de la sensibilidad paisajística por parte del legislador. Así, el art. 3.1.d de la mentada Directiva recoge los efectos sobre el paisaje como factor a tener presente en la evaluación de impacto ambiental de un determinado proyecto. Debido a ello, el proyecto deberá incluir, entre otras cuestiones, «los aspectos arquitectónicos y arqueológicos, y el paisaje» (apdo. 4 del Anexo IV).

Un tratamiento similar al anterior lo proporciona la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, donde el paisaje se incluye como elemento a tener en cuenta en la elaboración del informe medioambiental al que se refiere el art. 3.1 .

3. En especial, sobre el Convenio Europeo del Paisaje, de 20 de octubre de 2000: La primera norma para el impulso de la protección y gestión integral paisajísticas

Firmado en Florencia el 20 de octubre de 2000 por treinta y cinco de los Estados miembros del Consejo de Europa⁵³, el Convenio Europeo del Paisaje (en adelante, el «CEP») es la primera norma internacional que se ocupa del paisaje de una manera específica y completa⁵⁴. Así, aunque

⁵³ Entre ellos, el Estado español, donde entró en vigor el 1 de marzo de 2008 (Instrumento de ratificación del Convenio Europeo del Paisaje de 6 de noviembre de 2007, BOE nº 31, de 5 de febrero de 2008).

⁵⁴ TRIAS PRATS, Bartolomeu. «De los paisajes protegidos a la protección del paisaje: un reto pendiente». *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 94. IVAP. Bilbao, septiembre-diciembre 2012. Pg. 241.

el paisaje no había sido ignorado anteriormente, el CEP lo impulsará hacia un tratamiento más definido⁵⁵, siendo resultado de un gran esfuerzo de consenso tanto científico como socio-político para la instauración en Europa de una política común en materia de paisaje⁵⁶.

Para lograr una ordenación, gestión y protección del paisaje verdaderamente efectivas, son muchos los criterios sectoriales que deben integrarse, y en estas circunstancias, el CEP constituye el primer paso para alcanzar un marco normativo adecuado en nuestro ordenamiento, configurándose como una referencia de mínimos para las Comunidades Autónomas que no cuenten con legislación paisajística⁵⁷.

3.1. Principios inspiradores y objetivos del CEP

Tal y como afirma el preámbulo del Convenio, aunque su elaboración responde fundamentalmente a motivos medioambientales, reconoce que el paisaje también desempeña un papel importante en los campos cultural y social, y que constituye un recurso favorable para la actividad económica, pudiendo incluso contribuir a la creación de empleo. Además, añade que el paisaje «contribuye al bienestar de los seres humanos y a la consolidación de la identidad europea», siendo «un elemento importante de la calidad de vida de las poblaciones». Pese a sus innumerables beneficios, el Consejo afirma que tanto la producción agrícola, industrial y minera actuales, como el crecimiento del urbanismo, los transportes o el turismo, están acelerando su transformación, y pueden ponerlo en serio peligro en caso de que los Estados no garanticen su protección íntegra. Debido a ello, y sobre la base de que «su protección, gestión y ordenación implican derechos y respon-

⁵⁵ GARCÍA URETA, Agustín. *Derecho Europeo de...*, loc. cit., pg. 670.

⁵⁶ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL VASCO. Dictamen 19/11, de 21 de octubre de 2011, sobre el Anteproyecto de Ley de Paisaje del País Vasco. Bilbao, 2011. Pg. 10.

⁵⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen. «El paisaje...», loc. cit., párr. 2. Respecto al reparto de competencias, el propio Convenio recuerda en su art. 4 que cada Estado parte aplica el Convenio «de conformidad con sus principios constitucionales y su organización administrativa».

sabilidades para todos», el CEP se firmó con el objetivo de promover la protección, gestión y ordenación de los paisajes, así como organizar la cooperación europea en ese ámbito (art. 3).

3.2. Una definición normativa unificada de paisaje

Una de las grandes novedades de esta norma es el hecho de que ha consolidado, por primera vez, un concepto normativo unificado de paisaje, tratando de superar los desencuentros disciplinares existentes⁵⁸. Así, su art. 1.º lo define como *cualquier parte del territorio tal como lo percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos*.

Como puede advertirse, el CEP parte de una definición de paisaje que engloba al mismo tiempo valores objetivos y subjetivos indisociables de la calidad de vida⁵⁹. El art. 1.º de la Convención de Florencia ha marcado un antes y un después en la concepción jurídica de paisaje, ya que, por una parte, a la consideración meramente ecológica del mismo, ha añadido el importante factor de la acción humana; y, por otra, porque huye de una concepción elitista para pasar a considerar que la protección paisajística es necesaria «en los medios urbanos y rurales, en las zonas degradadas y de gran calidad, en los espacios de reconocida belleza excepcional y en los más cotidianos»⁶⁰.

Observamos, pues, que en esta definición aportada por el Convenio de Florencia, los elementos nucleares integradores del concepto normativo de paisaje son tres: territorio, percepción de la población e interacción de factores naturales y/o humanos.

⁵⁸ MATA OLMO, Rafael. «Un concepto de...», *loc. cit.*, pg. 22.

⁵⁹ CANALES PINACHO, Fernando y OCHOA GÓMEZ, María Pilar. «La juridificación del paisaje o de cómo convertir un criterio esencialmente estético en un bien jurídico objetivo». *Diario La Ley*, nº 7183, Sección Doctrina. La Ley, 2009. Párr. 3, letra a).

⁶⁰ Ver preámbulo de la Convención.

3.2.1. Territorio

El concepto de paisaje alcanza cualquier parte del territorio, sin límites. Se escapa así de la idea preconcebida de que el paisaje es algo “natural”, casi sinónimo de medio ambiente, pudiendo considerarse como tal, en consecuencia, las zonas urbanas y periurbanas. Además, el Convenio no defiende exclusivamente los paisajes extraordinarios⁶¹ —que son los que tradicionalmente han sido protegidos por el Derecho—, sino que extiende su protección a los paisajes cotidianos o, incluso, degradados⁶², siempre y cuando sean percibidos como «paisaje» por la población.

3.2.2. Percepción de la población

El paisaje es cualquier parte del territorio «tal como lo percibe la población», lo cual enlaza con dos de las características definitorias del concepto material de paisaje que señalábamos *ut supra*, como son su *estabilidad* y *visualización*. El hecho de que la norma incluya este elemento dentro de la definición de paisaje conduce a dos consecuencias fundamentales:

- a) La *subjetivación* del paisaje: solo en la medida en que un determinado escenario sea percibido como paisaje por parte de la población, podrá ser objeto de tutela jurídica, según la definición que ofrece el Convenio de Florencia.
- b) La *democratización* del paisaje: lo anterior, a su vez, democratiza la idea de paisaje, dado que será imprescindible contar con la opinión de la población a la hora de tomar cualquier decisión que pueda modificar una determinada zona, para comprobar si dicho espacio es concebido por la ciudadanía como paisaje y, por tanto, si es merecedor de defensa jurídica. Debido a ello, y

⁶¹ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. «Formas de conservar la naturaleza». *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 170. Ed. Civitas. Pamplona, 2015. Párr. 4.

⁶² CANALES PINACHO, Fernando y OCHOA GÓMEZ, María Pilar. «La juridificación...», *loc. cit.*, Apto. 2.2.1, párr. 6.

dato que la valoración social del paisaje depende de la experiencia personal y del contexto cultural, la participación pública se presenta como una de las grandes metas del Convenio⁶³.

3.2.3. Interacción de factores naturales y/o humanos

La idea de paisaje introducida por el CEP presenta al ciudadano como principal agente del mismo⁶⁴. Así, no solo es paisaje aquel que aparece conformado por un conjunto de elementos naturales, sino que también son aquellos en los que se entremezcla la naturaleza con realidades erigidas por el ser humano, e incluso los que son exclusivamente de creación humana. De ahí que el CEP ni siquiera diferencie entre paisajes naturales y culturales, como sí hace la Convención de la UNESCO de 1972⁶⁵.

Se trata, por tanto, de una definición antropogénica, que permite entender la relación del hombre con la naturaleza como un entramado de equilibrios muy frágiles donde, a pesar de que habitualmente es la acción humana sobre dicho medio lo que ha provocado su deterioro, también ha fomentado, en ciertos casos, su evolución⁶⁶.

3.3. *Compromisos adoptados por los Estados parte, políticas paisajísticas e instrumentos de intervención*

España, en cuanto a Estado que ha firmado y ratificado la Convención, ha consentido en obligarse por una serie de compromisos internacionales. Asimismo, el 21 de julio de 2009, el Gobierno Vasco también acordó adherirse al Convenio, por lo que la CAPV se ha obligado igualmente a dar cumplimiento a los compromisos que se exponen a continuación.

⁶³ PARDOEL, Dirk y RIESCO CHUECA, Pascual. «El paisaje...», *loc. cit.*, pp. 222-223.

⁶⁴ GIEURE LE CARESSANT, Javier. «El paisaje...», *loc. cit.*, párr 3.

⁶⁵ MATA OLMO, Rafael. «Un concepto de...», *loc. cit.*, pp. 28-29.

⁶⁶ Así, el paisaje reúne no solo unas ciertas condiciones biofísicas, sino también socioeconómicas y culturales, que permiten el desarrollo de la sociedad conforme a las exigencias de la dignidad humana. MARTÍNEZ NIETO, Antonio. «La contaminación...», *loc. cit.*, aptdo. II.

El primero de dichos objetivos es el reconocimiento jurídico del paisaje, según el cual cada Parte se compromete a reconocer jurídicamente los paisajes como elemento fundamental del entorno humano, expresión de la diversidad de su patrimonio cultural y natural, así como fundamento de su identidad⁶⁷. El objetivo es que las autoridades de cada Estado garanticen la protección, gestión y ordenación de los paisajes (art. 5.b), a través de una serie de medidas específicas que son reordenadas en la Recomendación CM/Rec(2008)3 (la «Recomendación») en torno a las etapas que se analizan a continuación y que en su conjunto conducen a una acción paisajística integrada:

- a) En primer lugar, los Estados deben identificar los paisajes de su propio territorio, analizando sus características y estudiando las fuerzas que los transforman para combatir las presiones que los pongan en riesgo (art. 6.C.1.a).
- b) Una vez identificados, los Estados han de definir cuáles son sus objetivos de calidad paisajística, articulando mecanismos de participación pública en la elaboración de dichos objetivos (arts. 6.D y 1.c).
- c) Para que los objetivos planteados puedan alcanzarse, los Estados se comprometen a incrementar la sensibilización de la sociedad civil en esta materia. Asimismo, el Convenio insta a las partes a promocionar programas pluridisciplinares de formación en política, protección, gestión y ordenación de paisajes (art. 6.B.b), así como que los cursos escolares y universitarios aborden este tipo de cuestiones (art. 6.B.c).

⁶⁷ Ver Apto. I.3 de la Recomendación CM/Rec(2008)3 del Comité de Ministros a los Estados miembro sobre las orientaciones para la aplicación del Convenio Europeo del Paisaje, de 6 de febrero de 2008. A pesar de que la Convención no cuenta con Protocolo de desarrollo, la Recomendación ofrece algunas explicaciones sobre el articulado del Convenio que se recomienda tener en cuenta a las Partes.

- d) La última etapa consiste en llevar a la práctica las políticas propuestas (art. 6.E). Es este un aspecto loable de la Convención, ya que denota que no pretende ser un simple catálogo de principios generales, sino que exige a los Estados adoptar medidas específicas, de carácter general y vinculante, para alcanzar los compromisos asumidos⁶⁸.

Los medios de intervención dependerán de los fines perseguidos y las características concretas de cada paisaje, por lo que serán distintos en función de las necesidades de cada situación local⁶⁹. Lo habitual será que consistan en la integración de políticas paisajísticas en la legislación existente en el Estado parte, ya sea introduciendo las medidas en documentos legales existentes o elaborando instrumentos específicos. Para más detalle, la propia Recomendación ofrece un listado con los principales instrumentos que pueden emplearse, entre los cuales destacan un sistema de planificación y ordenación paisajística integrado en la planificación territorial, estudios de impacto sobre el paisaje, evaluaciones de los efectos paisajísticos en las intervenciones no sometidas a estudios de impacto ambiental, la integración del paisaje en las normativas sectoriales, así como financiación específica y premios del paisaje⁷⁰.

3.4. Participación pública

En coherencia con el concepto democrático del paisaje del que hace uso, así como con la prescripción de que los paisajes sean identificados y calificados previa consulta al público (art. 6.D), el art. 5.d señala que las Partes también adquieren el compromiso de establecer procedimientos tanto para la participación de la ciudadanía como de las autoridades

⁶⁸ GARCÍA URETA, Agustín. *Derecho Europeo de...*, loc. cit., pp. 677-678.

⁶⁹ Apto. III.3 de la Recomendación.

⁷⁰ En el contexto del «Premio del Paisaje del Consejo de Europa», el Parque de Kristina Enea de Donostia obtuvo mención especial del jurado en 2009 por su restauración.

públicas. Esta participación pública y abierta en la elaboración de los instrumentos de protección paisajística es imprescindible para alcanzar el concepto «perceptivo» de paisaje pretendido por el CEP, y constituye un elemento esencial en las iniciativas autonómicas que de forma reciente están dando aplicación a los términos contenidos en la Convención⁷¹.

3.5. Integración del paisaje en políticas e instrumentos sectoriales

El principio de integración suele aparecer con frecuencia en materia de protección medio ambiental⁷². En el caso del CEP, este dispone en su art. 5.d que las Partes se comprometen a «integrar el paisaje en las políticas de ordenación territorial y urbanística», entre otras.

Aunque el Convenio no especifica el grado de detalle que debe alcanzar dicha integración, la Recomendación afirma en el Apto. 2 de su Anexo I que es particularmente importante que los instrumentos de ordenación y planificación territorial cumplan con las indicaciones de los planes o estudios de paisaje, así como que los instrumentos y programas de planificación, ordenación y gestión del territorio incluyan la dimensión paisajística en las fases de información y de ejecución.

IV. LA PROTECCIÓN DEL PAISAJE EN EL ORDENAMIENTO INTERNO ESTATAL

1. Antecedentes y situación en el Derecho comparado

El paisaje no ha sido objeto tradicional de atención por parte del legislador interno, y, de forma similar a como ocurría en el contexto inter-

⁷¹ Ver MARTÍNEZ SANCHÍS, José Antonio. «Los procesos de participación pública en la Evaluación Ambiental Estratégica de los Planes de Ordenación Urbana y la protección del paisaje». *Práctica Urbanística*, nº 80. La Ley, 2009. Destacan los Planes de Participación Pública previstos en el ordenamiento valenciano. Asimismo, en el caso de la CAPV, el Gobierno Vasco está impulsando la participación pública en los primeros Catálogos del Paisaje.

⁷² GARCÍA URETA, Agustín. *Derecho Europeo de...*, loc. cit., pg. 674.

nacional hasta la llegada del Convenio Europeo del Paisaje en el año 2000, el tratamiento dispensado al mismo se limitaba a su protección sectorial, casi de manera fortuita, a través de normas que de forma refleja podían ayudar a protegerlo, pero nunca dictadas con esa concreta finalidad⁷³. Aunque esta materia está cobrando cada vez más fuerza a raíz de la entrada en el CEP, lo cierto es que, en el ámbito estatal, aún no se ha dictado ninguna norma que tenga al paisaje como destinatario específico. De hecho, observaremos que el tratamiento sigue siendo mayoritariamente accidental y que, a pesar de los compromisos adquiridos en Florencia, cuando se protege el paisaje se sigue escogiendo a aquellos que presentan cualidades naturales o estéticas extraordinarias, dejando a un lado los paisajes cotidianos, antrópicos o degradados.

Esta situación choca con la existente en muchos otros Estados europeos, que de forma temprana reconocieron en sus textos jurídicos el valor de sus paisajes y dictaron normas específicas con la finalidad de protegerlos. Es el caso, por ejemplo, de Francia, que ya en 1906 introdujo por primera vez el concepto en su lenguaje jurídico mediante la Ley de 15 de junio sobre distribuciones eléctricas⁷⁴, y que en 1993 dictó su Ley de protección y puesta en valor de los paisajes, creando sus Directivas de Protección del Paisaje, vinculantes para planes y licencias urbanísticas⁷⁵.

Otros Estados europeos que ya han dictado normas específicas de protección del paisaje son Alemania, mediante la Ley Federal de Protección de la Naturaleza y Conservación del Paisaje, de 29 de julio de 2009; Eslovaquia, con su Ley 543/2002 sobre la Protección de la Naturaleza y el Paisaje u

⁷³ CANALES PINACHO, Fernando y OCHOA GÓMEZ, María Pilar. «La juridificación...», *loc. cit.*, aptdo. II. En este mismo sentido, FABEIRO MOSQUERA, Antonio. «La protección...», párr. 1-5.

⁷⁴ CLOVES SIAKA, Danny. «La privatización...», *loc. cit.*, párr. 1.

⁷⁵ LASAGABASTER HERRATE, Iñaki y LAZCANO BROTONS, Iñigo. «Protección del Paisaje y Espacios Naturales Protegidos». *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 70. IVAP. Bilbao, 2004. Pp. 131-133.

Holanda, que ya contemplaba la protección de sus paisajes en la *Nature Protection Act* de 1998. En el caso de Suiza, cuenta desde el año 1966 con la *Loi Fédérale du 1er juillet 1966 sur la Protection de la Nature et du paysage*⁷⁶.

Italia está comenzando a sobresalir también por su amplia normativa en materia de protección paisajística. Así, en su ordenamiento destacan el *Codice dei beni culturali e del paesaggio in Italia*⁷⁷ y la *Relazione paesaggistica*⁷⁸, así como diversas normas regionales (Abruzzo, Emilia-Romagna y Piemonte) que han introducido la figura de la autorización paisajística.

Reino Unido también destaca por su temprana preocupación por sus paisajes, y si bien se ha caracterizado por una visión estática, la gran cantidad de estudios e información sobre el paisaje accesibles en sus Administraciones⁷⁹, así como sus instituciones específicas para una acción integrada sobre los paisajes (como la antigua *Countryside Agency*), constituyen ejemplos de actuación a tener en consideración.

De esta forma, observamos que la tendencia en otros Estados europeos está siendo, desde hace tiempo, la de regular el paisaje mediante instrumentos legislativos específicos, situación que choca con el fuerte estatismo español en esta materia, y que puede deberse a la asunción por parte de las CCAA de competencias exclusivas en materia de ordenación del territorio (art. 148.1.3ª CE), si bien el Estado tendría la posibilidad de intervenir en materia medio ambiente (art. 149.1.23ª CE).

⁷⁶ Eso sí, con una fuerte componente estética en la designación y protección de sus paisajes y una visión poco dinámica, algo por otra parte patente a simple vista en el paisaje suizo. *Anteproyecto de Catálogo de Paisajes Singulares y Sobresalientes de la CAPV*. «Tomo I. Principios Generales para la Elaboración del Catálogo». Departamento de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. Gobierno Vasco, 2005. Pp. 41-43.

⁷⁷ *Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*.

⁷⁸ *Decreto del presidente del Consiglio dei ministri 12 dicembre 2005*.

⁷⁹ ASKASIBAR BEREZIARTUA, Miren. «Política y normativa de paisaje en Europa». *Lumalde: investigación y espacio*, nº 21. Irurita, 1998. Pp. 172-189.

En cualquier caso, observaremos también que la desidia del legislador estatal en esta materia no ha sido óbice para que varias Comunidades Autónomas –entre las que se encuentra el País Vasco– hayan comenzado a dictar normas específicas de protección y gestión de sus paisajes, fundamentalmente, a través de sus títulos competenciales sobre ordenación del territorio; sector que, veremos, se presenta como sumamente relevante para la efectiva defensa del paisaje.

2. Breve apunte competencial. El paisaje en la Constitución de 1978 y en los Estatutos de Autonomía

La Constitución de 1978 no contiene ni una sola mención al paisaje, hecho que algunos autores⁸⁰ no dejan de considerar chocante dada la relativa modernidad del texto constitucional, la riqueza paisajística española, la importancia del turismo en el PIB y la influencia de otras Constituciones, como la portuguesa⁸¹, que sí se ocupa del mismo.

No obstante, y aunque hemos señalado que la noción de paisaje no puede quedar limitada a su mera consideración natural, resulta innegable su estrecha vinculación con el medio ambiente, de forma que su protección constituye una auténtica responsabilidad de los poderes públicos en atención al art. 45 CE⁸².

El art. 149.1.23^a CE reserva a favor del Estado la legislación básica sobre protección del medio ambiente, aunque dejando espacio a las CCAA

⁸⁰ V. gr. FABEIRO MOSQUERA en «La protección...», *loc. cit.*, párr. 3.

⁸¹ El art. 66.2 de la Constitución portuguesa de 1976 recoge, entre los deberes del Estado para mantener la calidad del medio ambiente, el de «ordenar el espacio territorial de forma tal que resulten *paisajes biológicamente equilibrados*» (letra b) y «crear y desarrollar reservas y parques naturales y de recreo, así como *clasificar y proteger paisajes y lugares*, de tal modo que se garantice la conservación de la naturaleza y la preservación de valores culturales de interés histórico o artístico» (letra c).

⁸² FABEIRO MOSQUERA, Antonio. «La protección...», *loc. cit.*, párr. 9. También lo es en atención a su indisoluble carácter cultural (art. 46 CE).

para establecer normas adicionales de protección. En una primera línea más restrictiva, el Tribunal Constitucional consideró que en materia ambiental el Estado ha de realizar una regulación meticulosa, de tal forma que no adolecerían de vicio de inconstitucionalidad aquellas leyes estatales que no dejaran cabida al desarrollo autonómico⁸³. Sin embargo, la jurisprudencia posterior evolucionaría hacia una posición más flexible y favorable a las Autonomías. Así, la STC 102/1995, de 26 de junio, acabó resolviendo que, en materia de medio ambiente, el deber estatal de dejar un margen al desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica, aun siendo menor que en otros ámbitos, no puede llegar a tal grado de detalle que no permita desarrollo legislativo alguno de las CCAA con competencias en materia de medio ambiente, pues las vaciaría de contenido⁸⁴. De esta forma, las CCAA disponen, sin perjuicio de las competencias que hayan asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía, de tres campos de actuación: primero, pueden complementar la normativa estatal a través de soluciones propias, siempre que no le sean contrarias y resulten más estrictas; segundo, a ellas corresponde el desarrollo legislativo de la legislación básica estatal; y, tercero, el art. 148.1.9ª les atribuye competencias ejecutivas al asignarles la gestión en dicha materia.

Por otro lado, el ordenamiento ambiental es un sector complejo, ya que por una parte se encuentra conformado por leyes de carácter sectorial dirigidas a la protección de los elementos que conforman el medio; y, por otra, por leyes de carácter transversal que buscan lograr esa misma cober-

⁸³ STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 1.d. Ver ECEIZABARRENA SÁENZ, Javier. «Organización administrativa para la protección ambiental en la Comunidad Autónoma Vasca, Navarra y los Pirineos Atlánticos: traslación del modelo administrativo de protección ambiental de los Estados Unidos». *Cuadernos de Derecho Azpilcueta*, vol. 15. Sociedad de Estudios Vascos. País Vasco, 2000. Pp. 16-17.

⁸⁴ TORNOS MAS, Joaquín. «La delimitación constitucional de las competencias. Legislación básica, bases, legislación de desarrollo y ejecución». En *El funcionamiento del Estado autonómico*. Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid, 1999. Pg. 146.

tura a través de la introducción de instrumentos de prevención y protección en actividades de potencial incidencia sobre el medio ambiente.

Esta naturaleza polifacética intrínseca a las cuestiones ambientales provoca, en palabras del Tribunal Constitucional, una «correlativa complejidad en el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (...) en cuanto tales materias tienen como objeto los elementos integrantes del medio (las aguas, la atmósfera, la fauna y la flora, los minerales) o ciertas actividades humanas sobre ellos (agricultura, industria, minería, urbanismo, transportes) que a su vez generan agresiones al ambiente o riesgos potenciales para él»⁸⁵. Así, entre las competencias con incidencia ambiental que pueden asumir las CCAA, podemos encontrar, por ejemplo, la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (art. 148.1.3ª CE), la agricultura (art. 148.1.7ª CE) o los montes y aprovechamientos forestales (art. 148.1.8ª CE).

Por otra parte, y al contrario de lo ocurre en la Constitución, de los diecisiete Estatutos de Autonomía, actualmente once de ellos hacen referencia explícita al paisaje⁸⁶. En la CAPV, sin embargo, la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco (EAPV) no contiene ni una sola referencia al paisaje, aunque sí ha asumido como propias ciertas materias de indudable interés para la protección paisajística, como son montes, aprovechamientos y servicios forestales, vías pecuarias y pastos (art. 10.8 EAPV); ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (art. 10.31 EAPV); carreteras y caminos (art. 10.34 EAPV) o turismo (art. 10.36 EAPV), así como el consabido desarrollo legislativo y ejecución dentro de su territorio de la materia de medio ambiente (art. 11.1.a EAPV).

⁸⁵ STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 3º.

⁸⁶ Arts. 27.1, 46.4 y 149 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, art. 27.30ª del Estatuto de Autonomía para Galicia, arts. 28 y 37.20ª del Estatuto de Autonomía para Andalucía, art. 9 del Estatuto de Autonomía de La Rioja, art. 18 del Estatuto de Autonomía de la

Partiendo de lo anterior, durante el estudio del ordenamiento paisajístico en el País Vasco se deberá tener presente, además, el reparto competencial existente entre las instituciones comunes y los órganos forales a través de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos (LTH). En particular, resultará de interés la competencia exclusiva de los Órganos Forales en montes y aprovechamientos forestales (art. 7.a.9 LTH), la administración de espacios naturales protegidos (art. 7.c.5 LTH) y la aprobación de instrumentos de ordenación territorial y urbanística en desarrollo de las determinaciones del planeamiento de rango superior dentro de su ámbito de aplicación (art. 7.c.5 LTH). Sin olvidar, a su vez, las importantes competencias municipales existentes en materia de urbanismo (artículo 25.2.a de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local).

3. La evolución de la legislación estatal con incidencia en la protección paisajística

Entre la legislación estatal encontramos varias normas que, si bien no tienen como finalidad principal proteger el paisaje, sí tienen cierta significación en esta materia. Así, entre la normativa existente con anterioridad a la aprobación y adhesión al CEP, destacan las leyes de protección del litoral y de las vías pecuarias⁸⁷, que contribuyen a la protección del paisaje cuando declaran un bien de dominio público y establecen un régimen de servidumbre en las zonas limítrofes a dicho bien⁸⁸. También

Comunidad Valenciana, Arts. 19.2 y 71.22^a del Estatuto de Autonomía de Aragón, art. 4.g del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, art. 23.2 y 24.2 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, art. 70.35^o del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, art. 5.2.f del Estatuto de Autonomía de Ceuta y art. 5.2.f del Estatuto de Autonomía de Melilla.

⁸⁷ Leyes 22/1998, de 28 de julio y 3/1995, de 23 de marzo, respectivamente.

⁸⁸ LASAGABASTER HERRATE, Iñaki y LAZKANO BROTONS, Iñigo. «Protección del Paisaje...», *loc. cit.*, pp. 122 y ss.

lo hace la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Protección del patrimonio histórico español, mediante la declaración de bienes de interés cultural⁸⁹, así como la antigua Ley 4/1989, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, cuyo artículo 13.1 aludía a la relevancia de la conservación del paisaje que, por poseer unos altos valores ecológicos o estéticos, merecía una atención preferente.

Sin embargo, las Leyes de minas y de industria⁹⁰, así como la antigua Ley de Carreteras⁹¹, se despreocuparon por completo del paisaje a pesar de su incidencia sobre el mismo⁹².

Tras la firma del CEP, la situación no ha cambiado mucho. Así, subsiste un grupo de normas que, aun teniendo por objeto materias con influencia negativa directa sobre el paisaje, se olvidan totalmente del mismo, como son las leyes del sector ferroviario⁹³, de telecomunicaciones⁹⁴ y de Puertos del Estado y de la Marina Mercante⁹⁵. La nueva Ley de Carreteras⁹⁶, en cambio, sí ha acogido el espíritu del CEP, interviniendo en la protección del paisaje a través de la regulación de la publicidad en carreteras.

Por otro lado, siguen siendo muchas las normas que inciden sobre la protección del paisaje solo de un modo indirecto. Nos estamos refiriendo a las Leyes de aguas, de prevención y control integrados de la contaminación, de montes, de responsabilidad medioambiental, de calidad del

⁸⁹ KARRERA EGIALDE, Mikel M. «El paisaje y la propiedad agraria. Referencias a su configuración jurídica en la Comunidad Autónoma Vasca». *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 72. IVAP. Bilbao, 2005. Pg. 114.

⁹⁰ Leyes 22/1973, de 21 de julio, de Minas y 21/1992, de 16 de julio, de Industria.

⁹¹ Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras.

⁹² TRIAS PRATS, Bartolomeu. «De los paisaje protegidos...», *loc. cit.*, pp. 250 y ss.

⁹³ Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario.

⁹⁴ Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

⁹⁵ Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

⁹⁶ Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras.

aire y protección de la atmósfera y de residuos y suelos contaminados⁹⁷; o, entre las normas de aplicación horizontal, la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental⁹⁸, que permite evaluar los efectos potencialmente lesivos sobre el paisaje⁹⁹. En este listado cabe destacar, desde la perspectiva sectorial del medio rural y, por tanto, únicamente en relación con los paisajes referidos a él, la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural que, aunque no contiene demasiadas referencias al paisaje, sí manifiesta el interés por protegerlo mediante una ordenación integrada del uso del territorio.

De la situación expuesta se desprende que, a pesar de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado español, no existe a día de hoy –ni hay indicios de que la vaya a haber– una norma estatal que aborde el paisaje como elemento central de regulación¹⁰⁰. Es cierto que presenta especial trascendencia la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, ya que ha acogido por primera vez en el ordenamiento estatal la definición de paisaje dada por el CEP. Sin embargo, su objetivo dista mucho de dotar de una protección específica y una gestión integrada al paisaje, pues, como viene siendo habitual en nuestro ordenamiento, se centra en la conservación de los paisajes bellos y singulares, dejando fuera todos aquellos paisajes que no reúnan dichas características (art. 2.d)¹⁰¹. Además, la propia ley señala en su Exposición

⁹⁷ Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas; Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación; Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes; Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental; Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera; y Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.

⁹⁸ Heredera de las Directivas 2001/42/CEE y 2011/92/CEE a las que nos referíamos *supra* III.2.

⁹⁹ FABEIRO MOSQUERA, Antonio. «La protección...», *loc. cit.*, aptdo. V. párr. 3.

¹⁰⁰ TRIAS PRATS, Bartolomeu. «De los paisajes protegidos...», *loc. cit.*, pp. 257-262.

¹⁰¹ En concordancia con la regulación existente en la Directiva de Hábitats (*supra* III.2).

de Motivos que no pretende «ser el instrumento a través del cual se implantarán en España (...) las políticas de protección del paisaje como legislación básica del artículo 149.1.23ª [CE]». En cualquier caso, admite a continuación que estas políticas «exigen la puesta en marcha de instrumentos de gestión como los establecidos, con carácter de mínimos, en el Convenio Europeo del Paisaje (...) y que serán introducidos en la política ambiental española en un momento posterior». De ese momento posterior, diez años después, seguimos sin saber nada.

V. LA PROTECCIÓN DEL PAISAJE EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO: HACIA UN «DERECHO PAISAJÍSTICO VASCO»

1. Introducción

Como hemos podido observar, la protección jurídica que se le ha venido dando al paisaje en nuestro ordenamiento jurídico en las últimas décadas se caracteriza por ser dispersa e insuficiente, frente a la evolución mantenida en otros Estados europeos.

No es el caso, sin embargo, de varias Comunidades Autónomas, que también decidieron adherirse al Convenio Europeo del Paisaje asumiendo obligaciones concretas, y que ya han comenzado a dictar normas paisajísticas específicas, acogiendo los conceptos e instrumentos definidos por el CEP. Nos estamos refiriendo a la Comunidad Autónoma de Cataluña, que fue pionera en este sentido, mediante la Ley 8/2005, de 8 de junio, de Paisaje de Cataluña. A ella le siguieron Galicia (con la Ley 7/ 2008, de 7 de julio, de Paisaje de Galicia) y, mucho más recientemente, Valencia y Cantabria (Leyes 5/2014, de 25 de julio y 4/2014, de 22 de diciembre, respectivamente).

La Comunidad Autónoma del País Vasco, por su parte, no ha llegado a aprobar una norma con rango de ley autonómica en la materia, pero

ha dado aplicación a los contenidos del CEP a través del Decreto 90/2014, de 3 de junio, sobre protección, gestión y ordenación del paisaje en la ordenación del territorio, desarrollando muy recientemente una «Guía para la elaboración de estudios de integración paisajística¹⁰²».

Estos instrumentos, junto con el protagonismo que están alcanzando las cuestiones paisajísticas en la revisión de las Directrices de Ordenación Territorial (DOT), han comenzado a dotar al paisaje vasco de una gestión, protección e integración efectivas, contribuyendo a la formación del nuevo Derecho paisajístico vasco.

2. La protección del paisaje en la legislación vasca antes del Decreto 90/2014, de 3 de junio, sobre protección, gestión y ordenación del paisaje

2.1. El paisaje vasco en las políticas de protección del medio ambiente

Con anterioridad al mencionado Decreto 90/2014, la regulación jurídica con la que contaba el paisaje en el País Vasco era ciertamente escasa¹⁰³. En lo que respecta a la protección del medio ambiente, es cierto que la Ley 3/1998, de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco (LGPMA) reconoce que el paisaje forma parte del medio ambiente y que su uso se hará de forma sostenible (art. 1.2), de forma que corresponde a las Administraciones Públicas vascas velar por su conservación en sus respectivos ámbitos competenciales¹⁰⁴. Ahora bien, la LGPMA únicamente se refiere a paisajes naturales que reúnan cualidades excepcionales. Así, dentro de las estrategias, planes y programas que corresponde elaborar a las Administraciones Públicas (arts. 6 y 23.c), la Estrategia Ambiental Vasca de Desarrollo Sostenible 2002-2020

¹⁰² Orden del Consejero de Medio Ambiente de 15 de febrero de 2017.

¹⁰³ LASAGABASTER HERRATE, Iñaki (Dir.) y VVAA. *Derecho Ambiental. Parte Especial I. Espacios Naturales, Flora y Fauna, Montes, Paisaje*. LETE. Bilbao, 2010. Pg. 693.

¹⁰⁴ KARRERA EGIALDE, Mikel. «El paisaje...», *loc. cit.*, pg. 115.

se fija como objetivo promover la protección de los recursos paisajísticos del territorio, potenciando en particular la conservación de *paisajes singulares y de alta calidad*¹⁰⁵. Además, solo se habla de conservarlo en un sentido estático, mientras que la conservación del paisaje «no debe ir encaminada a preservar intacta su imagen, sino a mantener y mejorar su calidad y diversidad, sin dejar por ello de integrar nuevos elementos y usos» (UNZALU PÉREZ DE EULATE, ex-Consejera de Medio Ambiente, Agricultura y Pesca del Gobierno Vasco)¹⁰⁶.

2.2. *El paisaje vasco y la conservación de la naturaleza*

En el ámbito de la conservación de la naturaleza, el Decreto Legislativo 1/2014, de 15 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Conservación de la Naturaleza del País Vasco (LCNPV) también incluye como objetivo la preservación de la variedad y singularidad de los ecosistemas naturales y del paisaje (art. 1.1.b) mediante la declaración de espacios protegidos. El problema sigue siendo, una vez más, que únicamente dota de protección a los paisajes excepcionales, vinculándolos con su belleza. Así, una determinada área puede ser declarada Espacio Natural Protegido en caso de que represente un «*paisaje rural armonioso de singular belleza o valor cultural, o comprenda elementos singularizados y característicos dentro del paisaje general*». Asimismo, los Parques Naturales son zonas «identificables por la *belleza* de sus paisajes» (art. 14). Por otro lado, los Biotopos Protegidos incluirían los Paisajes Protegidos de la Ley básica 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, a la que ya nos hemos referido *supra* IV.3, que también pretende la preservación de sus valores singulares.

¹⁰⁵ GOBIERNO VASCO. *Estrategia Ambiental Vasca de Desarrollo Sostenible (2002-2020)*. Sociedad Pública de Gestión Ambiental - IHOBE. Bilbao, 2002. Pg. 34.

¹⁰⁶ <http://www.irekia.euskadi.eus/es/news/8869-aprobado-proyecto-ley-del-paisaje-euskadi-acuerdo-del-consejo-gobierno-del-2012>.

A lo anterior hemos de añadir nuevas figuras asociadas a la Red Natura 2000 y al *Man and the Biosphere Programme* de la UNESCO (Ley 5/1989, de 6 de julio, de Protección y Ordenación de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai), así como el Geoparque de la Costa Vasca¹⁰⁷ y los indicadores ambientales relativos a la biodiversidad y el paisaje¹⁰⁸.

2.3. El paisaje vasco en la ordenación territorial

En materia de ordenación territorial, la CAPV cuenta con la Ley 4/1990, de 31 de mayo, de Ordenación del Territorio del País Vasco (en adelante, la «LOT»), que no realiza ninguna referencia específica al paisaje. No obstante, sí lo hacen –aunque sea en parte– las Directrices de Ordenación Territorial (DOT) y, sobre todo, el nuevo Decreto 90/2014, de 3 de junio, sobre protección, gestión y ordenación del paisaje.

Dado que todas las novedades normativas en materia de protección del paisaje se están produciendo en el País Vasco en el marco de la ordenación territorial, por su importancia vamos a dedicar a esta cuestión un apartado específico.

3. El paisaje y la ordenación territorial en la CAPV

3.1. La gran amenaza del paisaje: el modelo urbanístico actual

La gran amenaza –aunque ya habría que hablar de realidad– que acecha al paisaje es el modelo urbanístico imperante en España, que se caracteriza por ser un sistema expansivo y, por ello, depredador de recursos naturales, que está conduciendo a una degradación intensiva del paisaje¹⁰⁹.

¹⁰⁷ ORMAETXEA ARENAZA, Orbange y SÁENZ DE OLAZAGOITIA BLANCO, Ana. «Nuevos...», *loc. cit.*, pg. 1165.

¹⁰⁸ http://www.ingurumena.ejgv.euskadi.eus/r49-u95/es/contenidos/documentacion/indicadores_biodiversidad/es_doc/indice.html

¹⁰⁹ AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. «Paisaje y gestión...», *loc. cit.*, pp. 203–204.

El comienzo de la degradación del paisaje coincide, precisamente, con el comienzo de siglo y la consolidación de un nuevo modelo económico que trajo consigo la construcción de nuevas infraestructuras, el aumento de la población, el cambio de una economía rural a urbana y la consiguiente necesidad de utilizar más suelo¹¹⁰, factores que han ido incrementándose progresivamente en las últimas décadas. Así, durante el último tercio de siglo la cantidad de suelo cubierto con edificios o carreteras ha crecido tres veces más rápido que la población. En este sentido, mientras que el terreno construido ha aumentado una tasa anual media del 2,5% —esto es, un crecimiento acumulado del 48% desde 1976 a 1992—, la población aumentó un 18%¹¹¹.

El urbanismo español se ha caracterizado, por tanto, por ser un modelo ofensivo, que acecha zonas no susceptibles de ser transformadas urbanísticamente. La respuesta a ello, como hemos visto al analizar la legislación tanto estatal como autonómica vasca, ha sido la de tratar de defender los espacios excepcionales de mayor calidad natural o cultural. Esta solución, sin embargo, no es válida, ya que las zonas urbanizadas tienden a expandirse hasta los límites de los espacios protegidos, lo que está conduciendo a un sistema territorial «en mosaico»¹¹² —de la misma manera que ya ha sucedido en Reino Unido—, contrario a las recomendaciones de la Estrategia Territorial Europea.

3.2. La solución: un paisaje integrado de manera efectiva en las políticas de ordenación territorial y urbanística

La solución a los problemas expuestos debe pasar, por tanto, por incluir en las políticas de ordenación territorial y urbanística de la CAPV una gestión y protección de los paisajes integrada y ordenada, mediante la intro-

¹¹⁰ Ver al respecto INGENGOLI, Vittorio. *Landscape ecology: a widening foundation* (2ª ed.). Springer, 2013. Pp. 251–261; y MASINI, Nicola y SOLDVIERI, Francesco. *Sensing the past: from artifact to historical site*. Springer, 2017. Pp. 67–81.

¹¹¹ PUGA, Diego. «Crecimiento urbano desordenado: causas y consecuencias». *Els Opusdes del CREI*, vol. 19. Centre de Recerca en Economia Internacional. Barcelona, 2008. Pg. 3.

¹¹² AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. «Paisaje y gestión...», pg. 205.

ducción de los instrumentos básicos¹¹³ que proporciona para ello el Convenio Europeo del Paisaje al que se adhirió el Gobierno Vasco en 2009.

Así, el propio CEP recoge entre sus compromisos la obligación de las Partes de «integrar el paisaje en las políticas de ordenación territorial y urbanística» (art. 5.d), destacando al respecto la Recomendación CM/Rec(2008)3, en el Apartado 2 de su Anexo I, la importancia de que los instrumentos de ordenación y planificación territorial, sectoriales o parciales, cumplan con las indicaciones de los planes o estudios de paisaje, así como que los instrumentos y programas de planificación, ordenación y gestión del territorio incluyan la dimensión paisajística.

En este contexto, se explica el importante papel que desempeñan las CCAA y las Entidades Locales, puesto que las competencias más significativas con incidencia sobre el paisaje –ordenación territorial y urbanística– corresponden a estas Administraciones Públicas¹¹⁴ y, además, es precisamente en sede regional o subregional donde aparecen las escalas espaciales en las que se conforman las identidades paisajísticas¹¹⁵.

En consecuencia, desde que en 2009 se produjo la adhesión del ejecutivo vasco al CEP, la CAPV ha iniciado una estrategia para incorporar la variable paisajística no solo en la conservación sino en el conjunto de la planificación territorial¹¹⁶, sobre la base de que, dado que el paisaje constituye una dimensión fundamental del territorio, también será una pieza clave en su ordenación¹¹⁷.

¹¹³ «El Estado todavía no ha realizado esa legislación básica en materia de paisaje (...). El Convenio, cuyo contenido es obligatorio, podría ser considerado como expresión de la legislación básica estatal en la materia, y sus prescripciones deben ser respetadas por el legislador autonómico». *Dictamen del Consejo Jurídico Asesor de Euskadi 270/2011*.

¹¹⁴ GIEURE LE CARESSANT, Javier. «El paisaje...», *loc. cit.*, pg. 1475.

¹¹⁵ AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. «Paisaje y gestión...», pg. 206.

¹¹⁶ ORMAETXEA ARENAZA, Orbanje y SÁENZ DE OLAZAGOITIA BLANCO, Ana. «Nuevos...», *loc. cit.*, pg. 1165.

¹¹⁷ Preámbulo del Decreto 90/2014, de 3 de junio, sobre protección, gestión y ordenación del paisaje en la ordenación del territorio.

3.3. El marco legal de actuación: LOT, DOT y Planes Territoriales

La ordenación territorial pretende establecer criterios para conseguir una utilización más racional del suelo y sus recursos, lo que incide directamente en la gestión responsable de los recursos naturales y en la protección del medio ambiente. Para ello, la LOT utiliza como instrumentos las Directrices de Ordenación Territorial (DOT) y los Planes Territoriales Parciales (PTP) y Sectoriales (PTS).

El marco general de referencia para la ordenación del suelo vasco son las DOT (art. 4 LOT), entre cuyas finalidades se encuentra delimitar las áreas que van a ser objeto de preservación por sus valores ecológicos, culturales o económicos, así como asegurar la «explotación racional de los recursos naturales existentes en las mismas» (art. 6.3 LOT).

Las DOT son un instrumento que se construye sobre la unión de dos grandes componentes: el primero, el Decreto 28/1997, de 11 de febrero, que las aprueba; y el segundo, un estudio de las necesidades de desarrollo territorial de la CAPV. Es en el capítulo octavo de este último, dedicado concretamente a la ordenación del Medio Físico, donde afirma que la calidad y preservación del paisaje es cada vez más determinante para la utilización del medio físico (DOT, Cap. 8, ap. 2).

La Ordenación del Medio Físico se estructura en torno a tres instrumentos: Directrices Generales, Directrices Particulares y Acciones Positivas, entre las cuales las dos primeras toman en consideración la importancia del paisaje.

Las Directrices Generales plantean un conjunto de reglas para el desarrollo de actividades que puedan incidir en los elementos del Medio Físico de la totalidad del territorio de la CAPV, independientemente de su clasificación urbanística. Respecto al tratamiento del paisaje como elemento del medio físico, se señala que todo paisaje debe poseer el grado más alto de calidad. En especial, afirman que es necesario mejorar

aquellos que resulten más visibles y que tengan singularidades naturales¹¹⁸, así como realizar en toda obra estudios paisajísticos para minimizar los impactos negativos sobre el mismo (Cap. 8, ap. 5.2, G.g.2).

Las Directrices Particulares, por su parte, llevan a cabo una zonificación del territorio en sectores homogéneos en función de su capacidad de acogida, aplicándoles una regulación de usos en base a sus características específicas. Para ello, incluye una Matriz de Ordenación del Medio Físico, organizada mediante categorías de ordenación¹¹⁹ y usos o actividades que se dan en ellas (Cap. 8, ap. 6.1). Entre estas categorías, hallamos tres en las que el paisaje presenta una relevancia expresa:

- a) Suelos de especial protección: esta categoría abarca las áreas naturales que supongan «paisajes rurales o agreste armoniosos, de extraordinaria belleza o valor cultural». Lo que las DOT pretenden en estas áreas es limitar la intervención humana con vistas a preservarlas, potenciándose las acciones de protección y prohibiéndose los usos intensivos (ver Cap. 8, ap. 6.8.1.5).
- b) Zona agroganadera y de campiña: el apartado 6.8.4.2 establece como criterio de tratamiento general de esta categoría el mantenimiento de los paisajes agrarios.
- c) Pastos montanos: en las zonas ganaderas de altura, las DOT también pretenden el mantenimiento sostenible de sus paisajes (Cap. 8, ap. 6.8.5.2).

Por tanto, se observa que las DOT, aprobadas en 1997 y por tanto anteriores al CEP, también contienen una visión muy limitada del paisaje, ceñida a la conservación de paisajes rurales con altas cualidades na-

¹¹⁸ Se refleja aquí otra vez el antiguo concepto elitista de paisaje, que es el que manejan las DOT de forma general.

¹¹⁹ Especial protección, mejora ambiental, forestal, agroganadera y campiña, pastos montanos, sin vocación de uso definido y protección de aguas superficiales (Cap. 8, ap. 6.3).

turales, y que en consecuencia tampoco son útiles en su redacción actual para gestionar el paisaje de una forma integrada.

Destacan en este contexto normativo, sin embargo, algunos Planes Territoriales Sectoriales (como el PTS Agroforestal¹²⁰, que en su última versión incluye un anexo específico sobre el paisaje adaptado a las previsiones del CEP), así como diversos PTP (como los de las áreas funcionales de Durango¹²¹ y Gernika-Markina¹²²), que plantean objetivos y estrategias específicas dirigidas a velar por el mantenimiento de sus paisajes como patrimonio y recurso natural, y a facilitar el acceso a su visión y disfrute¹²³.

4. El Decreto 90/2014, de 3 de junio, sobre protección, gestión y ordenación del paisaje del País Vasco

En el marco legal expuesto, tuvo lugar la aprobación del Decreto 90/2014, de 3 de junio, sobre protección, gestión y ordenación del paisaje del País Vasco (en adelante, el «Decreto 90/2014» o simplemente el «Decreto»), primera norma específicamente paisajística del ordenamiento autonómico vasco, que tiene por objeto introducir en su ordenación territorial instrumentos específicos para la protección, gestión y ordenación del paisaje (art. 1 del Decreto), materializando así los fines principales del CEP.

Lo primero que llama la atención de esta norma es su rango, puesto que mientras las Comunidades Autónomas que ya han intervenido en este ámbito lo han hecho mediante leyes, la CAPV ha optado por una

¹²⁰ Decreto 177/2014, de 16 de septiembre.

¹²¹ Decreto 182/2011 de 26 de julio, por el que se aprueba definitivamente el Plan Territorial Parcial del Área Funcional de Durango.

¹²² Decreto 31/2016, de 1 de marzo, por el que se aprueba definitivamente el Plan Territorial Parcial del Área Funcional de Gernika-Markina.

¹²³ MATA OLMO, Rafael. «Agricultura, paisaje y gestión del territorio». *Polígonos: revista de geografía*, n° 14. Universidad de León, 2004. Pg. 119.

norma con rango reglamentario, pese a que su intención inicial también fue la de aprobar una Ley paisajística¹²⁴.

A este respecto, en su respuesta a la pregunta formulada por una parlamentaria sobre el estado del proyecto de Ley del paisaje, la entonces Consejera de Medio Ambiente y Política Territorial contestó que, tras haberse realizado un análisis de oportunidad, se llegó a la conclusión de que al ser el paisaje una dimensión de la ordenación del territorio, «el tratamiento jurídico del paisaje supone un desarrollo de nuestra legislación vigente en esta materia, que se realizará por vía reglamentaria»¹²⁵.

Esto supone que mientras Cataluña, Valencia, Galicia o Cantabria han podido introducir en sus ordenamientos –siempre dentro de los límites de la Constitución y sus respectivos Estatutos de Autonomía– una regulación *ex novo* de las cuestiones paisajísticas, la regulación realizada en la CAPV se ve materialmente limitada al marco legal que desarrolla, que no es otro que la LOT, junto con las DOT ya expuestas, con las importantes limitaciones que presentan.

Apuntado lo anterior, y adentrándonos ya en el estudio del Decreto, entre los objetivos perseguidos por el mismo destacan, además de la conservación y mejora de los paisajes –no solo de los naturales y rurales, sino también de los urbanos– la integración de la variable paisajística en las intervenciones sobre el territorio, la atribución de valor al paisaje como factor económico y cultural, así como la articulación armónica de los paisajes; en especial, en las áreas de contacto urbano-rurales y terrestre-marítimas, con lo que se paliaría el ya mencionado «efecto mosaico» de los paisajes.

¹²⁴ Aprobado el Proyecto de Ley del Paisaje de Euskadi (Acuerdo del Consejo de Gobierno del 24-01-2012).

¹²⁵ Boletín del Parlamento Vasco, 12-04-2013 (nº 22). http://www.legebiltzarra.eus/BASIS/izaro/webx/cm_bopvc/DIDW?W=boc_clave='10100503050320130412002650'&R=N#.

Para dar cumplimiento a los objetivos anteriores, y partiendo de la definición y pautas proporcionadas por el CEP, los instrumentos que el Decreto introduce en la ordenación del suelo vasco son los siguientes:

4.1. Catálogos del paisaje

Los Catálogos del paisaje son documentos de carácter descriptivo y prospectivo que abarcan la totalidad del paisaje de cada área funcional (art. 4.1). La iniciativa para su formulación corresponde indistintamente al Departamento del Gobierno Vasco competente en materia de ordenación del territorio o a las Diputaciones Forales, salvo que el Catálogo se corresponda con un área funcional que incluya municipios de diferentes Territorios Históricos, en cuyo caso la iniciativa debe ser ejercitada por el Gobierno Vasco, de oficio o a instancia de las propias Diputaciones o de los municipios comprendidos en cada área funcional (art. 4.4). Para su elaboración se garantiza la participación de agentes públicos, privados y, lo que es más importante debido al componente perceptivo del paisaje, de la ciudadanía afectada (art. 4.5), siendo en cualquier caso su contenido mínimo el siguiente (art. 4.2):

- a) Se identifican y valoran los paisajes presentes en cada área funcional.
- b) Entre dichos paisajes, se seleccionan aquellos que pudiesen resultar de «especial interés paisajístico» por alguno de los siguientes motivos: su singularidad como paisaje raro, su fragilidad como paisaje amenazado, su deterioro, su visibilidad para la población, su contribución en la conformación de la identidad del área funcional o sus aspectos perceptivos y estéticos sobresalientes.
- c) Se delimitan los usos y actividades que incidan de forma más notoria en la configuración de dicho paisaje.
- d) En función de todo lo anterior, se delimitan las «unidades paisajísticas», como áreas coherentes de paisajes que requieren un régimen específico de protección, gestión u ordenación.

- e) Por último, se definen los objetivos de calidad paisajística de cada unidad y la propuesta de acciones necesarias para alcanzar dichos objetivos, así como la propuesta de indicadores paisajísticos que permitan evaluar la efectividad de las medidas.

Actualmente, ya están elaborados los Catálogos de Paisaje¹²⁶ de las áreas de Laguardia, Balmaseda-Zalla, Zarautz-Azpeitia y Donostialdea-Bajo Bidasoa.

4.2. Determinaciones del paisaje

Una vez elaborado el correspondiente Catálogo, la propia Administración que lo ha formulado (art. 5.2) se encarga de tramitar las Determinaciones del Paisaje, mediante las que se desarrollan los objetivos de calidad paisajística y las acciones para su consecución (art. 5.1).

Estas Determinaciones están pensadas para incluirse posteriormente en los Planes Territoriales Parciales con carácter recomendatorio y como propuestas de actuación en esa zona (art. 5.2 y 5.4), lo que implica que su eficacia jurídica real queda supeditada a que finalmente sean incluidas en un PTP¹²⁷. De hecho, el art. 5.3 del Decreto dice literalmente que se «podrán incluir», no siendo en consecuencia un mandato preceptivo, lo que pone de manifiesto la incapacidad del Decreto para acometer una verdadera reforma paisajística.

Las Determinaciones del paisaje de Laguardia, Balmaseda-Zalla y Zarautz-Azpeitia se encuentran en proceso de incorporación a sus PTP¹²⁸.

¹²⁶ En la página web del Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda se pueden encontrar los datos relativos a la participación ciudadana en la elaboración de estos Catálogos. (Memoria de participación).

¹²⁷ LAZKANO BROTONS, Iñigo. «La normativa ambiental dictada por la Comunidad Autónoma Vasca». *Ingurugiroa eta Zuzenbidea*, n° 13. España, 2015. Pp. 84-85.

¹²⁸ <http://www.ingurumena.ejgv.euskadi.eus/catalogaciones-determinaciones-paisaje/r49-cpaisaia/es/>.

4.3. Planes de acción del paisaje

Son las herramientas que, partiendo de lo dispuesto en los Catálogos y en las Determinaciones, especifican las acciones a llevar a cabo para la protección, gestión u ordenación de ese paisaje (art. 6.1), siendo elaborados por los órganos encargados de la gestión de dicho ámbito¹²⁹.

4.4. Estudios de Integración Paisajística y método para su elaboración: Orden del Consejero de Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda, de 15 de febrero de 2017, por la que se aprueba la «Guía para la elaboración de estudios de integración paisajística en la Comunidad Autónoma del País Vasco»

Los Estudios de Integración Paisajística (EIP) son definidos por el Decreto 90/2014 como documentos técnicos destinados a pronosticar las consecuencias que tendría sobre un paisaje determinado la ejecución de un proyecto o el desarrollo de una actividad, con la finalidad de llevar a cabo una integración adecuada (art. 7.1).

Para ello, se encargan de describir el estado del paisaje, estudiar las características del proyecto (dimensiones, emplazamiento, materiales...) y analizar los impactos potenciales en el paisaje con el objetivo de proponer alternativas o corregir impactos negativos para una mejor integración del proyecto en el paisaje (art. 7.2).

En todo caso, el Decreto prescribe que estos Estudios deberán realizarse en los siguientes casos (art. 7.3): a) en las actuaciones a las que se refiere el artículo 28.5 de la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo¹³⁰; b) en los supuestos en que así se requiera por el planeamiento territorial o urbanístico; c)

¹²⁹ Desde que se aprobó el Decreto en 2014, el Gobierno Vasco convoca anualmente subvenciones dirigidas a los Ayuntamientos de la CAPV y a los Concejos de los municipios alaveses para la elaboración de sus Planes de acción del paisaje.

¹³⁰ Se trata de actuaciones que la Ley permite llevar a cabo en suelo no urbanizable, como obras de interés público, servicios de las Administraciones Públicas o vías y caminos proyectados.

en la realización de las infraestructuras de transportes o portuarias; y d) en las áreas o enclaves catalogados o inventariados por constituir parte del patrimonio histórico artístico, incluyéndose su entorno.

Recientemente, se ha aprobado la «Guía para la elaboración de estudios de integración paisajística en la Comunidad Autónoma del País Vasco» mediante Orden del Consejero de Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda de 15 de febrero de 2017. En ella se desarrolla con especial detalle el Decreto 90/2014 y se exponen con carácter orientativo las pautas a seguir para la elaboración de un EIP y los supuestos en que debe realizarse, diferenciando entre los EIP ordinarios y simplificados.

El EIP se configura en la Guía como un mecanismo proactivo, no reactivo, que no solo busca aminorar los impactos adversos que pudiesen derivarse de un proyecto, sino preservar, en incluso enriquecer o recuperar, los paisajes (aptdo. 2.4 de la Guía).

Para lograrlo, la Guía recomienda al EIP seguir la siguiente secuencia de contenidos:

- a) Delimitación del ámbito de análisis (área de afección potencial del proyecto) tomando como referencia la cuenca visual¹³¹ (aptdo. 4.2 de la Guía).
- b) Caracterización del paisaje en el ámbito de análisis mediante una descripción de sus componentes y sus dinámicas o patrones de cambio¹³², valoración de la calidad del paisaje y estimación de su fragilidad y visibilidad (aptdo. 4.3 de la Guía).
- c) Descripción de la intervención o actuación pretendida y de sus impactos potenciales, análisis de las alternativas existentes, justifi-

¹³¹ Conjunto de superficies o zonas de un territorio desde las cuales es visible el proyecto objeto de estudio (pg. 22 de la Guía).

¹³² En este proceso cobran especial relevancia las unidades de paisaje ya contenidas en Catálogos y/o Planes de Acción.

cación de la solución adoptada e incorporación de los objetivos de calidad paisajística¹³³ (aptdo. 4.4 de la Guía).

- d) Adopción de estrategias de integración paisajística, que pueden consistir en la ocultación (cubrir la visión del proyecto), la singularización (crear un nuevo paisaje mediante la presencia del nuevo elemento¹³⁴), la mimetización del proyecto el paisaje en el que se ubica o su naturalización (recuperar el estado natural del paisaje), así como de medidas preventivas, correctoras o compensatorias, en los casos en los que no es posible la corrección ni la mitigación de los efectos sobre el paisaje (aptdo. 4.5 de la Guía).

El contenido y alcance de los EIP ha de ajustarse al tipo y alcance de proyecto involucrado y al paisaje donde se ubique. Para ello, la Guía ha diferenciado dos tipos de EIP: (i) el EIP-Tipo A (Ordinario), para proyectos con obligación de realizar una Evaluación de Impacto Ambiental (EIA); y (ii) el EIP-Tipo B (Simplificado) para proyectos no sometidos a EIA y para los que la Administración competente considere necesaria su realización para otorgar una licencia, permiso o autorización, siempre y cuando esté previsto en el planeamiento urbanístico (aptdo. 3.2 de la Guía).

En cualquier caso, para evitar duplicidad de esfuerzos e información, la Guía recomienda que los EIP aprovechen, desde la perspectiva del paisaje, los análisis ya existentes en la EIA en caso de existir esta.

4.5. Medidas de sensibilización, formación, investigación y apoyo

Como medida final, el art. 8 del Decreto dispone que la Administración Pública de la CAPV, así como las entidades de su sector público, deben pro-

¹³³ Apartado que será preceptivo en caso de que se haya aprobado las Determinaciones del paisaje (ver pg. 45 de la Guía).

¹³⁴ La Guía pone como ejemplo el caso de la Bodega de Marqués de Riscal en Elciego (Álava).

mover actuaciones de sensibilización, formación, investigación y apoyo sobre la trascendencia de una adecuada protección, gestión y ordenación del paisaje, en el marco de una ordenación del territorio equilibrada y sostenible.

Buenos ejemplos de lo anterior son la Cátedra de Territorio, Paisaje y Patrimonio de la Universidad del País Vasco - Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV-EHU), entre cuyos objetivos destaca la elaboración de un Censo y un Mapa de Paisajes del País Vasco¹³⁵, así como el nuevo Máster Universitario en Gestión del Paisaje (Patrimonio, Territorio y Ciudad) de la misma universidad¹³⁶.

5. Perspectivas de futuro: el paisaje como gran protagonista en la Revisión de las Directrices de Ordenación Territorial

A lo largo de este estudio hemos ido comprobando cómo la legislación internacional con incidencia en Europa ha evolucionado desde un tratamiento disperso y muy selectivo del paisaje a una verdadera regulación central, deseosa de dotar a los paisajes europeos de una protección y gestión específicas mediante la introducción de diversos instrumentos en las políticas nacionales.

Aunque en el Estado español no existe, a día de hoy, una ley básica del paisaje, el propio Convenio Europeo del Paisaje se presenta como un marco de mínimos para las Comunidades Autónomas que se han adherido a él. Muchas de ellas han comenzado a elaborar normas paisajísticas específicas en base a sus competencias exclusivas en materia de ordenación territorial y urbanística, al ser esta precisamente una política que encuentra su sentido como acción pública que aborda el territorio en su integridad, y no como mero escenario de políticas sectoriales¹³⁷.

¹³⁵ www.catedraunesco.eu.

¹³⁶ <http://www.ehu.eus/es/web/gestiondelpaisaje/aurkezpena>.

¹³⁷ MATA OLMO, Rafael. «Un concepto de...», pg. 29.

La CAPV también ha intervenido en esta materia mediante la aprobación de un Decreto específico que, a pesar de sus intenciones, encuentra serias limitaciones para intervenir en la ordenación del paisaje de una forma íntegra debido al marco previo existente definido por la LOT y las DOT aprobadas en 1997.

Sin embargo, desde el año 2015 las DOT están siendo objeto de un gran proceso de Revisión¹³⁸ en el que el ejecutivo vasco no ha olvidado los compromisos adquiridos desde su adhesión al CEP, sino que, al contrario, ha elevado el paisaje a verdadero protagonista en este proceso de reestructuración del suelo vasco.

A continuación, y tomando como referencia el documento de Avance de la Revisión¹³⁹, vamos a examinar los puntos clave del nuevo tratamiento al paisaje en el proceso de elaboración de las futuras Directrices de Ordenación Territorial, cuya culminación se estima para 2018, y que nos permitirá pronosticar las líneas de futuro de este nuevo Derecho paisajístico vasco.

5.1. La incorporación del factor paisajístico en las bases del nuevo modelo territorial

Tras veinte años de vigencia de las primeras DOT, una de las cuestiones sobre la que se propone elaborar una reflexión específica desde el punto de vista territorial es el paisaje¹⁴⁰. Así, aunque las bases del modelo territorial de las DOT de 1997 se siguen manteniendo, se actualizan y complementan con nuevas perspectivas a tener en cuenta en la estrategia

¹³⁸ Resolución 36/2015, de 29 de julio, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento, por la que se dispone la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno por el que se dispone la iniciación del procedimiento de revisión de las Directrices de Ordenación Territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobadas por Decreto 28/1997, de 11 de febrero.

¹³⁹ <http://www.comisionjuridica.euskadi.eus/revision-dot/x84-educia/es/>.

¹⁴⁰ *Avance de la Revisión de las Directrices de Ordenación Territorial de la CAPV*, pg. 20.

territorial de los próximos veinte años, como es el paisaje, la atención al suelo en cuanto a recurso limitado y la regeneración urbana¹⁴¹.

De esta forma, las bases del nuevo modelo territorial se adecúan a las líneas de actuación presentes en distintas estrategias internacionales. En este sentido, y en lo que al paisaje respecta, destacan los objetivos perseguidos por la «Agenda Territorial de la Unión Europea 2020» que, entre las prioridades territoriales para el desarrollo de la Unión Europea, incluye la de gestionar y conectar los valores ecológicos, paisajísticos y culturales de las regiones, así como promover la buena gobernanza (donde quedarían incluidas las consultas paisajísticas a la población). Asimismo, en la «Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible» aprobada en el marco de las Naciones Unidas destacan ciertos objetivos con incidencia clara en la ordenación del paisaje, como son proteger y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar los bosques, luchar contra la desertización, invertir la degradación de las tierras y acabar con la pérdida de la diversidad biológica (Desarrollo Sostenible n° 15)¹⁴².

El nuevo modelo territorial de las DOT se asienta, por tanto, en el concepto de «territorio sostenible», que implica una gestión responsable de los recursos naturales (v. gr. el paisaje) a fin de asegurar su preexistencia para las generaciones futuras. Tal y como poníamos de manifiesto en apartados anteriores, muchos de los principales desafíos a los que se enfrenta la CAPV para alcanzar un verdadero desarrollo sostenible están directamente asociados a cuestiones urbanísticas. Así, el documento de Avance recuerda que aproximadamente el 6,78% de la superficie de la CAPV corresponde ya a infraestructura gris y zonas urbanizadas¹⁴³, resultando como reflejo de su modelo económico un paisaje urbano fuertemente industrializado.

¹⁴¹ *Ibidem*, pg. 39.

¹⁴² *Ibidem*, pp. 39-40.

¹⁴³ *Ibidem*, pg. 41.

Dado que el paisaje de la CAPV se caracteriza, por tanto, por estar suficientemente urbanizado¹⁴⁴, se entiende que soluciones basadas en la naturaleza y en la participación ciudadana revertirán en una mejora de nuestro paisaje cotidiano –que por fin se alza con la misma importancia que los paisajes extraordinarios– y nuestra calidad de vida¹⁴⁵, en términos semejantes a los propugnados por el CEP.

En este contexto, el Avance de Revisión destaca que la incorporación de la perspectiva paisajística en las intervenciones sobre el territorio resulta fundamental en un triple sentido: en primer lugar, para restaurar los ciclos naturales, esenciales para recuperar la biodiversidad y garantizar la disponibilidad de los recursos básicos; en segundo lugar, para fomentar el atractivo del territorio; y, por último, para contribuir a la mejora de la calidad de vida de la ciudadanía¹⁴⁶.

Debido a los motivos expuestos, el documento de Avance establece como sexto principio rector de la revisión de las DOT la inclusión de la «gestión del paisaje a través de los instrumentos de ordenación»¹⁴⁷, y propone como elemento específico del futuro modelo territorial el paisaje, el patrimonio natural y cultural, y los recursos turísticos¹⁴⁸.

5.2. Los objetivos paisajísticos en la futura ordenación del medio físico

El documento de Avance dedica un capítulo concreto a la cuestión del paisaje, tras reconocer que «el paisaje ha adquirido un peso propio que requiere de un capítulo específico dentro del modelo territorial»¹⁴⁹.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pp. 43-45.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pg. 45.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pg. 41.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 48-49.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pg. 53.

¹⁴⁹ *Ibidem*, pg. 196.

En él, se destaca la riqueza y diversidad paisajística de la que goza la CAPV, y se afirma por primera vez que el paisaje aporta a la ordenación del territorio un enfoque que ha de ser abordado de manera necesariamente transversal. Así, señala que el paisaje constituye un recurso y un patrimonio común de interés general desde el punto de vista cultural, medioambiental, social, histórico y económico, que contribuye a la calidad de vida individual y colectiva, y conforma al mismo tiempo la identidad del territorio¹⁵⁰.

Partiendo de los términos acordados en el Convenio de Florencia, el Avance incide especialmente en la necesidad de intervenir en la protección, gestión y ordenación de todo tipo de paisajes, tanto degradados, como cotidianos, como de gran calidad, siempre que sean percibidos como paisaje por la población.

Sobre esta base de evolución conceptual, los objetivos de revisión del modelo territorial que se proponen en materia de paisaje para dar respuesta a los retos existentes en este ámbito son, sucintamente, los siguientes¹⁵¹.

- a) Integrar el paisaje en la elaboración de los instrumentos de planificación territorial y urbanística.
- b) Valorar el paisaje de forma integral, incluyendo los paisajes degradados.
- c) Promover la participación ciudadana en la valoración del paisaje así como en la definición de los objetivos de calidad paisajística.
- d) Evitar los impactos paisajísticos negativos de todo tipo (visuales, sonoros u olfativos) e integrar los elementos y actividades que se desarrollan en el territorio.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 195-196.

¹⁵¹ *Ibidem*, pg. 197.

5.3. *El paisaje en las futuras directrices territoriales*

Las directrices que se pretenden seguir en el futuro modelo territorial en materia de paisaje consisten, principalmente, en adecuar las actuaciones sobre el territorio al mantenimiento de su morfología, topografía y ecología¹⁵². Para ello, entendemos que se consolidará como instrumento especialmente relevante el Estudio de Integración Paisajística recogido en el Decreto 90/2014 y detallado mediante Orden del Consejero de Medio Ambiente, Planificación territorial y Vivienda de 15 de febrero de 2017, que analizábamos *supra* V.4.4.

En particular, las directrices propuestas van dirigidas a conservar la vegetación y los bosques naturales –potenciando las especies autóctonas y evitando grandes plantaciones mono-específicas–, así como los paisajes agrarios y rurales característicos.

Por otro lado, destaca el interés manifiesto de evitar la generación de paisajes «en mosaico», a los que ya nos referíamos en apartados anteriores. En este sentido, en relación con la protección del paisaje litoral, se recoge como directriz específica integrar los impactos negativos en las zonas de transición puerto-ciudad¹⁵³. De la misma forma, la Directriz 6.b) habla de «proteger el paisaje en los bordes urbanos» y la 7.d) se refiere a «diseñar unos accesos a los núcleos urbanos que faciliten la transición entre los espacios abiertos del medio natural o rural y los paisajes urbanos».

Las nuevas directrices promueven asimismo la mejora de la imagen de los polígonos industriales, e insisten en integrar adecuadamente en los paisajes las nuevas actividades económicas que se desarrollen (Directriz nº 8).

Siendo las anteriores algunas de las medidas más reseñables del Avance, fundamentalmente son tres las Directrices que, si llegan a aprobarse

¹⁵² *Ibidem*, pg. 198.

¹⁵³ *Ibidem*, pg. 199.

de forma definitiva, podrán influir en la consolidación futura de un verdadero Derecho para nuestros paisajes:

En primer lugar, la Directriz nº 12, mediante la que se garantizaría la participación ciudadana en todo proceso promovido por las Administraciones públicas vascas en materia de paisaje en el ámbito de ordenación territorial.

En segundo lugar, la Directriz nº 11, que pretende asegurar el cumplimiento de unos requisitos básicos de toda infraestructura, obra o actividad que pueda tener incidencia en el paisaje, para lo que resultarán esenciales no solo los instrumentos de evaluación ambiental, sino también los ya comentados Estudios de Integración Paisajística.

Y, por último, la obligación de los Planes Territoriales Parciales¹⁵⁴ de contener las Determinaciones del paisaje correspondientes a su área funcional y entorno de influencia que se deriven de los correspondientes instrumentos de gestión, protección y ordenación del paisaje, como los Catálogos del paisaje (Directriz nº 10).

VI. CONCLUSIONES

1. El paisaje se configura como un recurso natural indisoluble de la calidad de vida humana, que juega un papel preponderante en los ámbitos social, cultural, económico y, principalmente, ambiental, lo que hace que su protección deba ser garantizada por los poderes públicos en base al art. 45 de la Constitución.

2. Tradicionalmente, el paisaje no ha sido objeto de una protección especial en nuestro ordenamiento, sino que sus escasas garantías jurídicas han procedido de instrumentos sectoriales en los que ha recibido un tra-

¹⁵⁴ Con lo que se superaría la debilidad del Decreto 90/2014 en este punto.

tamiento casi accidental. Esto ha provocado que su regulación resulte dispersa, insuficiente y que no cuente con un concepto legal unificado.

3. Desde el Derecho internacional, sin embargo, el paisaje ha comenzado a consolidarse como un bien jurídico meritorio de una protección propia e integrada.

3.1. Cronológicamente, este nuevo modelo de protección jurídica se sitúa en la Convención de la UNESCO de 1972 sobre Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, que consagró como Patrimonio de la Humanidad el paisaje tras considerar que su protección a escala nacional era ciertamente incompleta.

3.2. En la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el TEDH ha reconocido que, como parte integrante de la protección ambiental, la defensa del paisaje constituye un derecho colectivo que puede llegar a justificar la limitación de los derechos particulares reconocidos en la Convención.

3.3. La Unión Europea no ha intervenido por el momento con una normativa específica del paisaje, aunque la regulación que realiza en el ámbito de la biodiversidad puede influir positivamente en la protección del mismo. Especial significación presenta la Directiva 92/43/CEE relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y la flora silvestres. No obstante, su eficacia es muy limitada, puesto que la Directiva se remite a las políticas nacionales de ordenación del territorio, materia en la que no existe regulación comunitaria.

4. Aunque el paisaje no había sido ignorado anteriormente, la situación ambiental cada vez más precaria, junto con los importantes problemas de gestión del territorio presentes en Europa, han llevado a reconocer la realidad jurídica autónoma que representa el paisaje. En este sentido, el Convenio Europeo del Paisaje lo ha impulsado hacia un tratamiento más de-

finido, siendo su trascendencia particular por dos motivos: primero, porque rompe la idea de que solo han de protegerse los paisajes excepcionales; y segundo, porque promueve la protección, gestión y ordenación del paisaje como bien jurídico específico. Para garantizar dicha protección, los Estados parte aceptan los siguientes compromisos: (i) reconocer jurídicamente el paisaje, (ii) adoptar medidas específicas para la protección, gestión y ordenación de los paisajes, a través de una acción paisajística integrada y (iii) asegurar la participación pública en la identificación de los paisajes y en la elaboración de las políticas de protección, gestión e integración.

5. A pesar de la inexistencia de una ley básica en la materia en el ordenamiento estatal, cuatro Comunidades Autónomas (Galicia, Cataluña, Valencia y Cantabria) han aprobado leyes específicas para dar aplicación a los contenidos del Convenio. El País Vasco se ha unido a las anteriores a través del Decreto 90/2014, de 3 de junio, sobre protección, gestión y ordenación del paisaje en la ordenación del territorio.

6. Partiendo de la base de que el paisaje representa una dimensión fundamental del territorio, el Decreto 90/2014 ha introducido en la ordenación territorial vasca instrumentos específicos para la protección, gestión y ordenación del paisaje, materializando así los fines principales del Convenio Europeo del Paisaje. Estos instrumentos son: a) Catálogos del paisaje, para identificar y valorar los paisajes de cada área funcional, limitar los usos y proponer objetivos de calidad paisajística; b) Determinaciones del paisaje, para desarrollar los objetivos de calidad paisajística y las acciones para su consecución, cuya verdadera efectividad queda cuestionada en la propia norma al señalar que su inclusión en los PTP es potestativa; c) Planes de acción del paisaje, para especificar las acciones a llevar a cabo en la protección, gestión y ordenación del paisaje; d) Estudios de Integración Paisajística, para integrar el desarrollo de actividades y de proyectos en los paisajes, analizando sus impactos potenciales; y e) Medidas de sensibilización, formación, investigación y apoyo.

7. En especial, los Estudios de Integración Paisajística, cuya Guía de elaboración acaba de ser aprobada mediante Orden del Consejero de Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda, de 15 de febrero de 2017, se presentan como un instrumento de especial relevancia en el futuro de nuestra ordenación territorial y urbanística para la adecuada integración de las intervenciones humanas en el paisaje.

8. Desde el año 2015, además, las DOT están siendo objeto de un gran proceso de Revisión que marcará las bases de nuestro modelo territorial durante los próximos veinte años, y donde se ha dedicado un capítulo específico a la cuestión paisajística al reconocer su gran relevancia para la sociedad como recurso. De los objetivos y propuestas que figuran en el documento de Avance de la Revisión, tres Directrices cobran especial trascendencia para la consolidación futura de un verdadero Derecho para el paisaje vasco: (i) garantizar la participación pública en materia de paisaje, pues se trata de un concepto mayormente perceptivo (Directriz nº 12); (ii) asegurar el cumplimiento de unos requisitos básicos de toda infraestructura, obra o actividad que pueda tener una incidencia en el paisaje (Directriz nº 11); y (iii) la obligación de los PTP de contener las Determinaciones del paisaje correspondientes a su área funcional y entorno de influencia, superando así las limitaciones que presenta el Decreto 90/1024 en este aspecto (Directriz nº 12).

9. El Convenio Europeo del Paisaje, junto con el Decreto 90/2014 y las líneas de avance de la actual Revisión de las DOT en el País Vasco, han abierto, en conclusión, un nuevo camino para la consolidación del Derecho sobre el paisaje como sector propio e integrado de nuestro ordenamiento, estableciendo la base jurídica sobre la que erigir una adecuada protección y gestión de nuestros paisajes en el marco de una ordenación territorial equilibrada y sostenible.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. «Paisaje y gestión del territorio». *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 15. Madrid, 2007.

ASKASIBAR BERZIARTUA, Miren. «Política y normativa de paisaje en Europa». *Lurralde: investigación y espacio*, nº 21. Irurita, 1998.

BERMEJO LATRE, José Luis. *La pianificazione del paesaggio. I piani paesistici e la nuova tutela delle risorse naturali*. Maggioli Editore. Rimini, 2002.

CAFFERATTA, Néstor A. *Introducción al derecho ambiental*. Instituto Nacional de Ecología. México, 2004.

CANALES PINACHO, Fernando y OCHO GÓMEZ, María Pilar. «La juridificación del paisaje o de cómo convertir un criterio esencialmente estético en un bien jurídico objetivable». *Diario La Ley*, nº 7183, Sección Doctrina. La Ley, 2009.

CLOVIS SIAKA, Danny. «La privatización del paisaje. Elementos para su aprehensión “jus privativa”». *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8. Aranzadi. Cizur-Menor, 2015.

FABEIRO MOSQUERA, Antonio. «La protección del paisaje: su creciente importancia en el ámbito internacional y la dispersión de instrumentos jurídicos para su protección integral en el Derecho español». *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 131. Civitas. Pamplona, 2006.

FERNÁNDEZ EGEE, Rosa. «Jurisprudencia ambiental internacional». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. III, nº 1. Universitat Rovira i Virgili. Tarragona, 2012.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen. «El paisaje, el medio rural y el patrimonio natural en las recientes iniciativas legislativas estatales (A propósito de la ratificación por España de la Convención Europea del Paisaje, la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural y la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad)». *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 140. Civitas. Pamplona, 2008.

GARCÍA URETA, Agustín. *Derecho Europeo de la Biodiversidad. Aves silvestres, hábitats y especies de flora y fauna*. Iustel. Madrid, 2010.

GIUERE LE CARESSANT, Javier. «El paisaje en su versión jurídica urbanística (aspectos prácticos). Estudio especial de la Comunidad Autónoma Valenciana». *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 9, Sección Colaboradores, tomo 2. La Ley, quincena del 15 al 29 de mayo de 2007.

GOBIERNO VASCO. *Estrategia Ambiental Vasca de Desarrollo Sostenible (2002-2020)*. Sociedad Pública de Gestión Ambiental - IHOBE. Bilbao, 2002.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. y VVAA. *Curso de Derecho Internacional Público* (4ª ed.). Ed. Thompson. Pamplona, 2008.

HERVÁS MÁS, Jorge. *Ordenación del territorio, urbanismo y protección del paisaje*. Ed. Bosch. Barcelona, 2008.

INGEGNOLI, Vittorio. *Landscape ecology: a widening foundation* (2ª ed.). Springer, 2013.

KARRERA EGIALDE, Mikel M. «El paisaje y la propiedad agraria. Referencias a su configuración jurídica en la Comunidad Autónoma Vasca». *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 72. IVAP. Bilbao, 2005.

LASAGABASTER HERRATE, Iñaki (Dir.) y VVAA. *Derecho Ambiental. Parte Especial I. Espacios Naturales, Flora y Fauna, Montes, Paisaje*. LETE. Bilbao, 2010.

LASAGABASTER HERRATE, Iñaki y LAZKANO BROTONS, Iñigo. «Protección del Paisaje y Espacios Naturales Protegidos». *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 70. IVAP. Bilbao, 2004.

LAZKANO BROTONS, Iñigo. «La normativa ambiental dictada por la Comunidad Autónoma Vasca». *Ingurugiroa eta Zuzenbidea*, nº 13. España, 2015.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando. «Formas de conservar la naturaleza». *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 170. Ed. Civitas. Pamplona, 2015.

LOZANO CUTANDA, Blanca. *Derecho Administrativo Ambiental* (10ª ed.). Ed. Dykinson. Madrid, 2009.

MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental (vol. III)*. Ed. Trivium. Madrid, 1997.

MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier (Dir.) y VVAA. *Teoría y Práctica de la educación en derechos humanos*. Diputación Foral de Gipuzkoa. Zarautz, 2006.

MARTÍNEZ SANCHÍS, José Antonio. «Los procesos de participación pública en la Evaluación Ambiental Estratégica de los Planes de Ordenación Urbana y la protección del paisaje». *Práctica Urbanística*, n° 80. La Ley, 2009.

MASINI, Nicola y SOLDVIERI, Francesco. *Sensing the past: from artifact to historical site*. Springer, 2017.

MATA OLMO, Rafael. «Agricultura, paisaje y gestión del territorio». *Polígonos: revista de geografía*, n° 14. Universidad de León, 2004.

MATA OLMO, Rafael. «Un concepto de paisaje para la gestión sostenible del territorio». En MATA OLMO y TARROJA I COSCUELA. *El paisaje y la gestión del territorio: Criterios paisajísticos en la ordenación del territorio y el urbanismo*. Diputación de Barcelona. Barcelona, 2006.

ORMAETXEA ARENAZA, Orbange y SÁENZ DE OLAZAGOITIA BLANCO, Ana. «Nuevos requerimientos y herramientas en el estudio del paisaje de la Comunidad Autónoma del País Vasco». En DE LA RIVA, Juan y VVAA. *Análisis espacial y representación geográfica: innovación y aplicación*. Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 2015.

PALMER, Alice y ROBB, Cairo A. R. «International Environmental Law in National Courts». En BETHLEHEM, Daniel y VVAA. *International Environmental Law Reports*. Cambridge University Press. Cambridge, 2004.

PARDOEL, Dirk y RIESCO CHUECA, Pascual. «El paisaje en la esfera pública: discurso, percepciones e iniciativa ciudadana en torno a los paisajes españoles». *Patrimonio natural, cultural y paisajístico. Claves para la sostenibilidad territorial*. Observatorio de la Sostenibilidad en España. Junta de Andalucía, 2009.

PUGA, Diego. «Crecimiento urbano desordenado: causas y consecuencias». *Els Opuscles del CREI*, vol. 19. Centre de Recerca en Economia Internacional. Barcelona, 2008.

RUIZ URRESTARAZU, Eugenio y GALDOS URRUTIA, Rosario. *Geografía del País Vasco*. Ed. Nerea. Donostia, 2008.

SAN MARTÍN SEGURA, David. «La “ecologización” de los derechos fundamentales en el marco del Convenio Europeo de los Derechos Humanos». *Revista*

electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, n° 3. Universidad de La Rioja. La Rioja, 2005.

SÁNCHEZ SANCHEZ, Hernando. *Código de Derecho Internacional Ambiental*. Universidad del Rosario. Bogotá, 2008.

SÁNCHEZ, Víctor M. (Dir.) y VVAA. *Derecho de la Unión Europea*. Huygens. Barcelona, 2010.

SANDS, Philippe y VVAA. *Principles of International Environmental Law*. Cambridge University Press. Cambridge, 2003.

TORNOS MAS, Joaquín. «La delimitación constitucional de las competencias. Legislación básica, bases, legislación de desarrollo y ejecución». *El funcionamiento del Estado autonómico*. Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid, 1999.

TRIAS PRATS, Bartolomeu. «De los paisajes protegidos a la protección del paisaje: un reto pendiente». *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 94. IVAP. Bilbao, septiembre-diciembre 2012.

VVAA. *Patrimonio natural, cultural y paisajístico. Claves para la sostenibilidad territorial*. Observatorio de la Sostenibilidad en España. Junta de Andalucía, 2009.

ZOIDO, Florencio y VVAA. *Diccionario de geografía urbana, urbanismo y ordenación del territorio*. Ariel. Barcelona, 2000.

La moción de censura en el ordenamiento constitucional español

ALEJANDRO VILLANUEVA TURNES

Doctorando en Derecho en la Universidad de Santiago de Compostela
Becario en la Escola Galega de Administración Pública

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 04/09/2017

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 12/11/2018

Resumen: La moción de censura es una figura que está en pleno auge dentro del Estado español debida a la última utilización de la misma que se hizo en los meses precedentes a la redacción de este trabajo. En el presente estudio se pretende ofrecer una visión de conjunto de esta figura, empezando por su regulación constitucional y examinando la forma en la cual debe llevarse a cabo su tramitación, para lo cual acudiremos a la normativa infraconstitucional oportuna, concretamente al Reglamento del Congreso. A su vez también dedicaremos un apartado al tratamiento del papel del Jefe del Estado en esta figura, el cual a pesar de parecer poco relevante, podría incluso llegar a ser fundamental en un supuesto de negativa de un Presidente censurado a presentar su dimisión al Monarca, tal y como le exige el Texto Constitucional. Para todo esto se empleará un método con el examen de la normativa y la doctrina más relevante en la materia.

Palabras-clave: moción de censura; responsabilidad política; refrendo.

Laburpena: Zentsura-mozioa entzute handia duen tresna da Espainiako estatuan. Izan ere, lan hau idatzi aurreko hileetan erabili zen azkenekoz tresna hori. Azterlan honen helburua da hain zuzen ere, tresna horren ikuspen orokor bat ematea, lehendabizi konstituzioak nola arautzen duen jakitea eta jarraian nola egiten diren izapideak aztertzea; horretarako ezinbestekoa da araudi azpikonstituzional egokia, hau da, Kongresuaren araudia. Era berean, estatuburuak tresna horren barruan duen eginkizuna ere aipatuko dugu atal batean. Eginkizun hori garrantzitsua ez irudi arren, oinarritzkoa ere izan daiteke esate baterako zentsura-mozioa jaso duen gobernu-burua ukatzen bada bere dimisioa aurkeztera Erregeari, hori baita Konstituzioan agintzen duena. Aipatu guztia garatzeko, gaiari buruz dagoen araudi eta doktrina adierazgarrienak aztertuko dira.

Gako-hitzak: zentsura-mozioa, erantzukizun politikoa, berrespena.

Abstract: The motion of censure is an institution highly timely and current in Spain due to its last use in the months preceding this work. This lecture pretends to offer a vision about that institution, starting on the constitutional regulation, following with its process, so that infra constitutional regulation, the Parliament rule of procedure. We also will recall the character played by the Head of the State, which apparently irrelevant, could even be son fundamental if a censored Prime Minister refuses to present his resign to the Monarch, as the constitutional chart stipulates. With this aim the most relevant regulation and doctrine is examined.

Key-words: motion of censure; political responsibility; sanction.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA PRESENTACIÓN DE LA MOCIÓN. 3. TRAMITACIÓN. 4. LOS EFECTOS DE LA MOCIÓN DE CENSURA. 5. EL PAPEL DEL JEFE DEL ESTADO EN LA MOCIÓN DE CENSURA. 6. CONCLUSIÓN. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La moción de censura conlleva un procedimiento que, en caso de salir adelante, permite un nombramiento extraordinario del presidente del Gobierno¹. Dados los acontecimientos que se han producido en los últimos meses, esta figura se ha puesto de rigurosa actualidad, siendo un tema que parece perseguir al Gobierno actual. Es precisamente este motivo el que nos invita a realizar un estudio en torno a ella, con el objetivo de conocerla mejor.

Nuestro punto de partida debe ser el Texto Constitucional de 1978, el cual se encarga de la regulación de la moción de censura en su artículo 113, que presenta el siguiente tenor literal:

«1. El Congreso de los Diputados puede exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de la moción de censura. 2. La moción de censura deberá ser propuesta al menos por la décima parte de los Diputados, y habrá de incluir un candidato a la Presidencia del Gobierno. 3. La moción de censura no podrá ser votada hasta que transcurran cinco días desde su presentación. En los dos primeros días de dicho plazo podrán presentarse mociones alternativas. 4. Si la moción de censura no fuere aprobada por el Congreso, sus signatarios no podrán presentar otra durante el mismo período de sesiones».

¹ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, «Las causas del cese del Gobierno en el ordenamiento constitucional español», *Cuestiones Constitucionales*, N° 4, 2001, p. 138.

Este precepto que acaba de mencionarse debe ser confrontado con el apartado 2 del siguiente, es decir, del 114, que indica los efectos de la moción de censura al señalar que «*Si el Congreso adopta una moción de censura, el Gobierno presentará su dimisión al Rey y el candidato incluido en aquélla se entenderá investido de la confianza de la Cámara a los efectos previstos en el artículo 99. El Rey le nombrará Presidente del Gobierno*».

A la vista de esta regulación, nos encontramos con que la moción de censura va a tener como núcleo central la exigencia de responsabilidad política². Precisamente atendiendo a esta finalidad, podemos observar el objetivo que se persigue, que no es otro que examinar la actividad de este órgano a través de su Presidente, debiéndose ello a que es con el Presidente con quien la Cámara Baja ha establecido una relación de confianza en la investidura³. Aquí debemos señalar que, a pesar de que el Parlamento español es bicameral, únicamente el Congreso de los Diputados va a ser protagonista en la exigencia de responsabilidad política tanto en la moción de censura que estamos tratando aquí, como en la cuestión de confianza, debiéndose ello a que el Senado no participa en la elección del Presidente del Gobierno y por lo tanto en la relación de confianza que se establece con él⁴.

No es de extrañar que el artículo 113 que acaba de mencionarse haya sido categorizado como un precepto sumamente relevante dentro de la

² La moción de censura es, junto con la cuestión de confianza, los dos mecanismos que permiten expresar la existencia de una pérdida de confianza parlamentaria. MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Aproximación al derecho constitucional español*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980, p. 214.

³ GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier, «Sentido constitucional de la moción de censura», *Diario El País*, 20 de julio de 2013.

⁴ ARAGÓN REYES, Manuel, «Gobierno y forma de Gobierno. Problemas actuales», en: ARAGÓN REYES, Manuel y GÓMEZ MONTORO, Ángel (coords.), *El Gobierno. Problemas constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 36.

*Norma Normarum*⁵, y es que, la moción de censura, dentro del ordenamiento constitucional español, es un mecanismo complejo en tanto en cuanto no supone únicamente la “caída” del Presidente y los restantes miembros del Gobierno, sino que además implica automáticamente la investidura de un nuevo Presidente⁶.

Por lo dicho, la modalidad de moción de censura regulada en nuestro sistema jurídico es la de tipo constructiva y no destructiva, ya que en esta última, lo único pretendido es eliminar al Presidente del Gobierno, sin ofrecer alternativas⁷. No estamos, por lo tanto, ante un instrumento que se utilice a modo de “arma política”, sino que, por el contrario, se trata de un mecanismo que provoca la sustitución del Gobierno debido a una pérdida de la mayoría parlamentaria a su favor⁸.

2. LA PRESENTACIÓN DE LA MOCIÓN

Cuando hablamos de la presentación de la moción de censura, debemos hacer alusión a varios aspectos:

En primer lugar resulta imprescindible referirnos a los requisitos existentes para llevarla a cabo. La Constitución establece un mínimo de una décima parte de los diputados, que deberán ser los firmantes de la moción de censura para proceder a su presentación. A día de hoy, este número equi-

⁵ ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *La Constitución Española de 1978 (comentario sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, p. 682.

⁶ PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 618.

⁷ OLLERO GÓMEZ, Carlos, «Democracia y moción de censura en la constitución española de 1978», *Revista de Estudios Políticos*, N° 52, 1986. p. 9.

⁸ RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge, *Teoría y práctica del derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 625. SIMÓN GARZA ha afirmado que «la moción de censura constructiva ha tenido una eficacia cierta a la hora de restringir la capacidad parlamentaria para provocar crisis gubernamentales». Simón Garza, Fernando, «La moción de censura: ¿constructiva u “obstructiva”?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 103, 2015, p. 97.

vale a 35. El objetivo de esta exigencia mínima no es otra que servir de un indicador inicial en torno a una posible prosperación de la moción, es decir, se incluye esta exigencia para evitar que se puedan presentar mociones de censura sin ningún tipo de previsión de éxito. Aunque esta exigencia constitucional no implica que necesariamente vaya a prosperar positivamente, por lo menos no supondrá una total pérdida de tiempo a la Cámara Baja⁹. Esto lo consideramos acertado ya que carece de sentido que se vote una moción con una falta manifiesta e inequívoca muestra de apoyo y sin ninguna posibilidad de salir adelante. De esta manera se evitan las mociones de censura que simplemente vayan a tener un «*significado exclusivamente testimonial*»¹⁰, e impidiendo aquellas mociones que se encuentren destinadas «*exclusivamente a bloquear el trabajo ordinario de la Cámara*»¹¹.

Por otro lado, otro requisito constitucionalmente establecido es la presentación de un candidato alternativo a la presidencia¹². Como adelantamos en la introducción del presente estudio, este requisito hace que la moción cobre una importancia mayor si cabe, tratándose de una moción constructiva.

A pesar de que constitucionalmente no existen más requisitos, sí que nos encontramos que la regulación contenida en el Reglamento del Congreso habla de un escrito motivado en el artículo 175.2, al señalar que «*La moción deberá ser propuesta, al menos, por la décima parte de los Diputados en escrito motivado dirigido a la Mesa del Congreso y habrá de incluir un candidato a la Presidencia del Gobierno que haya aceptado la candidatura*».

⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 726.

¹⁰ DE ESTEBAN, Jorge y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, *Curso de Derecho Constitucional Español III*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1994, p. 611.

¹¹ TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1998, p. 665.

¹² El cual, como resulta evidente, tendrá que aceptar que se le presente como tal. *Ibidem*.

Este requisito establecido fuera de la *Lex Legum* es plenamente lógico y adecuado, siendo de los tradicionales que han existido en el marco de las mociones de censura. En este punto, y siempre desde nuestro punto de vista, no sería descabellado que, en el momento en el cual se opte por realizar una reforma de la Constitución, se incluyera en la Norma Fundamental dicho requisito¹³.

Refiriéndonos al plazo para la presentación, no se puede realizar otra afirmación que aquella consistente en indicar que, para presentar una moción de censura, no existe un plazo prefijado o determinado, por lo que podemos decir que se puede presentar en cualquier momento. Sin embargo, ello no implica que todos los momentos existentes sean idóneos para su puesta en marcha, y es que tal y como afirma VIRGALA FORURIA, va a corresponder a los grupos políticos la valoración sobre la pertinencia del momento¹⁴.

¹³ No podemos dejar de hacer aquí una referencia a la figura objeto de análisis, esto es, la moción de censura, en derecho comparado. Concretamente, a lo que aquí vamos a aludir es la moción de censura dentro de la Ley Fundamental de Bonn, siendo esta una norma muy influyente en la nuestra. De esta manera, el artículo 67 de esta Ley dice: «1. El Bundestag sólo podrá plantear una moción de censura frente al Canciller Federal si elige por mayoría de sus miembros a un sucesor y solicita del Presidente Federal el relevo del Canciller Federal. El Presidente Federal deberá acceder a esta solicitud nombrando a quien resulte elegido. 2. Entre la moción y la votación deberán transcurrir cuarenta y ocho horas». A pesar de que la regulación que acaba de exponerse, debe ser completada con el artículo 97 del Reglamento del Bundestag, sí que podemos observar a primera vista, similitudes con nuestro Texto Constitucional. Así por ejemplo, se prevé que haya un candidato que suceda al Canciller Federal en caso de triunfar la moción, o la inclusión un plazo de enfriamiento. Examinándolo más en detalle, comprobamos como en el mencionado artículo 97 se establece un requisito necesario para poder presentarse la moción de censura, y que se tenga en cuenta en el orden del día, siendo este que «La moción ha de ser firmada por una cuarta parte de los miembros del Bundestag o por un Grupo Parlamentario que contenga, al menos, una cuarta parte de los miembros del Bundestag». Al contrario de lo que sucede en el ordenamiento jurídico español, en el alemán no existe un requisito que exija una motivación de la moción de censura, habiendo sido categorizado esto de un defecto de la regulación alemana. VIRGALA FORURIA, Eduardo, *La moción de censura en la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 113.

¹⁴ VIRGALA FORURIA, Eduardo, *La moción de censura en la Constitución de 1978*, op. cit., p. 211.

Ahora bien, inmediatamente a continuación debemos advertir que lo dicho, no implica que no existan situaciones en las cuales no sea posible la presentación de la moción de censura, ya que debe diferenciarse la inexistencia de un plazo establecido con la posibilidad absoluta de presentación sin ningún límite. Así pues, y dada la situación que se ha vivido en España, donde el Gobierno en funciones ha estado muy presente debido al insólito panorama de repetición de elecciones en el año 2016, cabe plantearse si es factible la utilización de la moción de censura en dicha situación. Nuestra respuesta es negativa. No creemos que sea posible que se plantee una moción de censura mientras exista un Gobierno en funciones. Ello lo entendemos así con base al siguiente razonamiento. No podemos olvidar que, la moción de censura, es un mecanismo que permite la exigencia de responsabilidad política del Gobierno en aquella situación en la cual el Congreso de los Diputados ya no mantiene la confianza que le fue dada en la investidura al Presidente del Gobierno. Sin embargo, debemos tener en cuenta que el Gobierno que está en funciones, ha tenido que cesar en su momento, por lo que no existe una relación de confianza respecto de las nuevas Cortes¹⁵. Advertimos que esto no tiene que ver con el control ordinario que se pretenda llevar a cabo del Gobierno en funciones, ya que este y la moción de censura son mecanismos bien distintos y diferenciados, y el que no se pueda aplicar la moción de censura al Gobierno, no quiere decir que no exista otro tipo de control sobre su actividad¹⁶.

¹⁵ Así también lo entienden entre otros: RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge, *Teoría y práctica del derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 625; FREIXES SANJUÁN, Teresa, «El control parlamentario del Gobierno en funciones», *El español*, 18 de marzo de 2016.

¹⁶ Sobre ello CARRILLO ha dicho que «un Gobierno que no haya obtenido la investidura parlamentaria de la Cámara que ha sido elegida tras la disolución de las Cortes, sino que responde a unas Cortes que ya fenecieron, no puede responder políticamente de su gestión. Pero la función de control que corresponde a todo Parlamento y específicamente a las Cortes Generales no se reduce al control que puede implicar una sanción política: la pérdida de la confianza parlamentaria (arts. 112) -cuestión de confianza- y 113 CE -moción de censura-; ni tampoco a la función de impulso político (proposiciones no de ley -art. 193 a 195 RCD) y de control-orientación (autorización al Gobierno para dictar decretos-legislativos -art. 82.1 CE; autorización para la convocatoria de refe-

3. TRAMITACIÓN

Una vez presentada la moción de censura, la Mesa del Congreso va a ser la encargada de examinar el cumplimiento de los requisitos que se han mencionado, de tal manera que si estos se cumplen, la aceptación de la propuesta es automática, debiendo fijarse la fecha en la cual se tratará. Una vez que la moción de censura se admite a trámite, va a existir una imposibilidad de proponer la disolución de las Cortes por parte del Presidente, tal y como se indica en el artículo 115.2 CE: «*La propuesta de disolución no podrá presentarse cuando esté en trámite una moción de censura*». Por lo tanto, la Constitución prohíbe que el Presidente del Gobierno, durante la tramitación de una moción de censura que se analizará a continuación, pueda proceder a la disolución de alguna de las dos Cámaras o de las Cortes Generales en su conjunto. Aunque la Constitución no dice nada acerca de la dimisión del Presidente del Gobierno, entendemos junto con TORRES DEL MORAL, el cual sigue la tesis de MELLADO PRADO, que esta facultad también queda suspendida, pudiendo burlarse la posible investidura del candidato alternativo que conste en la moción de censura, por lo que se burlaría un elemento esencial de la propia moción¹⁷.

réndum consultivo -art. 92.2 CE-, etc.)». CARRILLO, Marc, «Parlamento y Gobierno en funciones», *Diario La Ley*, N° 8780, 2016, Al mismo tiempo también traemos a colación lo afirmado acertadamente por FERNÁNDEZ SARASOLA cuando afirma que «*si el Congreso de los Diputados hubiese pretendido hacer uso de una moción de censura contra el Presidente en funciones, éste podría esgrimir con fundamento que aquella cámara legislativa no podía privarle de una confianza que no le había previamente conferido. Pero eso nada tiene que ver con el control ordinario, que ni corresponde al pleno -las preguntas e interpelaciones deben plantearlas los diputados y grupos parlamentarios-, ni tampoco es un instrumento que guarde relación con la confianza parlamentaria*». FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, «Disfuncionalidad de un Gobierno en funciones», *La Voz de Asturias*, 23 de junio de 2016.

¹⁷ Junto con ello, este autor califica de “gesto inútil” una dimisión que tenga lugar en estas situaciones, «*si la oposición no es mayoritaria ni está unida, porque la moción fracasará; y si (...) es mayoritaria es está unida, porque el candidato regio a la Presidencia no puede ser otro que el que la Oposición decida*». Torres del Moral, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1998, p. 667.

La *Lex Superior* española establece que, como mínimo, debe transcurrir un plazo de 5 días desde que se presenta la moción hasta que se vota, considerando que este plazo de tiempo supone que se trate de un período de enfriamiento o de reflexión para que los distintos diputados decidan acerca de su apoyo o no, evitando que «*la oposición puramente episódica al Gobierno, provocada por un apasionamiento en los debates, pueda determinar su caída*»¹⁸. Tal y como ha señalado ELÍAS MÉNDEZ¹⁹, este cómputo hay que entenderlo en días hábiles y no naturales, ya que, a pesar de que la Constitución no se expresa en ninguno de estos términos, y el artículo 177.4 del Reglamento del Congreso tampoco trata el asunto²⁰, el artículo 90.1 del mismo Reglamento sí que lo hace al indicar que: «*Salvo disposición en contrario, los plazos señalados por días en este Reglamento se computarán en días hábiles, y los señalados por meses de fecha a fecha*». Nos gustaría indicar que hubiera sido plenamente constitucional que, en vez de días hábiles se establecieran naturales, ya que el silencio constitucional permitía al legislador moverse hacia una u otra dirección.

¹⁸ SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, «Artículo 113», en GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, p. 1127. DÍAZ BRAVO también ha indicado que el plazo de tiempo fijado en la constitución que debe esperarse va a favorecer un mejor debate entre los actores políticos, sirviendo de plazo de tiempo para una preparación de las intervenciones que se van a realizar. DÍAZ BRAVO, Enrique, «La moción de censura y el caso del Gobierno español presidido por Felipe González Márquez», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, N° 8.1, 2012, pp. 148-149. Resulta destacable que MELLADO PRADO ha considerado que este plazo de 5 días es excesivo ya que la moción de censura crea un clima de incertidumbre que debe resolverse cuanto antes mejor, proponiendo esta autora una modificación constitucional donde se establezca que la moción de censura no va a poder ser debatida ni votada como mínimo en un plazo de 48 horas desde la presentación de la misma. MELLADO PRADO, Pilar, «La responsabilidad política del Gobierno», *Revista de Derecho Político*, N°37, 1992, pp. 146-147.

¹⁹ ELÍAS MÉNDEZ, Cristina, *La moción de censura en España y Alemania*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2005, p. 84.

²⁰ Artículo 177.4: «*La moción o mociones de censura serán sometidas a votación a la hora que previamente haya sido anunciada por la Presidencia y que no podrá ser anterior al transcurso de cinco días desde la presentación de la primera en el Registro General*».

En todo caso, en este plazo de 5 días, además de suponer un tiempo para la reflexión que mencionábamos, también va a suponer la posibilidad de que, en los dos primeros, se puedan presentar las denominadas mociones de censura alternativas. Esta previsión resulta extraña y ha sido duramente criticada por la doctrina²¹. Las mociones alternativas deben reunir los mismos requisitos que la primera presentada y seguir el mismo trámite que ella. Aunque en el debate constituyente, la razón para su inclusión se basaba en la posibilidad de un acuerdo de la Cámara en la censura pero no en el candidato a Presidente, lo cual entendemos que puede ocurrir sin demasiado problema dadas las discrepancias entre los distintos grupos políticos, resulta cuestionable que su inclusión sea categorizada como positiva, y en este sentido coincidimos con lo expuesto brillantemente por VIRGALA FORURIA cuando afirma que la justificación dada no resulta acorde con la finalidad de la moción de censura constructiva, cuya pretensión es el consenso en un candidato²².

²¹ MONTERO ha categorizado tanto el sentido como la oportunidad de las posibles mociones alternativas de dudoso. MONTERO GIBERT, José Ramón, «La moción de censura en la constitución de 1978: supuestos constituyentes y consecuencias políticas», *Revista de Estudios Políticos*, N° 12, 1979, p. 15.

²² En palabras textuales del autor, este indica que lo pretendido por el constituyente «(...) no es muy comprensible, si pensamos que lo que pretende la moción de censura constructiva es obligar a la oposición a consensuar un único candidato y de esta forma evitar mayorías negativas. Si la oposición está dividida en torno a la formulación de una alternativa gubernamental, la posibilidad de presentar mociones alternativas permite a cada grupo opositor votar su moción de censura con su candidato, en lugar de rechazar la moción de censura por estar en desacuerdo con el candidato propuesto, pero no vemos que esto mejore en nada la mecánica de la moción de censura constructiva, ni que en la práctica pueda ocurrir. Por el contrario, si la oposición está unida, habrá consensuado un candidato y no serán necesarias las mociones alternativas». VIRGALA FORURIA, Eduardo, *La moción de censura en la Constitución de 1978*, op. cit., p. 243. En el ordenamiento alemán, un aspecto que ha sido discutido hasta la saciedad es el relativo al apartado segundo del artículo 97 del Reglamento, cuya literalidad es la siguiente: «Un sucesor es elegido, también cuando hayan sido realizadas varias propuestas de elección, en un escrutinio mediante papeletas secretas. Dicho sucesor será elegido cuando reúna los votos de la mayoría de los miembros del Bundestag». De la lectura del precepto podría pensarse que se establece, como en el ordenamiento español, la presentación de mociones alternativas. ELÍAS MÉNDEZ (ELÍAS

Adentrándonos en el debate y la votación. Si bien constitucionalmente no se prevé en ningún precepto la necesidad del debate, es indudable que, ante el asunto de que se trata y la importante consecuencia que existe en el supuesto de aceptarse la moción, el debate debe producirse²³. El artículo 177 del Reglamento del Congreso sí que ha indicado como se debe producir el mismo. En atención a este precepto, en primer lugar, el debate va a comenzar con la defensa de la moción, la cual será realizada por uno de los firmantes de la misma, sin existir un límite temporal para llevarla a cabo. Después de la defensa, se prevé la posibilidad de que intervenga el candidato que se propone para la Presidencia del Gobierno con el objetivo de exponer el programa político del Gobierno que desea formar²⁴. A continuación, y después de la interrupción decre-

MÉNDEZ, Cristina, *La moción de censura en España y Alemania*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2005, p. 59-60.) ha admitido que la redacción del precepto es confusa, pero no en el término de poder presentar a varios candidatos, cuestión que considera indiscutiblemente afirmativa, sino que, esta autora lo que duda es si en la misma moción pueden presentarse varios candidatos o bien en cada moción deberá establecerse un candidato. Por nuestra parte, y a pesar de considerar sumamente interesante y plenamente válido el pensamiento de ELÍAS MÉNDEZ, nos decantamos por coincidir con VIRGALA FORURIA, quien sigue a TROSSMANN al indicar que el precepto resulta “engañoso” ya que al preverse una única votación, lo adecuado es que se trate de propuestas convergentes y no alternativas, de tal manera que las propuestas tendrán al mismo candidato, presentando firmantes o justificaciones diferentes de la moción presentada que se adhieren a esta. VIRGALA FORURIA, Eduardo, «Responsabilidad política del Gobierno en la República Federal de Alemania: la moción de censura constructiva y las mociones de reprobación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 21, 1987, p. 119.

²³ ELÍAS MÉNDEZ se sitúa en una posición pro debate, afirma que a pesar de la inexistencia de un plazo para que el mismo tenga lugar, salvo la indicación de que la Presidencia será quien determine cuando se realizará, lo ideal sería esperar a que transcurran los dos días que permiten la presentación de mociones alternativas. ELÍAS MÉNDEZ, Cristina, «Artículos 112, 113 y 114: Cuestión de confianza y moción de censura. Los instrumentos de exigencia de responsabilidad del Gobierno», en CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑEIRO y BRAVO-FERRER, Miguel (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p. 1801.

²⁴ En este punto debe resaltarse que el tenor literal del precepto dice: «*El debate se iniciará por la defensa de la moción de censura que, sin limitación de tiempo, efectúe uno de los Diputados*

tada por la Presidencia, se prevé la posibilidad de que intervenga un representante de cada uno de los Grupos parlamentarios que lo soliciten, disponiendo de 30 minutos y existiendo un turno de réplica o rectificación de 10 minutos, como derecho de todos los intervinientes. Sobre el procedimiento de la moción, ARAGÓN REYES ha criticado que durante el mismo se dé más protagonismo al candidato alternativo, cuya elección es, por decirlo de alguna manera, lo improbable, que a la crítica al Presidente contra quien la moción se dirige, calificando este protagonismo de “grave defecto”²⁵ y es que no debemos olvidar que no se prevé la obligación de que el Presidente contra el cual se dirige la moción deba participar en el debate, pudiendo no hacerlo²⁶. Por nuestra parte, nos

*firmantes de la misma. A continuación, y también sin limitación de tiempo, podrá intervenir el candidato propuesto en la moción para la Presidencia del Gobierno, a efectos de exponer el programa político del Gobierno que pretende formar». Como puede verse, no se establece en la norma una obligatoriedad de intervenir, aunque la doctrina sí lo considera obligatorio. Así VIRGALA FORURIA dice que «aunque la expresión verbal utilizada (“podrá intervenir”) da a entender un elemento de voluntariedad en la intervención del candidato, la misma debe ser obligatoria. No puede olvidarse que la moción de censura constructiva es también una investidura que puede terminar en la formación de un nuevo Gobierno, por lo que debería impedirse cualquier intento para que el candidato no intervenga, pues se entraría de esa forma en un proceso de oscuridad parlamentaria, al no explicar el candidato ni los motivos para su presentación ni su programa político». VIRGALA FORURIA, Eduardo, *La moción de censura en la Constitución de 1978*, op. cit., p. 252. En el mismo sentido se sitúa SÁNCHEZ DE DIOS, quien afirma que «lógicamente, al tratarse de investir a un nuevo Gobierno, el candidato ha de comparecer públicamente y comprometerse con un programa de Gobierno –al igual que ocurre con el procedimiento de investidura previsto en el artículo 99 de la Constitución–». SÁNCHEZ DE DIOS, Manuel, *La moción de censura. Un estudio comparado*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1992, p. 315.*

²⁵ Concretamente ha afirmado que: «Se hace más hincapié en el debate sobre el programa que éste presenta que en la crítica a la labor del Gobierno que se censura. Aunque, en principio, ello pueda parecer que potencia a la oposición, en realidad, no es así, porque se prima más la «investidura» (que es lo improbable) que la «censura» (que es lo posible, es decir, que es lo que puede hacerse, aunque no se logre la derrota del Gobierno». ARAGÓN REYES, Manuel, «El control parlamentario como control político» *Revista de Derecho Político*, N° 23, 1986, p. 32.

²⁶ Aunque recuerda DE ESTEBAN y GONZÁLEZ-TREVIJANO que, a pesar de no estar prevista su intervención de forma específica, en virtud del artículo 70.5 del Reglamento del Congreso, podrá tomar la palabra solicitándolo previamente. DE ESTEBAN, Jorge y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, *Curso de Derecho Constitucional Español III*, op. cit., p. 615.

mostramos partidarios de la doctrina que considera que la intervención del Presidente al que se pretende cesar debería haberse previsto justo después de la del candidato alternativo²⁷.

En lo que respecta a la votación, esta se llevará a cabo a la hora fijada por la Presidencia, que en todo caso deberá respetar el mínimo plazo de los 5 días que ya hemos mencionado, necesitándose una mayoría absoluta.

En el supuesto de existir varias mociones presentadas, existe la posibilidad de que el debate de todas sea conjunto o no, a decisión de la Presidencia de la Cámara oída la Junta de Portavoces, pero en todo caso la votación se realizará de forma individualizada, sabiendo que de aprobarse una de ellas, no se votarán las restantes.

Llegados a este punto, debemos plantearnos si es posible que, una vez presentada la moción, exista la posibilidad de su retirada. En relación con ello, hay que indicar que la realidad es que la Carta Magna guarda silencio al respecto, pero parece que la lógica jurídica nos lleva a considerar que aquellos que han sido firmantes y por lo tanto han presentado la susodicha moción, pueden retractarse de su decisión, siempre y cuando, como resulta evidente, se produzca con anterioridad a la votación de la misma. Ello implica que la moción podría “caerse” mediante dos posibilidades: la primera sería la retirada efectiva, y la segunda es que de todos los firmantes, se retracten un número tal que provoque el incumplimiento del número mínimo previsto normativamente para poder formalizar la moción²⁸.

²⁷ Entre otros, SÁNCHEZ DE DIOS, Manuel, *La moción de censura. Un estudio comparado*, op. cit., p. 315.

²⁸ En este sentido: GONZALO GONZÁLEZ, Manuel, «Crónica Parlamentaria», *Revista de Derecho Político*, Nº 7, 1980, p. 185. Ahora bien, VIRGALA FORURIA ha señalado al aludir al pronunciamiento de GONZALO GONZÁLEZ, la posibilidad que, una vez la Mesa haya aceptado a trámite la moción, esta ya no podría caer desde el punto de vista jurídico, puesto que lo que se exige es que se cumplan los requisitos de los firmantes mínimos para su proposición, sabiendo que en el supuesto de que los firmantes se retiren con anterioridad a que la Mesa se pronuncie (y cumpliéndose en un inicio pero no en el

Nos gustaría recalcar que, para que una moción de censura salga adelante va a ser necesaria una mayoría absoluta. Desde nuestro punto de vista, la Constitución es clara al hacer alusión a este tema. FERNÁNDEZ SEGADO, señala con gran acierto que, esta exigencia de mayoría absoluta y no de una simple, es perfectamente coherente con la necesidad de que se obtenga una mayoría absoluta en primera votación para la investidura del Presidente del Gobierno, debiendo guardarse esta relación con la primera votación y no con la segunda, donde únicamente se va a requerir mayoría simple²⁹.

4. LOS EFECTOS DE LA MOCIÓN DE CENSURA

En España, a día de hoy, ninguna de las mociones de censura han conseguido ser fructuosas. Desde la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 se han votado tres mociones de censura. La primera de ellas data de 1980, durante el Gobierno de Adolfo Suárez. En ella, el candidato alternativo a la Presidencia era Felipe González Márquez. Sin embargo, no fue aprobada al no alcanzarse la mayoría requerida, puesto que se obtuvieron 152 votos a favor y 166 en contra, existiendo 21 abstenciones. La segunda fue presentada durante el Gobierno de Felipe González Márquez, en el año 1987, presentándose como candidato alternativo a la Presidencia a Antonio Hernández Mancha. Nuevamente no se logró cumplir la mayoría para la aprobación de la moción, con una diferencia más notoria que la primera, ya que en este caso, solo existieron 67 votos a favor, 195 en contra y 71 abstenciones.

momento en el cual la Mesa deba decidir de su admisión), parece que lo lógico es que al no cumplir los requisitos de proposición, no sea admitida. Virgala Foruria, Eduardo, *La moción de censura en la Constitución de 1978*, op. cit. pp. 219-220. Haciéndose eco de estos autores y posicionándose con ellos también tenemos a Sánchez de Dios. SÁNCHEZ DE DIOS, Manuel, *La moción de censura. Un estudio comparado*, op. cit., p. 311.

²⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, op. cit., p. 730.

Desde este año 1987, donde se produjo la segunda que acabamos de mencionar, han pasado 30 años sin que se haya presentado otra hasta ahora. En el presente año 2017, se ha tenido lugar la presentación de la tercera moción de censura contra el Presidente del Gobierno Mariano Rajoy Brey, incluyéndose como candidato alternativo a Pablo Iglesias Turrión. La cual siguiendo el ejemplo de sus predecesoras, volvió a fracasar con un resultado de 82 votos a favor, 170 votos en contra, y 97 abstenciones.

No obstante, que no haya sido aprobada ninguna de las mociones de censura presentadas, no quiere decir que no pueda ocurrir en un futuro, para lo cual hemos incluido este epígrafe en torno a los efectos, los cuales hay que analizarlos desde una doble perspectiva.

La primera de ellas sería en el caso de salir adelante una moción de censura. El efecto que se tendría lugar sería en una doble dirección. Así, por un lado se produciría la dimisión del Gobierno³⁰, y por otro la investidura automática de un nuevo Presidente del Gobierno, que sería el que figura como candidato alternativo en la moción que ha resultado aprobada. Precisamente esta situación en la que se necesita estar de acuerdo con la caída del Gobierno y entrada de un nuevo Presidente determinado ha provocado que se afirme que la moción de censura puede generar una idea de estabilidad artificial del Gobierno lo cual, tal y como ha advertido la doctrina *«puede traducirse en que Gobiernos parlamentariamente débiles se mantengan en el desempeño de su función, generando con ello una verdadera desestabilización del propio sistema, fruto de una situación de verdadero estancamiento político»*³¹.

La segunda sería en aquel supuesto en el que la moción fracasa. Aquí existe otro efecto distinto, y es que las personas que hayan firmado tanto

³⁰ El cese del Gobierno se va a producir a causa de la aprobación de la moción de censura, al producir esta efectos *ipso iure*. NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, «Las causas del cese del Gobierno en el ordenamiento constitucional español», *op. cit.*, p. 135.

³¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, «Artículo 113. La moción de censura», en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, EDERSA, Madrid, 1987, p. 112.

la moción principal como aquellas alternativas que se hayan sometido a votación e igualmente no hayan prosperado por falta de apoyos, no podrán presentar una nueva moción de censura en el mismo período de sesiones. La realidad es que este efecto resulta poco operativo, ya que debemos tener en cuenta que las Cortes se reúnen anualmente en dos períodos de sesiones, por lo que, en un plazo no demasiado extenso, el efecto de no poder presentar una nueva moción quedará superado.

5. EL PAPEL DEL JEFE DEL ESTADO EN LA MOCIÓN DE CENSURA

Una vez que se ha visto lo precedente, creemos interesante realizar una somera alusión al papel del Rey en la moción de censura.

El motivo de que incluyamos este apartado lo encontramos en que la Constitución Española da un importante papel al Rey a la hora de proponer un candidato a Presidente del Gobierno, tal y como aparece recogido en el artículo 62 de la *Lex Legum*. Sin embargo, esto resulta de aplicación cuando hablamos de lo dispuesto en el artículo 99 del mismo cuerpo normativo donde se establece que «*Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno*».

No obstante, si bien es cierto que en el nombramiento ordinario del Presidente del Gobierno el papel del Monarca es relevante y de suma importancia, en lo que respecta a la moción de censura, lo dispuesto en este precepto no resulta de aplicación, no existiendo ni ronda de consultas ni propuesta por parte del Monarca. Ello es debido a que en la propia moción ya se incluye el candidato alternativo. Ahora bien, lo dicho no es motivo para que el Rey no cumpla una función en el entra-

mado de la moción de censura, aunque claramente formalista y para nada decisoria o de propuesta. Así, en caso de fracasar la moción, el Rey no tiene que realizar ninguna actuación, aunque si triunfara, el papel del Monarca estaría desprovisto de toda discrecionalidad limitándose a aceptar la dimisión que le presente el Gobierno y nombrar al nuevo Presidente del Gobierno, entendiendo que a este le rodea la confianza de la Cámara Baja.

Algo que sí debemos comentar de forma necesaria es que el nombramiento del nuevo Presidente del Gobierno por parte del Rey, aunque se haga de forma automática deberá ser refrendado por el Presidente del Congreso de los Diputados, tal y como se indica en el artículo 64 de la Norma Superior del ordenamiento jurídico, ahora bien, cuando una moción de censura triunfa, entendemos con SÁNCHEZ AGESTA, que este refrendo también es un acto debido para el refrendante sin que haya opciones a negarse al mismo³². Algo a tener en cuenta es que no se fija un plazo de tiempo para la dimisión, pero esta deberá producirse en el plazo de tiempo caracterizado por su brevedad, siendo preferible la mayor inmediatez que sea posible³³.

Podemos plantearnos en este punto que ocurre si, una vez se aprueba la moción de censura, el Presidente objeto de tal figura no presenta de forma voluntaria la dimisión ante el Rey. Considerando que esta situación es totalmente anormal al correcto funcionamiento de las instituciones, y por lo tanto no debería producirse en ningún caso, en el supuesto en el que tenga lugar, creemos que el Rey podría emplear el poder de reserva que un sector doctrinal le ha atribuido, y siempre con el refrendo

³² SÁNCHEZ AGESTA, Luis, «Significado y poderes de la Corona en el Proyecto constitucional, VV.AA., *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, p. 101.

³³ DE ESTEBAN, Jorge y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, *Curso de Derecho Constitucional Español III*, op. cit., p. 618.

oportuno proceder al cese del Presidente³⁴. Ante esto, consideramos oportuno adentrarnos de forma breve pero concisa al tema del refrendo. En virtud del artículo 64, salvo la propuesta y el nombramiento del Presidente del Gobierno y lo relativo a la disolución del artículo 99 que le corresponde al Presidente del Congreso, los restantes actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno o ministros competentes. En este punto, nos encontraríamos que el refrendo le correspondería, *a priori*, al Presidente del Gobierno. Sin embargo, coincidimos con la tesis de SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, quien ha afirmado que junto con la posibilidad de que, en el triunfo de una moción de censura, el Presidente saliente sea el que refrende, también considera que existe una segunda posibilidad, y es que el refrendo parta del Presidente del Congreso, advirtiendo que fue lo que tuvo lugar el 1982, y lo cual encuentra su justificación en la analogía existente con el artículo 99.5 de la Constitución Española y concretamente señala que «*aunque el artículo 64.1 de la Constitución no le confiere expresamente esa competencia [al Presidente del Congreso] puede deducirse esta atribución por analogía, ya que en estos casos la dimisión no entraña un acto de dirección derivada de unos hechos objetivos; esto es, una situación parecida a la disolución obligatoria prevista en el artículo 99.5 de la Constitución*»³⁵. Creemos que en el supuesto de negativa de presentar la dimisión por parte del Presidente del Gobierno sobre el que ha triunfado la moción de censura, que es el caso hipotético que estamos

³⁴ En este sentido nos encontramos con VIRGALA FORURIA, Eduardo, *La moción de censura en la Constitución de 1978*, op. cit., p. 265, y SÁNCHEZ DE DIOS, Manuel, *La moción de censura*, op. cit., p. 320-321. Cabe indicar también que existen autores que consideran que la dimisión no sería necesaria dado el automático nombramiento del candidato que figura en la moción, sabiendo que esto solucionaría el problema de la negativa a la presentación de la dimisión, sin embargo, entendemos que la Constitución exige esta dimisión y debe producirse. También VIRGALA FORURIA se ha mostrado partidario de no prescindir de la dimisión. VIRGALA FORURIA, Eduardo, *La moción de censura en la Constitución de 1978*, op. cit., p. 265.

³⁵ SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel, «Artículo 101. El cese del gobierno y el Gobierno cesante», ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, EDER-SA, Madrid, 1985, p. 222.

tratando, el Presidente del Congreso podría refrendar dicho cese que parta del Jefe del Estado en virtud a su poder de reserva³⁶.

6. CONCLUSIÓN

Con todo lo que se ha dicho en las páginas precedentes, nos gustaría concluir con una idea básica.

La moción de censura destaca por ser una figura de mucha relevancia dentro de todo ordenamiento jurídico. Esto se debe a las consecuencias que puede acarrear en el supuesto de que la misma triunfe, el cual no es otro que un cambio del Gobierno. Sin embargo, este triunfo, que se producirá por mayoría absoluta del Congreso, debe considerarse excepcional, puesto que lo normal es que el Presidente del Gobierno, contra quien se dirige la moción, mantenga la confianza de la Cámara baja, y por lo tanto, en el caso de presentarse una moción de censura, la misma no consiga ser aprobada, y es que no hay que olvidar que la moción va a requerir un difícil consenso de debe conseguir alcanzar la oposición, el cual no solo debe ser en la dirección de censurar, sino también en aceptar al candidato alternativo que se proponga.

Dado el importante papel del Gobierno y las destacables funciones atribuidas a este órgano, la puesta en marcha de este tipo de mecanismos debe hacerse siempre con responsabilidad. De esta manera, la utilización de la moción de censura debe hacerse siempre de forma motivada, no siendo una figura que deba tomarse a la ligera, y dada su configuración

³⁶ Siguiendo la tesis expuesta, tanto VIRGALA FORURIA como SÁNCHEZ DE DIOS, de los cuales ya habíamos advertido que se mostraban partidarios de esta posibilidad de aplicar el poder de reserva regio en esta situación, también se muestran coincidentes en la posibilidad de que el refrendo provenga del Presidente del Congreso. VIRGALA FORURIA, Eduardo, *La moción de censura en la Constitución de 1978*, *op. cit.*, p. 265; SÁNCHEZ DE DIOS, Manuel, *La moción de censura*, *op. cit.*, p. 320-321.

jurídica en el ordenamiento, su utilización a modo de propaganda política debería descartarse, puesto que consideramos que esa no es, ni debe ser, la finalidad perseguida por ella.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *La Constitución Española de 1978 (comentario sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978.

ARAGÓN REYES, Manuel, «Gobierno y forma de Gobierno. Problemas actuales», en: Aragón Reyes, Manuel y Gómez Montoro, Ángel (coords.), *El Gobierno. Problemas constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 27-68.

ARAGÓN REYES, Manuel, «El control parlamentario como control político», *Revista de Derecho Político*, n° 23, 1986, pp. 9-40.

CARRILLO, Marc, «Parlamento y Gobierno en funciones», *Diario La Ley*, n° 8780, 2016.

DE ESTEBAN, Jorge y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, *Curso de Derecho Constitucional Español III*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1994.

DÍAZ BRAVO, Enrique, «La moción de censura y el caso del Gobierno español presidido por Felipe González Márquez», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, n° 8.1, 2012, pp. 140-158.

ELÍAS MÉNDEZ, Cristina, «Artículos 112, 113 y 114: Cuestión de confianza y moción de censura. Los instrumentos de exigencia de responsabilidad del Gobierno», en Casas Baamonde, María Emilia y Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer, Miguel (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 1794-1807.

ELÍAS MÉNDEZ, Cristina, *La moción de censura en España y Alemania*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2005.

FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, «Disfuncionalidad de un Gobierno en funciones», *La Voz de Asturias*, 23 de junio de 2016.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, «Artículo 113. La moción de censura», en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, EDERSA, Madrid, 1987, pp. 3-113.

FREIXES SANJUÁN, Teresa, «El control parlamentario del Gobierno en funciones», *El Español*, 18 de marzo de 2016.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier, «Sentido constitucional de la moción de censura», Diario *El País*, 20 de julio de 2013.

GONZALO GONZÁLEZ, Manuel, «Crónica Parlamentaria», *Revista de Derecho Político*, n° 7, 1980, pp. 183-208.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Aproximación al derecho constitucional español*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980.

MELLADO PRADO, Pilar, «La responsabilidad política del Gobierno», *Revista de Derecho Político*, n° 37, 1992, pp. 139-147.

MONTERO GIBERT, José Ramón, «La moción de censura en la constitución de 1978: supuestos constituyentes y consecuencias políticas», *Revista de Estudios Políticos*, n° 12, 1979, pp. 5-40.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, «Las causas del cese del Gobierno en el ordenamiento constitucional español», *Cuestiones Constitucionales*, n° 4, 2001, pp. 115-152.

OLLERO GÓMEZ, Carlos, «Democracia y moción de censura en la constitución española de 1978», *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1986, pp. 7-18.

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge, *Teoría y práctica del derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 2016.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis, «Significado y poderes de la Corona en el Proyecto constitucional, VV.AA., *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, pp. 93-118.

SÁNCHEZ DE DIOS, Manuel, *La moción de censura*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1992.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, «Artículo 113», en Garrido Falla, Fernando (coord.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas Madrid, 1980, pp. 1121-1134.

SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel, «Artículo 101. El cese del gobierno y el Gobierno cesante», Alzaga Villaamil, Óscar (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, EDERSA, Madrid, 1985, pp. 212-239.

SIMÓN GARZA, Fernando, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 103, 2015, pp. 87-109.

TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1998.

VIRGALA FORURIA, Eduardo, *La moción de censura en la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

VIRGALA FORURIA, Eduardo, «Responsabilidad política del Gobierno en la República Federal de Alemania: la moción de censura constructiva y las mociones de reprobación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 21, 1987, pp. 99-136.

NOTAS
OHARRAK
EXPLANATORY NOTES

La nueva ley de contratos del sector público

IGNACIO JAVIER ETXEBARRIA ETXEITA
Secretario de Administración Local

I. FINALIDAD Y ESTRUCTURA

En el Boletín Oficial del Estado del día 9 de noviembre de 2017 se publicó la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se trasponen al Ordenamiento Jurídico español las Directivas del Parlamento europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. (LCSP).

Tal como indica la propia exposición de motivos de la Ley las Directivas relacionadas así como la Directiva 2014/23/UE a las cuales responde la LCSP estatal hay que contemplarlas en un escenario marcado por la denominada “estrategia Europa 2020”, dentro de la cual la contratación pública desempeña un papel clave, un papel estratégico ya que se configura como uno de los instrumentos del mercado interior de los estados miembros que debe ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos. Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la indicada LCSP y que inspiran su texto son tal como indica la exposición del motivo “en primer lugar lograr una mayor transparencia en la contratación pública y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio”.

Además de estos motivos, derivados directamente de la transposición de las Directivas la exposición de motivos también señala que además de transponer busca “diseñar un sistema de contratación pública, más efi-

ciente, transparente, eficiente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de Contratación, como mediante una mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos, y, por supuesto, a través de la prestación de mejores servicios a los usuarios de los mismos”.

La LCSP cuenta con 347 artículos, 53 Disposiciones adicionales, 5 Disposiciones transitorias, una Disposición derogatoria, 16 Disposiciones finales y 6 anexos. Todo este complejo normativo se estructura en un Título Preliminar dedicado a recoger las disposiciones generales y cuatro libros relativos a la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos (libro primero), la preparación de los contratos administrativos, la selección del contratista, la adjudicación de estos contratos, así como los efectos, cumplimientos y extinción de estos contratos (libro segundo); los contratos de otros entes del sector público (libro tercero), y, por último, la organización administrativa para la gestión de la contratación (libro cuarto).

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición final decimosexta su entrada en vigor se retrasó cuatro meses desde su publicación en el BOE, por lo que ha entrado en vigor el 9 de marzo de 2018.

II. ÁMBITO SUBJETIVO

Respecto al ámbito subjetivo la LCSP configura un ámbito más amplio que el de la ley anterior y se adapta en la tipología de las entidades a lo establecido en la ley de régimen jurídico del sector público, Ley 40/2015, de 1 de octubre.

A la hora de concretar las entidades sujetas a la ley se distinguen tres niveles, las entidades que integran el sector público, las que integran la administración pública y aquellos que son poderes adjudicadores. Una

novedad importante es que aquellos poderes adjudicadores que no son la administración pública a los que la situación anterior remitía que aprobaran unas instrucciones de contratación, a las que habían de sujetarse, con la nueva Ley, deberán seguir los mismos procedimientos que la Ley prevé para las administraciones públicas. También figura como novedad la inclusión dentro del ámbito subjetivo de la ley de los partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales, asociaciones profesionales, así como las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, siempre que su financiación sea mayoritariamente pública, si bien los efectos de la ley les son muy limitados, ya que únicamente se les obliga a actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación, en los contratos sujetos a una regulación armonizada. Para cumplir estas finalidades la LCSP les obliga a aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación.

III. TIPOLOGÍA DE LOS CONTRATOS Y PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

En relación a la tipología de los contratos, la ley no introduce excesivas novedades, únicamente hace desaparecer el contrato de colaboración público-privada y también el de gestión de servicios públicos, mientras que incorpora uno nuevo de concesión de servicios que viene a sustituir al contrato de gestión de servicios públicos, que tiene como elemento característico la asunción por el concesionario del riesgo operacional. Si no existe un riesgo operacional para el concesionario estaríamos ante un contrato de servicios y no un contrato de concesión de servicios, que conllevan regulaciones diferentes.

Respecto a los procedimientos de contratación, las novedades que se plantean proceden de incorporar el procedimiento de asociación para la innovación manteniéndose el diálogo competitivo, el procedimiento abier-

to, el procedimiento restringido, el procedimiento con negociación y el concurso de proyectos. Desaparece el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, destacando que dentro del procedimiento abierto se crea el procedimiento abierto simplificado y el procedimiento abierto “super simplificado” que simplifica aún más los requisitos y plazos.

El procedimiento de asociación para la innovación, está previsto para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores, para su posterior adquisición por la Administración. Es de aplicación para los supuestos en los que la administración contratante no encuentre en el mercado una respuesta satisfactoria para sus necesidades. Tramitándose este procedimiento y tras realizar una convocatoria pública de licitación, cualquier empresario puede formular una solicitud de participación, tras lo cual, los candidatos que resulten seleccionados podrán formular ofertas, convirtiéndose así en licitadores, en el marco de un proceso de negociación. Este proceso de negociación podrá desarrollarse en fases sucesivas, y culminará con la creación de la asociación para la innovación. Esta asociación para la innovación se estructurará a su vez en fases sucesivas, pero ya no tendrá lugar entre el órgano de contratación y los licitadores, sino entre aquel y uno o más socios; y generalmente culminará con la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes.

IV. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Respecto a los criterios de adjudicación se enfatiza en la LCSP ley que deben estar vinculados al objeto del contrato y ser formulados de manera objetiva con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad y deben garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva. Existen criterios económicos y criterios cualitativos.

La ley incorpora como novedad vinculándolo a la eficiencia la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación que se vinculan como condiciones especiales de ejecución del contrato. Se obliga a su inclusión siempre que guarden relación con el objeto del contrato y su inclusión se debe a que proporcionan una mejor relación calidad-precio y una mayor y mejor eficacia en la utilización de fondos públicos. El criterio legal acerca de cuándo esas consideraciones tienen relación con el objeto del contrato es muy amplio ya que considera que aún guardan relación con el objeto del contrato y pueden convertirse en criterios de adjudicación cuando se refiera o integre las prestaciones que deben de realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida incluidos los factores que intervienen en los procesos de producción, prestación o comercialización de en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas, o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social. En particular, se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica. Las consideraciones de tipo

social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

Esta regulación complementa y supera la que se recogía en la ley vasca 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública.

V. SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y ACCESO DE LAS PYMES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Otro de los objetivos de la LCSP es reducir la burocracia y las cargas administrativas que en su opinión pueden entorpecer la licitación y desaniman a la concurrencia así como favorecer el acceso a la contratación pública de las PYMES y para ello plantea reducir la complejidad administrativa, ampliando el número de requisitos que se pueden formalizar mediante declaraciones responsables, sin perjuicio de tener que acreditar posteriormente el cumplimiento de los requisitos por el adjudicatario del contrato, así como establecer como principio general la división en lotes de los contratos a fin de fomentar la concurrencia y posibilitar que empresas de menor dimensión puedan acceder a la contratación pública. Además, se regula pormenorizadamente el contenido y la forma de la declaración responsable, haciéndola coincidir, en la práctica, con el documento único de contratación aprobado en el seno de la Unión Europea.

A diferencia de la normativa anterior donde la división de un contrato en lotes exigía una justificación ya que la previsión legal era la licitación completa de un contrato con especial interés en evitar el fraccionamiento del mismo como técnica para eludir la publicidad de la licitación la nueva LCSP establece la división en lotes como principio general cuando la naturaleza u objeto del contrato lo permitan, debiéndose justificar cuando esa división no se produzca. Con esta medida trasladada desde el marco normativo europeo se pretende favorecer la participación de las pymes en la contratación pública, dotándolas de mayores oportunidades para competir con las grandes empresas en las licitaciones públicas. El órgano de contratación, cuando se divida en lotes el contrato, siempre que lo justifique debidamente, puede limitar el número de lotes para los que un mismo licitador puede presentar oferta o limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador, si bien en este último caso deberán incluirse en los pliegos que rigen la licitación los criterios que se aplicarán cuando

un licitador resulte adjudicatario de un número de lotes que exceda del máximo permitido, criterios que en todo caso deberán ser objetivos y no discriminatorios. La LCSP también prevé la posibilidad de reservar lotes para Centros Especiales de Empleo o para empresas de inserción.

El objetivo simplificador está en la base de la creación del nuevo procedimiento abierto simplificado en el que se reducen los plazos, se excluye la posibilidad de que se preste garantía provisional y las proposiciones solo se podrán presentar en el Registro indicado en el anuncio de licitación. Abundando en la voluntad simplificadora y de agilización del procedimiento la Mesa de Contratación en la misma sesión, salvo que se trate de un caso de baja anormal, clasificará y evaluará las ofertas, comprobará los requisitos de capacidad y solvencia realizando la propuesta de adjudicación, y requerirá a la empresa adjudicataria para la constitución de la garantía definitiva.

Por otro lado, se reducen los plazos para la presentación de proposiciones en el procedimiento abierto, así como para la presentación de solicitudes de participación y de proposiciones en el procedimiento restringido.

VI. PUBLICIDAD EN LA CONTRATACIÓN

Respecto a la publicidad se elimina la publicidad en los boletines oficiales de manera generalizada trasladándose la misma al perfil del contratante. La LCSP introduce una nueva regulación de la figura del perfil de contratante, más completa que la anterior, asignado al mismo un papel principal como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos de cada entidad. Dejando aparte los contratos sujetos a regulación armonizada que requieren de la publicación del anuncio de licitación de los mismos en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) solamente requiere que sea anunciado en un Boletín oficial, en este caso en el Boletín Oficial del Estado el anuncio

de licitación en el caso de contratos de la Administración General del Estado. En el resto de los contratos no sujetos a regulación armonizada, la única publicidad obligatoria será la del perfil de contratante. En cualquier caso, en todos los contratos no sujetos a regulación armonizada los plazos para la presentación de las proposiciones y para la presentación de solicitudes de participación en los contratos abiertos y restringidos se contará a partir de la publicación en el perfil de contratante.

Los perfiles del contratante de las entidades del sector público se integran en plataformas a niveles autonómicos y estatales, lo cual facilita de manera muy importante el conocimiento por cualquier agente económico de las contrataciones que se están realizando a nivel de todo el Estado.

VII. RECURSOS ESPECIALES

Respecto a los recursos en materia de contratación se amplía el objeto del recurso especial y se anuncia también los umbrales económicos a partir de los cuales ha de incorporarse esta especialidad procesal. Caben recursos, además de contra los anuncios de licitación, contra los pliegos, documentos contractuales, actos de trámite cualificados, actos de adjudicación, modificados, no contemplándose recurso frente a los procedimientos de adjudicación que sigan el trámite de emergencia. El recurso tiene efectos suspensivos automáticos siempre que el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo el caso de los contratos basados en acuerdos marcos o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, sin perjuicio de las medidas cautelares que en relación a estos últimos podrían adoptarse. Estos recursos son resueltos por órganos específicos que existen tanto en la administración del Estado como en las Comunidades Autónomas y pueden existir también en las Diputaciones y en los Ayuntamientos que tengan consideración de municipios de gran población como son las capitales de provincia.

VIII. MEDIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

La ley pone también un especial énfasis en incrementar las medidas contra la corrupción y en general una dinámica de integridad administrativa, implicando en ello a todas las administraciones y al personal de la administración. Para ello se amplían las prohibiciones de contratar, se regulan los conflictos de intereses, se modifica la regulación de las Mesas de Contratación profesionalizando las mismas y vetando el acceso a cargos políticos, excepto en la administración local donde la representación política en ningún caso puede suponer más de un tercio de los miembros de la Mesa de Contratación.

También como medida derivada del principio de integridad y vinculada a un nuevo sistema de gobernanza pública orientada la lucha contra el fraude y la corrupción se crea la Oficina independiente de Regulación y Supervisión de Proyectos que velará por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las irregularidades en relación con la contratación pública. En la misma se integra la oficina nacional de evaluación que tiene como finalidad analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios, emitiendo informes preceptivos y a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión se le asigna la elaboración del instrumento denominado Estrategia Nacional de Contratación Pública, cuyo horizonte temporal es de cuatro años y tiene por finalidad el establecimiento de medidas para cumplir objetivos tales como combatir la corrupción, incrementar la profesionalización de los agentes que intervienen en la contratación pública, promover la eficiencia económica, generalizar la contratación pública electrónica, utilizar la contratación pública para apoyar las políticas ambientales, sociales y de innovación y promover la participación de las PYME en la contratación pública. También forma parte de este entramado de un nuevo sistema de contratación y gobernanza en este ámbito la Junta Consultiva de Con-

tratación Pública del Estado, que además de asumir las tareas tradicionales de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se erige como punto de referencia para cooperación con la Comisión Europea.

9. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Esta ley, siguiendo con la estela marcada por la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, recoge una apuesta decidida por la contratación electrónica, planteándose la misma como la única fórmula de contratación a observar en el cumplimiento de la propia ley sin perjuicio de que admite algunas excepciones en determinados supuestos. Este objetivo cuyo cumplimiento mejorará la contratación pública tanto en ámbitos de posibilidad de mayor concurrencia transparencia y seguridad y que agilizará de manera importante los procedimientos está absolutamente condicionado por el nivel de modernización tecnológica que exista en cada administración pública o entidad contratante.

Para finalizar, indicar que es una ley compleja que necesitará años para que se implante realmente ya que supone modificaciones importantes en el actuar administrativo y sobre todo para su culminación requiere de una modernización tecnológica del sector público que todavía en muchas administraciones y especialmente en las administraciones locales tiene un camino largo por recorrer.

Deudas y herencia: una visión desde la Ley de Derecho Civil Vasco¹

JESÚS FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ

Abogado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CARACTERES DEL DERECHO CIVIL VASCO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA RESPONSABILIDAD. III. RESPONSABILIDAD POR DEUDAS EN LA SUCESIÓN SUJETA AL DERECHO CIVIL VASCO SEGÚN CADA SUJETO INTERVINIENTE. IV. EL BENEFICIO DE SEPARACIÓN DE BIENES.

I. INTRODUCCIÓN

Ni la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava ni la Ley 3/1992, de 1 de julio de Derecho Civil Foral del País Vasco abordaron la cuestión clave de la responsabilidad de los sucesores por deudas hereditarias. Ante tal silencio, dos posturas se manifestaron en la Doctrina: MONASTERIO², quien a tenor de los art. 27, 74 y 75 Ley 3/1992 que hablan de “*designación de sucesor en bienes...*”, deduce una regulación histórica al modo germánico, de responsabilidad del sucesor por las deudas

¹ Quien suscribe ya ha escrito sobre esta temática con anterioridad a la entrada en vigor de la LDCV. *Deudas y Herencia: Una visión desde el Derecho civil vasco*. AVD-ZEA. Bilbao, Diciembre 2013, núm. 25, pp 143-261.

² MONASTERIO AZPIRI, Iciar. *Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno*. Colección de Textos Forales. Diputación Foral de Bizkaia / Universidad de Deusto, 1994.

del causante y de la herencia *cum viribus*³ que consagraría el art. 63 Ley 3/1992. En contra se situó la Jurisprudencia⁴ y el resto de la Doctrina, particularmente IMAZ⁵, ASÚA⁶ y el autor que suscribe⁷, para quienes ni hay un sistema de sucesión en bienes ni se puede concluir una responsabilidad distinta al Derecho Civil Común de España.

La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco –LDCV– abandona toda referencia a un sistema de *sucesión en bienes* rehuendo, por tanto, todo encuadramiento teórico. Por el contrario, regula por primera vez un sistema propio de responsabilidad por deudas del causante y de la herencia.

³ Responsabilidad *cum viribus*: En principio, el sucesor no es el obligado al pago de las deudas y cargas de la herencia, sino meramente responsable al pago limitadamente a dichos bienes. Los bienes objeto de la sucesión están afectos al cumplimiento de las obligaciones de la herencia.

Responsabilidad *pro viribus*: En principio, el sucesor queda obligado al pago de las deudas y cargas de la herencia, con los bienes que fueron de la herencia y con los suyos propios, pero solo hasta una cantidad determinada o determinable.

Responsabilidad *ultra vires*: El sucesor queda obligado al pago de las deudas y cargas de la herencia no solo con los bienes de esta, sino también con los suyos propios, sin límite cuantitativo.

⁴ La SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 04-02-2009 niega explícitamente la dualidad de masas sucesorias, lo que implícitamente es afirmado por la Jurisprudencia mayor, STSJ del País Vasco, Sala 1ª, de 02-05-2002, 07-01-2005 y 03-02-2011. La SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 21-01-2008 relativa a una sucesión sujeta a nuestro derecho foral declaró que “*De conformidad con el art. 659 del propio texto, la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte*”.

⁵ IMAZ ZUBIAUR, Leire. *La sucesión paccionada en el derecho civil vasco*. Colegio Notarial de Cataluña. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. 2006 Barcelona.

⁶ ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. *Las formas de designar sucesor en bienes. El artículo 27 de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco*. “Revista Jurídica de Navarra”. 1996, núm. 22

⁷ *Deudas y Herencia: Una visión desde el Derecho civil vasco*. Obra citada.

II. CARACTERES DEL DERECHO CIVIL VASCO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA RESPONSABILIDAD

Podemos calificar el Derecho Civil Vasco como fuertemente patrimonialista más que personalista, o sea, no es tan importante la existencia de un subrogado o continuador en la personalidad jurídica del causante (el heredero, cuya existencia no es precisa) como la afectación de todos los bienes de la herencia al pago de las deudas de esta y del causante⁸ que declara como principio general el art. 21.1 LDCV, tributario del art. 1911 CC: “*Del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos su bienes, presentes y futuros*”. Concluimos que:

1. La sucesión hereditaria es básicamente sucesión en el patrimonio al cual afectan las deudas. Así se deduce del art. 17.1 LDCV: “*Los derechos y obligaciones de una persona se transmiten a sus sucesores desde el momento de su muerte, salvo lo que se establezca en pacto sucesorio de acuerdo con las disposiciones de esta ley*” y lo remarcan el art. 19.2 para el heredero, art. 21.3 sobre el beneficio de separación de bienes, el art. 43.3 para la sucesión por Comisario, el art. 70.8 para la troncalidad y los art. 104.2 y 105.3 para los pactos sucesorios. También los art. 117, 139 y 143 LDCV sobre la aceptación a beneficio de inventario.
2. Se distingue netamente entre lo que son las deudas del causante, las cargas de la herencia y las deudas de la herencia: La LDCV sigue, a veces (art. 21.1.b), la ambigüedad terminológica del

⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, “*La herencia y las deudas del causante*”, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967. Cita de MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, Evelia en *El art. 891 del C.C.: La distribución de toda la herencia en legados*. Tirant lo Blanch, 1996. En palabras del citado PEÑA “*Esta idea de herencia como patrimonio que constituye un ámbito independiente de responsabilidad y un centro autónomo de imputación de derechos y obligaciones queda confirmada por el régimen que, a este respecto, prevén el Código civil, la Ley de enjuiciamiento civil y la Legislación hipotecaria*”, lo que se ve igualmente en el concurso de la herencia (art. 5.1 Ley Concursal) y en el procedimiento de división de patrimonios (art. 781 y ss. LEC).

Derecho común que suele llamar “*cargas y deudas de la herencia*”, respectivamente, de una parte, a las que surgen por la misma muerte del causante, así como a los legados y mandas impuestos en el título sucesorio que son las “*cargas*” (art. 19, ap. 2 y 3 y 103 LDCV, cfr. art. 782, 858 CC) y, de otra parte, a las deudas del causante (art. 21.2, 104.2 y 105.3 LDCV, cfr. art. 659, 1003, 1023 CC). Sin embargo, otros preceptos de la LDCV establecen de forma clara tal distinción. Así, el art. 21, ap. 1 LDCV distingue entre “*cargas, deudas del causante y deudas de la herencia*” y el ap.2 entre (“*las obligaciones del causante, de los legados y de las cargas hereditarias*”). Por lo tanto diferenciamos entre:

2.1. *Deudas del causante*. Las referidas en el art. 21.1.b) LDCV como “*las deudas de la herencia*” son propiamente las del *de cuius* en coherencia con los art. 17.1 LDCV y art. 659 CC⁹, como es de ver por contraposición a las contempladas en los subapartados a) y c) de dicho precepto. Como concluiremos posteriormente la responsabilidad principal al pago de las deudas del causante recae en el heredero (art. 19.2, 21.2 y 103 LDCV), en el Comisario foral viudo o *Alkar poderoso*, sin duda (art. 43.3 LDCV), y, por aplicación supletoria del régimen de este último (art. 8 LDCV), en el *usufructuario poderoso* ayalés.

2.2. *Cargas de la herencia*. Según GALICIA¹⁰ son: “*todas aquellas obligaciones que nacen tras la muerte del causante y que se origi-*

⁹ Como ya lo era en Derecho Foral vizcaíno bajo el régimen Ley 3/1992 y así, como muestra, la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 21-01-2008 relativa a una sucesión sujeta a derecho foral vizcaíno declaró que “*De conformidad con el art. 659 del propio texto, la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte*”.

¹⁰ *Deudas y Herencia*. Aranzadi, 2018. Por mi parte, entiendo que se llame *cargas* proviene de la afección y preferencia implícita que confiere a dichos créditos el art. 1924.2º CC.

nan precisamente por el simple hecho de su óbito (p. ej., gastos de sepelio) o a causa de la apertura de la sucesión (v. gr., gastos derivados de la entrega de legados)”. MINGORANCE las define como “las que surgen con motivo de la sucesión, como los gastos de última enfermedad, funeral y testamentaria” y añade una relación exhaustiva¹¹.

No obstante, mientras las deudas propias del causante y las cargas hereditarias se pagan siempre contra el caudal relicto, ora esté en situación de herencia yacente, ora de herencia indivisa, ora ya haya sido adquirido por los sucesores (art. 21.1.b), 43.3, 70.8, 104.2 y 105.3 LDCV), la responsabilidad por deudas propias de la herencia como tal recae solo subsidiariamente sobre dicho caudal relicto.

¹¹ *Los principios de confusión y de separación de patrimonios en el derecho hereditario español*. MINGORANCE GOSÁLVEZ, M^a. Carmen. Revista crítica de derecho inmobiliario, ISSN 0210-0444, Año n^o 91, N^o 752, 2015, págs. 3221-3256 y sus notas al fin de dicho artículo: “La Compilación Navarra, Ley 1/1973, de 1 de marzo, dice explícitamente en la Ley 318 in fine que «se considerarán también acreedores de la herencia los que lo sean por gastos de última enfermedad, entierro y funerales». La Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, distingue las cargas de la herencia de las deudas del testador, al decir en el artículo 461-19 que: «Son cargas hereditarias los gastos: a) De última enfermedad, de entierro o incineración y de los demás servicios funerarios. b) De toma de inventario y de partición de la herencia, y las demás causadas por actuaciones judiciales, notariales o registrales hechas en interés común. c) De defensa de los bienes de la herencia, mientras esta esté yacente. d) De entrega de legados, de pago de legítimas y de albaceazgo, y las demás de naturaleza análoga». A estos gastos se refiere expresamente la SAP de Palencia de 1 de marzo de 1996 (AC 1996, Rf.ª 639, Ponente: Ilmo. Sr. Martínez García), al manifestar que «entre las cargas que derivan de la Ley, sin duda hay que incluir los sufragios y funerales del causante, gastos que deben ser pagados por el albacea o los herederos con el dinero hereditario y, si no lo hubiere, con el producto de la venta de bienes (arts. 902 y 903 del Código Civil)». Además, podemos citar algunas resoluciones en las que se trataba de conseguir el metálico para hacer frente a estos fines: RRDGRN de 1 de octubre de 1921 (RAJ 1921, Rf.ª 45), 22 de septiembre de 1932 (RGLJ, tomo 205, julio/octubre, pp. 421 y 422), y 3 de junio de 1956 (RAJ 1956, Rf.ª 198). 4 Sobre una adjudicación hecha con el fin de atender esos gastos de división, amén de otras deudas, puede verse la RDGRN de 29 de febrero de 1908 (RAJ 1908, Rf.ª 79). RDGRN de 20 de septiembre de 1933 (RAJ 1933, Rf.ª 463), sobre una adjudicación para pago de gastos de testamentaria”.

2.3. *Deudas de la propia herencia como tales*: Podríamos definir las como las surgidas tras la muerte del causante pero no intrínsecas del fenómeno de la sucesión sino como consecuencia de la propia existencia de un patrimonio subsistente en el tráfico jurídico. Son:

2.3.1. “*Los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas*” (art. 21.1.a) LDCV. Este deber se impone a todo administrador de la herencia, sean los herederos, legatarios, albaceas, el Comisario foral (art. 38 LDCV), los administradores judiciales (art. 707 y ss. LEC) o Concursales (art. 47.2 Ley Concursal). Entiendo que no son *cargas* de la herencia, no solo por que el citado art. 21 LDCV las trata en subapartados distintos, sino por a) argumento histórico-ontológico: La obligación de alimentos proviene del antiguo art. 41 Ley 3/1992 (ahora el art. 38 LDCV) que los cargaba contra los frutos de la herencia, no contra el principal de la misma y; b) argumento literal: La herencia responde supletoriamente. De hecho, la LDCV actúa como “*red de seguridad*” familiar a la inversa que en el régimen del Código civil cuyo art. 150 establece que la obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme.

2.3.2. Art. 21.1.c) LDCV: “*los gastos de conservación de los bienes, los tributos, primas de seguro u otros gastos a que se hallen afectos aquéllos, así como de las obligaciones contraídas por el administrador en la gestión de los negocios del causante, o que se derivan de su explotación, cuando*

no hayan de ser satisfechos por el cónyuge usufructuario”)¹². Este precepto, como los art. 41.3 y 43.3 LDCV, forman parte del *status* natural (por defecto) del *Alkar poderoso* o Comisario viudo (o supérstite de la pareja de hecho inscrita¹³). Obviamente otro usufructuario también pagará dichos gastos (art. 500 y ss. CC), particularmente el *usufructuario poderoso* ayalés conforme al art. 94 LDCV que ordena que “*Todas las reparaciones, gastos, cargas y contribuciones de los bienes objeto del usufructo poderoso serán de cargo del usufructuario mientras no disponga de los mismos*”. Por último, los gastos de conservación tipificados lo son a título de ejemplo y tienen su equivalencia en los art. 500 y ss., 902, 1026, 1027, 1031 y 1893 CC y el art. 798 y 801 LEC.

2.4. *Legados*: Aunque en sentido amplio en Derecho común se consideran cargas de la herencia por cuanto que son obligaciones del causante que nacen tras su muerte, realmente son una atribución sucesoria que dispone el causante con vocación limitada, no universal (art. 660 CC). Se llaman *cargas* porque gravan al heredero o a otro legatario (art. 858 CC), concepto implícito en el art. 19, ap. 2 y 3 LDCV cuando disponen respectivamente que “2.- *Es heredero el designado a título universal en todo o en una parte alícuota de la herencia. El*

¹² Con independencia, o además, de que dicho precepto ha de ser tenido en cuenta, conjuntamente con el art. 43.3 LDCV, como una relación de las facultades de administración de la masa hereditaria.

¹³ Entiéndase de aquí en adelante que cuando hablo de viudo me refiero siempre también al miembro supérstite de pareja de hecho inscrita en el Registro Administrativo del Gobierno Vasco (art. 9.3 y D.A. 1ª de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho y D.A. 2ª LDCV).

heredero adquiere los bienes y derechos del causante, continúa su posesión, se subroga en sus obligaciones y queda obligado a cumplir las cargas de la herencia” y “3.- El sucesor a título particular o legatario puede hacer valer su derecho contra los herederos universales para exigir la entrega o pago del legado”.

3. El sistema parte de la necesidad de pagar las deudas del causante y de la herencia, antes de suceder, hasta el punto que se deduce una preferencia al pago:
 - 3.1. *Se impone al heredero, al Alkar poderoso y al usufructuario poderoso-viudo la obligación de pagar las deudas hereditarias* (art. 19.2 y 43.3 LDCV) y caso de pluralidad de acreedores e insolvencia deben pedir el concurso de acreedores, (art. 3 y 6 Ley Concursal). Esta proactividad puede dar lugar a sus responsabilidades personales por daños (art. 1101 CC y art. 172 bis Ley Concursal).
 - 3.2. *Se instaura el beneficio de separación de bienes a favor de acreedores y legatarios* (art. 21.3 y 43.3 LDCV) de modo que estos promueven una afección preferente de los bienes hereditarios al pago de sus derechos previa separación del patrimonio del causante.
 - 3.3. *El legatario no puede tomar posesión de los bienes hereditarios* (art. 19.3 LDCV) porque la entrega corresponde al administrador de la herencia, sea el heredero (art. 19.2, 21.2 y art. 1026 y 1027 CC), el albacea (art. 885 y 894 CC), el administrador concursal (art. 75, 99 y ss. y art. 142 y ss. Ley Concursal) o en su caso al *Alkar poderoso*, precisamente para el previa pago a acreedores (art. 43.3 LDCV).
 - 3.4. *Prelación de pago: 1º.- Deudas del causante* (art. 19.2, 21.2, 70.1, 104.2 y 105.3 LDCV, cfr. art. 1027 CC y art. 36 y 63

y 782.4 y 786.2.3º LEC). 2º.- Cargas de la herencia y deudas de la herencia. 3º.- Parientes tronqueros (art. 69; 47; art. 70, ap. 2, 7 y 8 y art. 111 LDCV). 4º.- Legitimarios (art. 47; 56 y 70, ap. 2, 7 y 8 LDCV), reversionistas (art. 118 y ss. LDCV) y reservatarios (art. 124 LDCV). 5º.- Legatarios (art. 19.3 LDCV). 6º.- Herederos voluntarios (art. 19.2 y 21.2 LDCV). 7º.- Acreedores particulares de los herederos (art. 21.3 y 43.3 LDCV, art. 1034 y 1083 CC y art. 782.5 LEC).

4. La responsabilidad es con carácter general “*cum viribus*”, o sea, el sucesor responde de las cargas hereditarias, de las deudas del causante y las de la herencia solo con los propios bienes de esta y no los suyos propios. Principio general que se deduce del art. 21.1 LDCV “*Se pagarán con cargo al caudal relicto:...*”; el art. 70.8 LDCV, sobre afección de bienes troncales, y los art. 104.2 y 105.3 LDCV, sobre pactos sucesorios. La excepción es el instituido heredero (testamentario o abintestato) quien conforme al art. 21.2 LDCV tendrá una responsabilidad *ultra vires* pero *pro viribus* o sea, “*El heredero responde de las obligaciones del causante, de los legados y de las cargas hereditarias hasta el valor de los bienes heredados en el momento de la delación*”¹⁴, o sea de manera limitada cuantitativamente pero con su propio patrimonio, ilimitada cualitativamente, a salvo su aceptación a beneficio de inventario (subsistente en Derecho Civil Vasco ex art. 117, 139 y 143 LDCV¹⁵), beneficio de separación de bienes (art. 21.3 y 43.3. LDCV) o caso de Concurso de la herencia (art. 3.4 Ley Concursal).

¹⁴ Tanto por la literalidad del art. 21.3 LDCV, “*hasta el valor de los bienes heredados*”, como por la no presunción de solidaridad (art. 1137 CC) y la analogía con el beneficio voluntario de inventario (art. 1084 CC). Milita a favor de esta posición ASÚA en *Deudas y Herencia*. Obra cit. En contra parece pronunciarse en la misma obra, GALICIA.

¹⁵ En contra, ASÚA *Deudas y Herencia*. Obra cit., pág. 123.

III. RESPONSABILIDAD POR DEUDAS EN LA SUCESIÓN SUJETA AL DERECHO CIVIL VASCO SEGÚN CADA SUJETO INTERVINIENTE

1. La responsabilidad del heredero testamentario o abintestato: Aunque la institución de heredero puede tener lugar (art. 18 LDCV) por testamento (directa o indirectamente, o sea por sucesión por Comisario), por pacto sucesorio o abintestato, la LDCV distingue netamente entre, por un lado, la sucesión por pacto sucesorio que dará lugar a responsabilidad *cum viribus*, sea a título universal o particular (art. 103, 104.2 y 105.3 LDCV), y, por el otro, la sucesión del heredero testamentario o abintestato, “*ultra vires y pro viribus*” (art. 21.2 LDCV). Respecto de la sucesión no paccionada, la LDCV no consagra una aceptación a *beneficio legal de inventario*. La aceptación a beneficio de inventario (art. 998 y 1023 CC) es subsistente (cfr. art. 117, 139 y 143 LDCV) y aconsejable. Aconsejable porque el art. 21.2 LDCV no es equivalente al art. 1023 CC, pues de los tres efectos que este último concede (limitación de responsabilidad del heredero, no fusión de patrimonios del causante y del heredero y no extinción de deudas entre causante y sucesor por confusión), dicho art. 21.2 LDCV solo concede uno, la limitación cuantitativa de responsabilidad. Veámoslo:

- 1.1. *Limitación cuantitativa de responsabilidad*: El heredero solo responde de las cargas, legados, deudas del causante y deudas de la herencia hasta el valor de los bienes hereditarios al tiempo de la delación (cfr. art. 17.1 y 21.2 LDCV). Dicho momento es clave en la sucesión, particularmente a estos efectos, porque solo entonces el heredero puede aceptar o no y para ello puede (o debe) hacer balance de la herencia, ora por sus propios medios (formación de inventario notarial para deliberar, aceptar o repudiar, art. 1010 y 1014 CC, art. 67 Ley del Notariado), ora por el inventario inicial que le

haya notificado el Comisario (art. 34 LDCV), ora por el beneficio de separación de bienes (art. 21.3 y 43.3 LDCV). Dicho momento es muy preciso y seguro, dada la variable Jurisprudencia sobre el momento de la valoración de restitución por el equivalente¹⁶. Sin embargo no es suficiente para proteger al heredero frente a obligaciones que aparezcan después, p.ej. avales otorgados por el causante que se tornen en obligaciones exigibles tiempo después de su muerte¹⁷.

Si el heredero en la sucesión sujeta a la LDCV no acepta a beneficio de inventario, su responsabilidad no superará el límite cuantitativo del art. 21.2 LDCV. Sin embargo, mientras el art. 1024 CC prevé la pérdida del beneficio de inven-

¹⁶ La Jurisprudencia aplica a los supuestos en que no es posible la restitución in natura (art. 1307 CC) la obligación de reembolso del valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha, considerando como tal la fecha de la indisponibilidad, *“el momento es aquel en que por su enajenación a terceros de buena fe la cosa vendida se hizo irrevindicable, no el de la sentencia que así lo declara habida cuenta que esta sentencia es declarativa, no constitutiva”* (STS, Sala 1ª, de 11-12-2003 y 06-06-1997). No obstante, el Tribunal Supremo ha estimado en ocasiones que la indemnización adecuada hubiera podido consistir en la devolución de cantidad de dinero igual al valor de la cosa (deuda de valor) en el día de firmeza de la sentencia, pues éstos son los daños y perjuicios ocasionados, en la medida en que en este momento es cuando se ha de retornar al patrimonio de los actores los bienes, y cuando por haber dispuesto de ellos no se pueden devolver (SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 19-07-2002).

¹⁷ *En las Partidas, Quinta Partida, Título XII, Ley 16, titulada: “como la fiadura no se desata por muerte del fiador”* ya se reconocía que la fianza se transmite por la muerte del fiador (cfr. art. 1257 CC); y aunque alguna sentencia aislada como la STS, Sala 1ª, de 29-04-1992 lo exceptiona en relación a deudas nacidas con posterioridad a la muerte del causante porque *“cualquiera que sea la extensión de los términos establecidos en susodicha fianza, no cabe comprender que quepa garantizar una obligación cuando la misma al nacer ya no esté cubierta por la accesorial al no sobrevivir la figura del fiador”*, el resto de la Jurisprudencia y la doctrina española (también la Ley 531 Compilación Navarra) han reiterado la idea, cuyo origen está en el Derecho Romano Justiniano, de que las obligaciones derivadas de la fianza no se extinguen por el fallecimiento del fiador SAP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 4ª, de 10-10-2007 y de 21-10-2000, SAP de Castellón, sec. 1ª, de 22-02-2008, SAP de Asturias, sec. 5ª, de 05-12-2002, SAP de Toledo, sec. 2ª, de 11-07-2002, SAP de Cáceres, sec. 1ª, de 23-07-2009, SAP de Barcelona, sec. 4ª, de 22-12-2004.

tario por ciertos actos dolosos o negligentes del heredero, la LDCV, no contempla la extinción de dicho límite cuantitativo de responsabilidad. Por el mismo motivo, tampoco se perdería la responsabilidad *cum viribus* del sucesor por pacto sucesorio (art. 104.2 y 105.3 LDCV). Ahora bien ¿podríamos llegar al mismo resultado entendiendo que los actos dolosos o gravemente negligentes del sucesor podrían hacerle responder “*ultra vires*” frente a los acreedores ex art. 1101 CC?¹⁸. IRIARTE parece pronunciarse en contra¹⁹.

1.2. *No extinción de deudas por confusión en la persona del heredero de acreedor y deudor.* El heredero que acepta expresamente a beneficio de inventario “*Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto*” (art. 1023.2 y 1156 CC). Al contrario, los art. 21.3 y 43.3 LDCV establecen a *sensu contrario* la extinción recíproca de deudas y obligaciones del causante y del heredero por confusión (art. 1156 CC) al establecer que no procede bajo el beneficio de separación de bienes.

1.3. *No confusión de patrimonios o limitación cualitativa de la responsabilidad:* Dispone el art. 1023.3º CC que “*No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia*”. Se deduce lo opuesto de los

¹⁸ No lo tengo claro. Posiblemente no proceda la aplicación supletoria (art. 3 LDCV) del art. 1101 CC pues choca con la voluntad del legislador vasco de limitar la responsabilidad del sucesor por deudas de su causante. Además el *nexo causal* entre la acción u omisión del heredero y el daño al acreedor posiblemente se rompa porque aquel no tiene obligación de inventariar los bienes. Al contrario, el acreedor puede (debe de) pedir la separación de patrimonios, y si no lo hace, será por su culpa, rompiendo nuevamente el nexo causal del heredero que no tiene tal deber ni acción.

¹⁹ “*la responsabilidad del heredero quedará limitada ex lege al valor de los bienes y derechos recibidos*”. IRIARTE DE ÁNGEL, Fº de Borja. *La actualización del Derecho Civil Vasco en el Año 2015: Una visión desde la práctica*. Iura Vasconiae, 13/2016, 323-340.

art. 21, ap.2 y 3 y del 43.3 LDCV a *sensu contrario*, que por la aceptación, el heredero confunde, fusiona, su patrimonio con el del causante. La no confusión de patrimonios es muy útil: Piénsese en un patrimonio del causante valioso pero ilíquido o de difícil ejecución (p.ej. inmobiliario o sito en el extranjero) frente a un patrimonio líquido y realizable del heredero. En tal caso el acreedor irá a por este último con la consiguiente incomodidad de tal heredero. Pero tal limitación cualitativa del heredero testamentario o abintestato²⁰ puede tener lugar de tres maneras distintas bajo la LDCV:

1.3.1. Por la expresa aceptación a beneficio de inventario²¹: Esta posibilidad se admite, pues se alude en los art. 117²², 139 y 143 LDCV²³. En consecuen-

²⁰ El instituido a título universal por pacto sucesorio (art. 19.2 y 103 LDCV) responde *cum viribus* ex art. 104.2 y 105.3 LDCV, como veremos luego y *pro viribus* ex art. 21.2 LDCV.

²¹ Porque la aceptación expresa a beneficio de inventario supone la existencia de un patrimonio separado conforme aclara el AAP de Madrid, sec. 21ª, de 04-06-2013: “*En este último caso, surge, junto al patrimonio del heredero, un patrimonio separado, integrado por los bienes de la herencia, que es un patrimonio en administración (art. 1.026 CC), cuya finalidad consiste en el pago de las deudas del causante y de las cargas de la herencia (es un patrimonio en liquidación por lo que los herederos solo pueden entrar en el goce del remanente de la herencia después de pagar a todos los acreedores y legatarios -art. 1.032 C.c.-), y, para cuyo abono, se establecen una serie de reglas*”. En cuanto a la herencia como patrimonio separado en concurso, el Auto del Juzgado Mercantil nº 1 de Málaga de 23-06-2008.

²² En general para todas las Administraciones públicas la aceptación es automática a beneficio de inventario, como establece el art. 20.1 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Art. 39.1 de la Ley 5/2006, de 17 de noviembre, del Patrimonio de Euskadi o art. 12.3 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. Otros supuestos serán · La herencia dejada a los pobres (art. 992 CC), la herencia en favor de fundaciones (art. 22.1º de la Ley 50/2002 de 26 de diciembre de Fundaciones). El que venciera en la acción judicial reclamando una herencia de la que otro se encuentra en posesión más de un año (art. 1021 CC) o En la hipoteca inversa (D.A. 1ª Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Reforma del Mercado Hipotecario.

²³ Mientras no es necesario formar inventario como tal en el caso de la sucesión de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco (art. 117 LDCV), sí será

cia, cohonestando los art. 538 LEC, art. 1023.3º y 1032 CC y art. 67 Ley del Notariado con el art. 21, ap. 2 y 3 LDCV, deducimos que durante los (generalmente muy cortos) plazos de los art. 1014 y 1015 CC el heredero podrá pedir la formación notarial de inventario para aceptar a beneficio de inventario, en cuyo caso una eventual ejecución solo se seguirá, sobre los bienes de dicha herencia²⁴.

1.3.2. El Concurso de Acreedores. Mientras la herencia no haya sido aceptada pura y simplemente, los herederos podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia con insolencia actual o inminente en dos meses (plazo más cómodo) desde que se conozca la situa-

necesario para los particulares casos la expresa aceptación a beneficio de inventario, ora en sede notarial (art. 1010 y ss. CC y art. 67 y ss. Ley del Notariado), ora en sede concursal pues (art. 3.4 Ley Concursal) la solicitud de concurso formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario y (art. 1.2 Ley Concursal) “*El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente*”.

²⁴ La parca regulación procesal sobre el particular, a la sucesión procesal, prevista en la normativa procesal, ora en el juicio declarativo (art. 16 y ss. LEC), ora en el proceso ejecutivo (art. 538 y ss. LEC), es que, dada la multiplicidad de preceptos sustantivo, como, notarialmente los del Derecho común y, además, los del Derecho Civil Foral o Especial, cfr. art. 149.1.8º de la Constitución, la LEC no puede entrar a regularlos y los asume como propios y así deben ser aplicados. La separación de bienes propia del beneficio de inventario ha de ponerse en relación con el art. 551.1 LEC, en relación al Auto con orden general de ejecución contra las personas contra quienes se despacha la misma (ap. 2.1º) y la cantidad, en su caso, por la que se despacha la ejecución, por todos los conceptos (ap. 2.3º) y, muy especialmente (ap. 2.4º) “*Las precisiones que resulte necesario realizar respecto de las partes o del contenido de la ejecución, según lo dispuesto en el título ejecutivo, y asimismo respecto de los responsables personales de la deuda o propietarios de bienes especialmente afectos a su pago o a los que ha de extenderse la ejecución, según lo establecido en el artículo 538 de esta ley*”. Dicho art. 538.2 LEC da cabida en su número 3 a los herederos que aceptan a beneficio de inventario: “*3º Quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede, siempre que tal afición derive de la Ley o se acredite mediante documento fehaciente. La ejecución se concretará, respecto de estas personas, a los bienes especialmente afectos*”.

ción de insolvencia (art. 5.1 Ley Concursal), lo que les producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario (art. 3.4 Ley Concursal).

1.3.3. El beneficio de separación de bienes: Que luego analizaremos en mayor detalle, paradójicamente, pues no lo insta el heredero, sí produce para el mismo los tres efectos que el art. 1023 CC anuda a la aceptación a beneficio de inventario: limitación de responsabilidad del heredero, no fusión de patrimonios y no extinción de deudas causante-sucesor por confusión. Y ello en un plazo de hasta seis meses.

2. La responsabilidad del legatario: Al igual que hemos visto antes respecto de la institución de heredero, la sucesión a título particular (art. 19.3 LDCV) puede tener lugar (art. 18 LDCV) por testamento (directa, o indirectamente por sucesión por Comisario), por pacto sucesorio o incluso abintestato²⁵ (art. 21.2 LDCV). No obstante, hemos de recordar que aplicación del art. 20 LDCV, salvo disposición en contrario del testador, el instituido a título particular como sucesor en un patrimonio familiar o profesional cuyo valor sea superior a $\frac{3}{4}$ partes de la heren-

²⁵ La sucesión intestada es generalmente hereditaria, a título universal (art. 19.2 LDCV). Aunque VALLET prefiere hablar, en vez de sucesión, de “atribuciones intestadas”, pues no siempre la existe sucesión intestada a título universal. Casos que cita: a) El llamado *ab intestato* en el remanente constituido por una *res certa*, que concurre con un instituido testamentariamente *excepta re certa* (art. 769 CC, por analogía). b) Los llamados *ab intestato* para completar un llamamiento testamentario válido de herederos bajo condición resolutoria o término final (art. 805 CC y STS de 12-12-1975). c) Los supuestos que se den por renuncia de algún llamado a cosa cierta o a título de legado en una herencia distribuida íntegramente en legados (art. 891 CC). d) Reservas, reversiones y troncalidad. De hecho, por antonomasia, el sucesor en bienes troncales contra las disposiciones del causante, o abintestato, tiene un llamamiento legal equivalente al legado de cosa cierta (art. 19.1, 63.1, 67.2 y 111 LDCV, cfr. art. 768 CC) pues, conforme a los art 63.1 y 67.2 LDCV la troncalidad se determina siempre con relación a un bien troncal, bien por bien concreto.

cia se equipara al heredero, a todos los efectos incluida la responsabilidad de los art. 19.2 y 21.2 LDCV, obviamente.

El legatario o sucesor a título singular (art. 19.3 LDCV, cfr. art. 660 CC) ocupa la posición diametralmente opuesta al heredero, que es el sucesor universal, pues no sucede, en principio o con carácter general, en las obligaciones del causante como lo hace el heredero (art. 19.2 LDCV), y solo cabe que el testador le imponga alguna obligación que no exceda del valor que le atribuya (art. 858 CC)²⁶. Como el legatario no se subroga en el lugar del causante (art. 19.2 y 21.2 LDCV, a *sensu contrario*) responde de las deudas del causante y de la herencia: a) “*ex lege*” (art. 21.1 LDCV: “*Se pagarán*”, cfr. art. 1027 CC), o sea no se requiere de culpa o negligencia de dichos legatarios; b) es una responsabilidad directa, no subsidiaria²⁷. Puesto que “*Se pagarán con cargo al caudal relicto*”, no se precisa nulidad ni fraude pero exige la previo agotamiento de la responsabilidad cuantitativa del heredero (art. 19.2 LDCV y 1029 CC); c) *cum viribus*²⁸, de

²⁶ Tradicionalmente en Derecho común se ha entendido que las deudas de la herencia son exigibles a los herederos pero, en principio, no gravan los legados (STS, Sala 1ª, de 25-06-1990 y 13-06-1994), solución evidentemente adoptada por los art. 19.2 y 21.1 LDCV antes transcritos, pues imponen tal obligación al heredero.

²⁷ Se ha sostenido el carácter de acción subsidiaria y por tanto rescisoria la del art. 1029 CC (GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*. EDERSA), pero cabe oponer que: 1.- Los efectos del art. 1029 CC, responsabilidad “*podrán reclamar*”, son contrapuestos a la restitución propia de la rescisión (art. 1295 CC); 2.- por la misma razón supone una ilógica diversidad de solución con el art. 891 CC; 3.- confunde la limitación de responsabilidad del legatario del art. 858 CC que se manifiesta en el art. 1029 CC, con la subsidiariedad propia de la acción pauliana (art. 1294 CC), 4.- porque el fundamento de la acción rescisoria es un negocio válido pero en fraude de terceros, rescisión del inventario y liquidación igualmente posible, mientras que aquí no es necesario fraude y 5.- probablemente de una solución analógica al art. 643 CC respecto a las donaciones, que aplica *mutatis mutandi* a los legados.

²⁸ En Derecho común ha habido cuatro posiciones, nada menos, al respecto: 1.- VALLET que conforme al art. 858 CC interpreta que el legatario responde *intra vires* y *pro viribus*

modo que mientras los bienes hereditarios permanezcan individualizados estos y solo estos están afectos al pago de las cargas, legados, deudas del causante y deudas de la herencia (art. 19.3 y 21 LDCV y art. 538 LEC). Solo cuando los objetos legados hayan perdido su identidad, los legatarios devendrán responsables hasta el valor de lo recibido por al tiempo de la delación (art. 21.2 LDCV y art. 858 CC) y no al tiempo de la salida del bien del patrimonio del legatario pues la acción no es rescisoria ni anulatoria (cfr. art. 1298 y 1307 CC); d) más dudas suscita la cuestión de si hay responsabilidad solidaria o mancomunada de los colegatarios²⁹; e) es una responsabilidad modifi-

(hasta donde alcance el valor del legado); 2.- ALBADALEJO que considera su responsabilidad sería *cum vivibus* con los mismos bienes; 3.- LACRUZ, piensa, más acertadamente, en mi opinión, que la responsabilidad de los legatarios estará limitada "*cum viribus hereditatis*" hasta la liquidación del patrimonio hereditario y que, tras ella, la limitación de la responsabilidad será "*pro viribus*" y 4.- GARCÍA RUBIO defiende que, mientras los bienes hereditarios permanezcan individualizados, estos están afectos al pago de las deudas y cargas y, solo cuando los objetos legados hayan perdido su identidad, los legatarios devendrán responsables directos y personales "*pro viribus hereditatis*" y esta parece ser la opción de legislador pues demandado el legatario en juicio, no hay excepción para que el legatario obligue a los acreedores a esa dación en pago o para pago de deudas pero el art. 538.2 LEC, sobre sucesión procesal en el proceso de ejecución, resuelve que la responsabilidad es personal del legatario si bien limitada la ejecución, solo a los bienes afectos a deudas que no eran del ejecutado. Si el bien no está en el patrimonio del legatario se aplica la sucesión procesal en la ejecución, art. 540 LEC.

²⁹ La SAP de Murcia, sec. 2ª, de 22-05-2006 ex art, 858 CC y Díez PICAZO y GULLÓN consideran mancomunada la deuda en dicho supuesto. La mayoría de la Doctrina (PUIG BRUTAU y ALBADALEJO y especialmente VALLET) la consideran solidaria. Señala este autor que la posibilidad de que el testador ordene otra cosa que lo que recoge la norma debe referirse al ámbito interno de los legatarios pero nunca a los acreedores cuya posición no puede afectar ni alterar. La mayoría de la Doctrina entiende solidaria la responsabilidad de los legatarios resulta, tanto del art. 1084 CC, de modo que los acreedores no pueden adquirir peor posición por la mera muerte del causante, tutelando de esta manera el interés del acreedor insatisfecho, como porque deviene imposible para la herencia extinguida el pago de la deuda hereditaria (art. 1029 CC) si se ha omitido en el balance final de liquidación/inventario, todo ello sin perjuicio de la culpa o dolo en que haya incurrido el liquidador que, en su caso, daría lugar a su responsabilidad (art. 1031 y 1034 CC).

cable por el causante (art. 18 LDCV y 858 y 859 CC); y e) puede dar lugar a reembolso contra el heredero y la herencia (art. 1158 CC) bajo el límite del art. 21.2 LDCV. Es decir, cabe el caso que el acreedor tenga vivo su crédito pero no pueda ir más allá contra el heredero al haberse llegado al límite cuantitativo de su responsabilidad, por lo que deberá proseguir contra el legatario que en dicho caso no tendrá acción de regreso contra dicho heredero.

Si toda la herencia se distribuye en legados³⁰ (art. 891 CC) los administradores son los propios legatarios³¹ (art. 392 y ss. CC, de aplicación supletoria, art. 81 RH y la SAP de A Coruña, sec. 1ª, de 12-03-2002³²) y por tanto sujetos a la misma

³⁰ El hecho de que los legados que hizo el causante absorban por completo la totalidad del haber hereditario, debe de ser probado, según se desprende de la RDGRN de 19-05-1947.

³¹ *El artículo 891 del Código civil...* Obra citada. PUIG BRUTAU y ALBADALEJO en el mismo sentido, como hemos visto en nota anterior.

³² "... la doctrina es unánime a la hora de considerar que el artículo 891 es excepción a la regla general contenida en el artículo 885. Así, y a título de ejemplo, Vallet de Goytisolo recuerda que no es característica esencial de la naturaleza del legado la entrega de su posesión por el heredero al legatario, ya que es posible que éstos en ciertos casos la reciban igualmente ipso iure y puedan tomarla materialmente por sí, citando entre los supuestos en que el legatario puede ocupar por sí la cosa legada la hipótesis del artículo 891 del Código Civil, de herencia distribuida en legados, y colacionando, como los demás autores, las sentencias de 30 de diciembre de 1916 y 19 de mayo de 1947. Al no existir, pues, personas facultadas por el testador para verificar la entrega, y determinando el artículo 892 una sucesión particular del causante al legatario, también opina Sánchez Calero que es excepción al artículo 885 el caso de que toda la herencia se distribuya en legados, en que al no haber herederos y ser los propios legatarios los encargados de efectuar la liquidación de la herencia, éstos están autorizados para ocupar por sí mismos los bienes legados. En idéntico sentido se pronuncia Puig Brutau, al reseñar que el caso del artículo 891 es excepción a la regla del artículo 885, y también lo es (Roca Sastre) cuando la posesión ha sido obtenida judicialmente, lo que, por cierto, y a mayor abundamiento, acontece en el hecho enjuiciado. Por fin, De la Cámara Álvarez, en esta línea afirma que el legatario podría tomar posesión de la cosa legada por sí mismo cuando toda la herencia se distribuya en legados. De esta manera, es indiscutible que a quien se atribuyó la propiedad del piso litigioso desde el fallecimiento de Dª María del Carmen no tenía ni a quien ni porqué pedir la entrega y posesión de la finca. La tesis acerca de la que se insiste en sede de recurso está legalmente desprovista de cobertura habilitante, por más que se la enmascare dialécticamente con instituciones varias absolutamente extrañas al núcleo del debate...". SAP de A Coruña, sec. 1ª, de 12-03-2002.

responsabilidad limitada del art. 21.1 LDCV pero, esta vez, solidaria³³.

3. La responsabilidad del legatario de parte alícuota: Para determinar quién sea tal legatario de parte alícuota la LDCV adopta un punto de vista objetivista³⁴ frente al Derecho común y otros Derechos Forales o Especiales³⁵. Efectivamente, el art. 19.2 LDCV reza “*Es heredero el designado a título universal en todo o en una parte*”

³³ Responsabilidad solidaria implícita en la SAP de Cádiz, sec. 2ª, de 27-05-2008, que cita la RDGRN de 27-02-1982 cuando admite que en la misma escritura de partición se efectúe la entrega de legados, no solo por respeto a las legítimas, sino también porque entonces ya es factible saber si estos últimos pueden entregarse íntegros o si por estar la herencia cargada de deudas es preciso reducir o anular legados.

³⁴ Ha habido tres criterios (SAP de Madrid, sec. 13ª, de 22-09-2010): 1.- El literalista, que sólo se fija en el “*nomen iuris*” utilizado. 2.- El objetivista, de manera que prevalece el contenido de la disposición sobre las palabras. Así, el instituido en cosa cierta debe reputarse legatario y sólo ha de recibir la cosa legada, y el legatario de parte alícuota será heredero, con todas las prerrogativas y cargas que ello conlleva (así art. 768 CC: “*El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario*”). 3.- Criterio subjetivista, donde ha de estarse a la verdadera voluntad del testador (art. 668 y 675 CC). Es el seguido por la mayoría de la Doctrina y la Jurisprudencia (STS, 1ª, de 16-10-1940, 11-01-1950 y 30-06-1956) que entiende que si bien el criterio interpretativo preferente en materia testamentaria es el literal, cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto (STS de 09-06-1962 y 23-09-1971, 18-07-1991, 18-07-1998, 23-02-2002), en aras a buscar (STS de 19-12-2006, 23-01-2001 y 29-12-1997) la averiguación de la voluntad real del testador manifestada en el momento en que realizó el acto de disposición, razón por la que los elementos de prueba extrínsecos al testamento, sí son admitidos por las doctrinas científica y jurisprudencial (STS, Sala 1ª, de 29-12-1997, 18-07-1998, 24-05-2002 y 21-01-2003), como pueden ser los actos coetáneos, previos o posteriores al acto testamentario.

³⁵ En Derecho común y la generalidad de otros Derechos Forales o Especiales (art. 467 a 469 del Código del Derecho Foral de Aragón; art. 423-3 y 427-36 del Código civil de Cataluña; art. 10 y 15 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares; ley 243 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra) prevalece el criterio subjetivista, por lo que el legatario de parte alícuota puede ser considerado verdadero legatario y en consecuencia, aunque está afectado por el pasivo hereditario que puede reducir su parte, no es responsable frente a los acreedores hereditarios (STS de 16-10-1940 y SAP de Madrid, sec. 13ª, de 22-09-2010).

alícuota de la herencia”, lo que exige tanto el *nomen iuris* como que el mismo se corresponda con un llamamiento expansivo, universal o a la generalidad de los bienes hereditarios, aunque no es necesario que sea en plena propiedad indivisa. Así distinguiremos:

3.1. *El legatario de parte alícuota equivalente al heredero*: Ora porque así lo dispone el testador conforme a los dos requisitos antevistos, ora por aplicación del art. 20 LDCV se equipara al heredero, a todos los efectos incluida la responsabilidad de los art. 19.2 y 21.2 LDCV.

3.2. *El legatario de parte alícuota como mero legatario*³⁶: El puro legatario en parte alícuota está afectado por el pasivo hereditario, hasta el punto que puede ver desaparecer su derecho por dicho pasivo (art. 21.1. LDCV), pero no es responsable directo frente a los acreedores hereditarios pues el heredero ha de liquidar previamente la herencia pagando a aquellos (art. 19, ap. 2 y 3 y art. 21.1 LDCV, cfr. SAP de Madrid, sec. 13^a, de 22-09-2010), a menos que haya recibido bienes tras

³⁶ Pese a la falta de regulación legal, la Doctrina y la propia Jurisprudencia han ido puntualizando los efectos propios del legado de parte alícuota en Derecho común, con soluciones extrapolables al Derecho Civil Vasco: 1.-El legatario de parte alícuota no puede hacer efectivo su derecho hasta que se liquide la herencia del testador (art. 19, ap. 2 y 3 LDCV, art. 1027 CC y STS, Sala 1^a, de 22-06-2006), pues 2.- está afectado por el pasivo hereditario aunque no es responsable frente a los acreedores hereditarios (art. 21.1. LDCV, cfr. SAP de Madrid, Sec. 13^a, de 22-09-2010). 3.- De ahí que esté legitimado para interponer el juicio de división de herencia (art. 782.1 LEC); 4.- y a obtener anotación preventiva en el Registro de la Propiedad (art. 42 y LH); 5.- se le reconoce el derecho a intervenir en la partición, no sólo para fiscalizar las operaciones particionales, sino también a efectos de la determinación y composición de los lotes (SAP de Madrid, sec. 11^a, de 03-07-2012 y STS, Sala 1^a, de 22-06-2006); 6.- Puede exigir que se le entregue lo que le corresponda en bienes de la herencia (*pars bonorum*, SAP de Madrid, sec. 21^a, de 26-09-2012) y 7.- hasta que se produzca la liquidación de la herencia, se le considerará cotitular del activo, miembro de la comunidad hereditaria (STS, Sala 1^a, de 14-07-2008), y por consiguiente, no pueden enajenarse sin su consentimiento bienes de la herencia (art. 398 CC, STS de 27-12-1957 y 12-02-1904).

una liquidación sin previo pago de acreedores en cuyo caso (art. 1029 CC) aplicamos los criterios del legatario en cosa determinada.

4. Responsabilidad de los legitimarios³⁷ (como tales): En Derecho Civil Vasco³⁸ solo son sucesores forzosos o legitimarios en sentido propio los hijos y descendientes del causante (art. 47 LDCV), no así el viudo, como veremos. Dicha legítima de los descendientes es *pars valoris*³⁹, o sea una obligación atribuirles

³⁷ En cuanto a la posibilidad de que los acreedores del legitimario puedan impugnar la desheredación practicada, el Tribunal Supremo así lo ha admitido STS de 03-10-1979 en los casos de desheredación de hecho consentida por el legitimario en perjuicio de los acreedores (SAP de León, sec. 1ª, de 15-7-2004). Dicha impugnación no parece extensible al apartamiento del legitimario pues “*el apartamiento de un heredero forzoso por parte del testador no tiene que ser motivado, ni causal, ni condicionado y es válido por el mero hecho de que sea esa la voluntad del testador libremente emitida*” (SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 28-07-2006 y STSJPV, Sala 1ª, de 15-05-2007).

³⁸ En Derecho común, la opinión mayoritaria (DÁVILA, ROCA SASTRE, VALLET, LACRUZ, ALBADALEJO, DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, PUIG BRUTAU, DE LA CÁMARA) rechaza para los legitimarios la cualidad de heredero. La Jurisprudencia mantiene también que los conceptos jurídicos de heredero y legitimario son distintos, pues aunque el Código civil hable de “*herederos forzosos*” (art. 806 y 807) la legítima no es por sí misma, y salvo que se haya deferido a título de heredero, una sucesión universal (art. 659, 660 y 661 CC y STS, Sala 1ª, de 29-06-2006), no hay subrogación del legitimario en la titularidad activa y pasiva de los derechos del *de cuius* ni se convierte, por el solo hecho de serlo, en sujeto personalmente obligado por razón de las deudas del causante, pues no hay ningún precepto del Código civil que obligue al legitimario como tal, al pago de las deudas (STS, Sala 1ª, de 26-10-1904, 04-07-1906, 25-01-1911, 14-03-1916 y 10-01-1920 y 29-06-2006; SAP de Madrid, sec. 18ª, de 23-01-2012 y el AAP de Albacete, sec. 1ª, de 13-01-2011). Hasta ahora el llamamiento legitimario en estado puro. Otra cosa es que siendo posible que el causante cumpla con su deber de legítima atribuyendo al legitimario bienes hereditarios por cualquier título, de ser aceptado este, el legitimario responda según dicha atribución.

³⁹ En el Derecho interregional español hay diferentes sistemas legitimarios atendiendo a qué derecho subjetivo concreto puede aspirar el legitimario: A) Legítima *pars valoris*, cuando el contenido de la legítima es un derecho de crédito, la legítima es *pars valoris*, se trata de una obligación dineraria que se satisface con el pago en dinero al legitimario. El legitimario no ostenta sino un simple derecho de crédito contra la herencia, sin otra garantía que la personal. Este es el régimen de la legítima en Cataluña tras la Ley 09-04-1990,

un tercio del caudal neto de la herencia (art. 49 LDCV) que se satisface con cualquier tipo de bien (*attribuir de otro modo*). En consecuencia, si al sucesor forzoso se le paga la legítima como heredero, legatario, donatario o pacto sucesorio, como tales responderá, previa aceptación de su llamamiento.

Queda el caso, de que incumpliendo el causante su deber de pagar la legítima (art. 48.2 LDCV) el legitimario la reclame. Es un supuesto casi de laboratorio: apartamiento, preterición o desheredación injusta de todos los sucesores forzosos (art. 51.2 LDCV), suplemento de la legítima indebidamente gravada a favor de tercero (art. 51.3) o bien que se deje a un único des-

incorporada al vigente Código de Sucesiones de 30-12-1991, actualmente, Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. También en Galicia, art. 238 y ss. de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. El legitimario es un simple acreedor. Tienen preferencia los acreedores hereditarios a la hora de cobrar, una vez que lo ha hecho el próximo en cobrar es el legitimario. B) Legítima *pars valoris bonorum*: Era la legítima en Cataluña antes de la mencionada Ley 9-04-1990: la legítima es una parte del valor de los bienes. Aparece como un derecho de crédito pero garantizado con una afección real sobre todos los bienes de la herencia. Legítima *pars valoris bonorum qua in specie heres solvere debet*: Es un derecho de crédito garantizado con afección real igual que el anterior solo que ha de ser pagado en especie. También es el sistema de legítima de Ibiza y Formentera, según la Compilación de Derecho Civil de Baleares de 06-09-1990. C) Legítima *pars bonorum*: Si el contenido del derecho legitimario es una parte de la herencia, deja de ser una obligación y se convierte en un derecho real sobre los bienes que conforman la herencia. En este caso hablamos de una legítima *pars bonorum*, la legítima forma parte del caudal relicto y es independiente de la calidad de heredero. Aquí el legitimario no es un simple acreedor, ni un acreedor garantizado, sino un condómino con derecho a una cuota indivisa sobre todos y cada uno de los bienes de la herencia. Por tanto es un partícipe, junto con los herederos en la comunidad hereditaria, habiendo todos de concurrir a la participación de conformidad a los art. 1060 y ss. CC, momento en que se concretarían los bienes que le correspondan. Nulos serán, pues, los actos de disposición que se hagan sin el concurso de todos los legitimarios ya que el legitimario tiene en definitiva un derecho real sobre los bienes. Esta es la posición muy mayoritaria de la doctrina española que avala sobre todo el art. 806 CC cuando señala que la legítima es “una porción de bienes de que el testador no puede disponer” por tanto y del conjunto de la normativa se desprende que cuando el Código habla de herederos forzosos lo hace sin mucha exactitud y más bien como un residuo histórico.

endiente “*lo que por legítima le corresponda*”⁴⁰ que deba pagar el heredero. La legítima como cuota sobre la herencia podrá se atribuida por el causante “*de cualquier otro modo*”, incluso en metálico (art. 48.1 LDCV), obligación que se transmite al heredero (art. 19.2 y 21.2 LDCV) asimilable a un legado de cosa genérica o de cantidad (cfr. art. 884 y 886 CC) y que debe pagar dicho heredero incluso de su propio peculio, pero que no genera afección sobre los bienes hereditarios sino una obligación personal del heredero de entregarlo (art. 19.3 LDCV), salvo que este legitimario legatario de cantidad solicite la separación de bienes (art. 21.3 LDCV). Y dicha solución es preferible a la de considerarlo un crédito porque, aparte que no se define así, como sí se hace en la legislación autonómica gallega y catalana, le originaría una igualdad de rango con los acreedores del causante que no entiendo aceptable. En suma, como legatario tendrá la correspondiente responsabilidad antes vista.

5. Responsabilidad del cónyuge viudo como “*legitimario*”: Sin per juicio del vaciamiento de su derecho consecuencia del pago de las deudas del causante y cargas de la herencia (art. 21.1 LDCV), no responde de las mismas, por las siguientes razones: a) por no ser siquiera legitimario *strictu sensu* aunque así lo denominase el art. 61 Ley 3/1992⁴¹ y ahora los art. 47 y 52 LDCV, sino ser propiamente usufructuario (art. 52 LDCV⁴²),

⁴⁰ La RDGRN de 27-07-2017 sobre descendientes, la expresión dejar “*lo que por legítima corresponda*” a uno de los descendientes habiendo otros equivale a su apartamiento. Las RDGRN de 06-10-2016 y 12-07-2017 sobre la aplicación de dicha cláusula a los ascendientes entendieron que suponía su falta de derechos hereditarios. En el mismo sentido la RDGRN de 05-07-2018.

⁴¹ Cf. SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 24-12-1998.

⁴² Cf. SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 24-06-2002 y 11-05-2016 acerca del art. 58 Ley 3/1992.

en la línea marcada para el Derecho común⁴³; b) como hemos reiterado, el heredero es el obligado al pago de las deudas del causante y de la herencia (art. 19.2 y 21.2 LDCV); y c) solo responde el cónyuge usufructuario (art. 21.1.c) de “*los gastos de conservación de los bienes, los tributos, primas de seguro u otros gastos a que se hallen afectos aquéllos, así como de las obligaciones contraídas por el administrador en la gestión de los negocios del causante, o que se derivan de su explotación, cuando no hayan de ser satisfechos por el cónyuge usufructuario*”. En consecuencia, nuevamente habrá de estarse al título por el que el cónyuge viudo suceda y sea pagado de sus derechos *legitimarios*, de la que dependerá —por su aceptación— la responsabilidad. Pero su mero derecho a una cuota legal de usufructo como tal no genera dicha su responsabilidad por deudas frente a los acreedores hereditarios con su propio patrimonio (salvo las del art. 21.1.c) LDCV) sino que puede perder su usufructo consecuencia de la ejecución de los acreedores sobre los bienes hereditarios. Y *mutatis mutandi* las

⁴³ Así la STS, Sala 1ª, de 29-06-2006 y art. 834 CC: El viudo que no es propiamente legitimario, pues no colaciona (STS, Sala 1ª, de 25-10-2000) y no responde de las deudas hereditarias: STS de 26-10-1904, 04-07-1906, 25-01-1911, 10-01-1920, 9-06-1949, 11-01-1950, 28-10-1970, 28-10-1979, 09-01-1974, 20-09-1982. Las diferencias entre heredero y sucesor usufructuario se subrayan en las STS de 24-01-1963 y 20-10-1987: “*Existen sustanciales diferencias entre el sucesor como usufructuario universal y el heredero, en cuanto la herencia implica una adquisición traslativa de dominio, en tanto que el usufructo, aunque también adquisitivo, es constitutivo de un derecho real en cosa ajena, en cuanto el usufructuario a diferencia del heredero no entra directamente en la posesión y disfrute de los bienes hereditarios, sino que ha de recibirla del heredero o albacea y en cuanto el heredero responde de las deudas hereditarias con los bienes de la herencia y con los suyos propios, salvo beneficio de inventario, mientras que el usufructuario no soporta tal responsabilidad, salvo casos excepcionales (arts. 506, 508 y 891 del Código Civil), y si además no se olvida que es el nudo propietario el sucesor en la universalidad de las relaciones jurídicas activas y pasivas de la herencia, no siendo el usufructuario, aunque lo sea universal, más que un sucesor de sus bienes, es decir, en la parte activa del patrimonio*”, si bien la STS, Sala 1ª, de 20-09-1982 determina que ha de ser citado “*al litigio en que se reclamen deudas contra el haber hereditario de su consorte, por tener interés directo en el mismo, al poder ser mermado el contenido de su cuota usufructuaria*”.

mismas conclusiones son aplicables a su derecho de habitación del art. 54 LDCV en cuyo caso será responsable por los gastos de la casa por el mismo habitada (art. 523 y ss. CC).

6. Sucesores tronqueros: Habrá de estarse a la concreta atribución que haga el causante al pariente tronquero. O sea, si se le entregan los bienes troncales como sucesor universal (por testamento, pacto o donación) responderá como heredero según su aceptación pura y simple o a beneficio de inventario (art. 19.2 y 21.2 LDCV). Por el contrario, si los adquiere como legatario (incluyendo al heredero en cosa cierta ex art. 19.3 LDCV, cfr. art. 768 CC, por analogía) responderá, previa aceptación, como tal, *cum viribus*, con lo recibido (art. 21.1.b) y 70.8 LDCV).

Y si se le instituye como sucesor solo en los bienes troncales o su llamamiento es por ministerio de la ley, ora por petición de sucesión contra la voluntad del causante, ora abintestato, es un sucesor en cosa concreta, pues, siguiendo a VALLET, entendemos que dada la contemplación de la sucesión bien por bien concreto propio de la troncalidad, tanto en la sucesión voluntaria como en la legal –abintestato o impugnando el testamento– (hoy, art. 19.1, 63.1, 67.2 y 111 LDCV, cfr. art. 768 CC), cualquiera que sea la ley personal que rija la herencia del causante (hoy, 9.3, 10.2. 63 y 68LDCV), la sucesión en los mismos es a título de legado (art. 19.2 LDCV); y por lo tanto con responsabilidad: a) “*ex lege*” (art. 70.8 LDCV “*Se pagarán*”, cfr. art. 1027 CC), no se precisa nulidad ni fraude; b) *cum viribus*, de modo que mientras los bienes hereditarios permanezcan individualizados estos están afectos al pago de las deudas y cargas (art. 70.8 LDCV y art. 538 LEC) y, solo cuando los objetos legados hayan perdido su identidad, los tronqueros devendrán responsables hasta el valor de lo recibido por al tiempo de la

delación (art. 21.2 LDCV) y no al tiempo de la salida del bien del patrimonio del legatario pues la acción no es rescisoria ni anulatoria (cfr. art. 1298 y 1307 CC); c) es una responsabilidad directa no subsidiaria, pues no requiere nulidad ni fraude; pero exige no solo el agotamiento de la responsabilidad del heredero por deudas hereditarias (art. 21.2 LDCV) sino, asimismo, la previa excusión de cualesquiera otros bienes no troncales de la herencia (art. 70.8 CC); d) del último aserto del art. 70.8 LDCV deducimos una afección mancomunada entre diferentes bienes troncales (“*de cada línea, en proporción a su cuantía*”) que obviamente se traslada mancomunadamente *ad intra* de los cotitulares de cada uno de dichos bienes (art. 393 CC). e) Lo dicho hasta ahora es acerca de las deudas del causante. De las cargas hereditarias y las deudas de la herencia se responderá conforme al art. 21, ap. 1 y 2 LDCV hasta el valor de los bienes hereditarios al tiempo de la delación (cfr. art. 17.1 LDCV); y f) puede dar lugar a reembolso contra el heredero y la herencia (art. 1158 CC) hasta el límite cuantitativo del art. 21.2 LDCV⁴⁴.

⁴⁴ El art. 70.8 LDCV supone una prelación al pago, como sus antecedentes, el art. 63 Ley 3/1992, art. 28, pfo. 2^a de la Compilación y del Fuero de 1526 (Ley XIV del Título XX), lo que se desarrolla a través de dos mandatos: 1. Una norma interna entre causahabientes y/o liquidadores de la herencia: El art. 70.8 LDCV ha de interpretarse conjuntamente con el anterior art. 70.2 LDCV como normas que ordenan la prelación en la aplicación de la masa activa de bienes, entre ellos los troncales, en pago de los derechos contra la herencia. Así las legítimas se pagan preferentemente con bienes troncales (art. 70.2 LDCV) y al revés, las deudas del causante se pagarán preferentemente con bienes no troncales (art. 70.8). 2. Es una norma de prelación subsidiaria al pago de los bienes troncales oponible a terceros: Literalmente leído el precepto es absurdo, pues las deudas ni se pagan en principio con adjudicaciones de bienes en pago (art. 1170 CC), que es lo que literalmente dice, ni este medio de pago se puede imponer a los acreedores ex art. 1166 y 1175 CC. El precepto se entiende por la última proposición (“*sólo en defecto de unos y otros responderán los bienes y raíces troncales*”), que tampoco es exacta pues los objetos de derecho no tienen responsabilidad. O sea, se ha evitado una mera redundancia sintáctica (“*se pagarán con*”/“*responderán*”) en un lenguaje llano y expresivo pero impreciso técnicamente que establece: a) La prelación subsidiaria al pago de los bienes troncales oponible a terceros es

7. Sucesores por pacto sucesorio: La LDCV da respuesta por primera vez en el Derecho Civil Vasco a la responsabilidad de los instituidos por pacto sucesorio⁴⁵. Hemos de distinguir (art. 104 y 105 LDCV) entre los pactos con transmisión de presente de bienes (*inter vivos*) y pactos con eficacia diferida a la muerte del instituyente (*mortis causa*).

una primera línea de defensa para la conservación del patrimonio troncal en la familia. La segunda línea de protección vendrá vía el derecho de adquisición preferente ex art. 72 y ss. LDCV a favor de parientes tronqueros en caso de ejecución judicial o extrajudicial. En suma, se impone a los acreedores hacer una previa excusión de bienes no troncales antes de ejecutar estos últimos (“*sólo en defecto de unos y otros responderán*”). Y esa mera prelación de bienes afectos al pago no es extraño al sistema patrimonialista de Derecho común en el que también existe una sola masa de bienes (reversión aparte), y a modo de ejemplo (art. 1921 y ss. CC, los de la Ley Concursal, art. 84 y ss. y el art. 592 LEC (criterio de la menor onerosidad y mayor liquidez y supletoria prelación tipificada). Y dicha prelación se remacha con el último aserto del art. 70.8 LDCV, que en vez de establecer una afección solidaria de los bienes troncales, divide la responsabilidad (“*de cada línea, en proporción a su cuantía*”). b) La limitación en la responsabilidad en la sucesión de bienes troncales a los propios bienes. Parece erigida, ahora sí, en el art. 21.1.b) y 70.8 LDCV, en coherencia con los art. 104.2 y 105.3 del mismo texto legal. c) La subsidiaria afección de bienes troncales en vía judicial, concursal o administrativa no es apreciable de oficio pero será oponible. Dicha excusión entendemos se perdería si no se atendiese el mandato de manifestar relacionadamente bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de cargas y gravámenes. Con la omisión de dicha respuesta por el ejecutado, el acreedor podría ir directamente contra los bienes troncales. Como última protección de los bienes troncales quedará su repesca mediante la Saca Foral en la ejecución.

⁴⁵ El AAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 31-03-2011 tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el particular y aunque no se pronunció dio pistas sobre la opinión de la Sala “*y sin olvidar el debate doctrinal a cerca de si los bienes así transmitidos en vida como libre de cargas responden de las deudas del instituyente anteriores a la transmisión, lo cierto es que considera esta Sala que desconocemos si hay o no otros herederos, si los bienes donados lo eran todos los del causante o no (y por tanto con efectos de pacto sucesorio (art. 76 LDCFPV), a lo que se une que lo pretendido implicaría dejar sin efecto en un proceso de ejecución un acto inicialmente válido mientras no se declare lo contrario, cual es la renuncia manifestada en escritura pública de fecha 1 de julio de 2009 (f. 399 y ss), lo cual es propio de un proceso declarativo al exceder de las posibilidades que nos confiere el art. 540 num. 3 LECn., de igual modo que las demás cuestiones que como antecedente necesario privan de eficacia a juicio del ejecutante a esa renuncia, por lo que, y sin perjuicio su derecho a defenderse de lo que considera la realización de una serie de actuaciones tendentes a eludir su derecho a obtener la ejecución de la sentencia dictada a su favor, procede la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la resolución recurrida*”.

7.1. *Pactos sucesorios con eficacia de presente*: Dispone el art. 104.2 LDCV que “*Los acreedores del instituyente tienen preferencia sobre los bienes transmitidos de presente por las deudas contraídas por el instituyente con anterioridad al pacto sucesorio*”. De lo que deducimos que como el instituyente está vivo, este responde con todo su patrimonio por sus propias deudas (art. 1911 CC). Por su parte, el instituido responde: a) “*ex lege*” (“*tienen*”), no requiere de culpa o negligencia de dichos instituidos; b) *cum viribus*, pues “*preferencia*” supone una separación de estos bienes del patrimonio propio general del instituido (art. 21.3 LDCV y art. 1923 y ss. CC⁴⁶) que se ve también en la reserva de facultades dispositivas del instituyente del art. 104.1 LDCV, de modo que mientras los bienes hereditarios permanezcan individualizados⁴⁷ estos y solo estos están afectos al pago de las deudas y cargas (art. 104.2 LDCV y art. 538 LEC) y, cuando los objetos legados hayan sido enajenados, los instituidos devendrán responsables hasta el valor de lo recibido por al tiempo de la declaración (art. 21.2 LDCV y no al tiempo de la salida del bien del patrimonio del legatario pues la acción no es rescisoria ni anulatoria, *a sensu contrario* de los art. 643, 1298 y 1307 CC); c) es una responsabilidad directa no subsidiaria, pues

⁴⁶ O sea, en palabras de la STS, Sala 1ª, de 15-12-2017: “*la vieja distinción entre débito y responsabilidad, esto es, «(...) se hace necesario distinguir entre deuda (deber de realizar la prestación) y responsabilidad patrimonial (sujeción del patrimonio propio a las facultades de agresión de los acreedores, para la satisfacción coactiva de los créditos)*»”.

⁴⁷ A lo que no es óbice que el pacto de presente haga instituciones a título universal (art. 103 LDCV) pues el mismo pacto contendría el inventario, si quiera del activo, de todos y cada uno de los bienes que lo integran, suficiente garantía, a mi juicio, para que los acreedores del instituyente persigan dichos bienes. Recuérdese que en la práctica jurídica la sucesión paccionada se fija y articula más bien a bien que en adscripciones a título universal (cfr. art. 101.1 vs. art. 103 LDCV), institución universal que generalmente se usa como cláusula refugio a efectos fiscales.

no requiere fraude⁴⁸ y tampoco exige la previa excusión de otros bienes de la herencia (“*Los acreedores del instituyente tienen preferencia sobre los bienes transmitidos*”); d) en consecuencia, el sucesor a título particular de presente puede exigir el reembolso de lo pagado por deudas del instituyente a este, a su herencia y al sucesor a título universal (art. 19.2 y 103 LDCV y art. 1158 CC), cada cuál según su responsabilidad, limitada o no; f) lo dicho hasta ahora es acerca de las deudas del instituyente, respecto de las que el instituido responderá, además, *pro viribus* (art. 21.2 LDCV, art. 858 CC). De las cargas hereditarias y las deudas de la herencia el instituido responderá *ultra vires* pero *pro viribus* conforme al art. 21, ap. 1 y 2 LDCV ex art. 103 LDCV; y g) los acreedores y legatarios (de haberlos) no podrán acudir al beneficio de separación de patrimonios, pues no ha fallecido el instituyente al tiempo de la delación, pero subsisten los dos patrimonios separados a efectos del pago de deudas del instituyente, como se ha dicho.

7.2. *Pactos con eficacia diferida a la muerte del instituyente*: Dice art. 105.3 LDCV: “*Los bienes objeto de la institución sucesoria con eficacia post mortem responden de las deudas contraídas por el instituyente*”. Pendiente la muerte del instituyente estos ti-

⁴⁸ Resume la SAP de Alicante, sec. 6ª, de 19-02-1999 el alcance de la responsabilidad del donatario por deudas del donante (art. 642 y 643 CC) en cuatro ideas: 1º.- Que el donatario, si no se le impuso como carga, no tiene obligación de pagar ni las deudas del donante en general, ni ninguna de ellas en particular. 2º.- El donatario, si se le impuso tal carga, tiene la obligación de pagar las deudas del donante que se hubieran acordado. 3º.- Si se le impuso al donatario, en general, sin más precisiones, la obligación de pagar las deudas del donante, vendrá obligado al pago de las anteriores a la donación. 4º.- Si el donante mermó por la donación su patrimonio hasta dejarlo insuficiente para pagar sus deudas, el donatario no es que responda de estas, aunque ciertamente los acreedores, ejercitando la acción pauliana, pueden impugnar la donación y conseguir cobrar sus créditos sobre los bienes que recibió el donatario, mientras subsistan en poder de este (art. 1295 CC).

pos de pactos no tienen repercusión sobre el patrimonio del instituido, quien no responde de las deudas del causante, pues no ha sucedido aún (art. 17 LDCV). Fallecido el instituyente, el instituido no podrá repudiar la herencia ni usar el derecho a deliberar pero estará sujeto a la limitación de responsabilidad *cum viribus* y *pro viribus* tanto si su llamamiento es a título universal como singular (art. 21.2 y 103 LDCV y art. 858 CC) e incluso puede, a mayor abundamiento, acogerse expresamente al beneficio de inventario⁴⁹ o pedir el concurso de la herencia (art. 3.4 Ley Concursal). En todo caso, el sucesor a título particular por pacto sucesorio igualmente responde: a) “*ex lege*” (“*responden de las deudas*”), no requiere de culpa o negligencia de dichos instituidos; b) *cum viribus* (“*los bienes responden*”) de modo que supone una separación de estos bienes⁵⁰ del pa-

⁴⁹ Pues el mismo (art. 1010 CC) se ejercita, realmente, no desde que el heredero conoce tal carácter, sino desde que entra en la posesión de los bienes hereditarios (art. 1014 y 1015 CC), por lo tanto no desde la posesión física, ficticia y retroactiva (art. 440 CC). Es más (art. 1016 CC) si no se hubiere presentado ninguna demanda contra el heredero, podrá este aceptar a beneficio de inventario, o con el derecho de deliberar, mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia (30 años, STS, Sala 1ª, de 10-04-1990, 27-11-1992 y 02-12-1996). Además, la revocación y resolución de la institución de heredero (art. 108 y 109 LDCV) podría no conocerse (igual que en el caso del testamento o sucesión abintestato) hasta pasados 15 días de la muerte del causante ex Registro Central de Actos de Última Voluntad y hasta su muerte, el instituyente conserva su patrimonio bajo su poder de disposición (art. 322 CC) y afecto al cumplimiento de sus obligaciones (art. 1911 CC).

⁵⁰ En la institución *mortis causa* a título singular, bastará el propio pacto. En la *mortis causa* a título singular, será precisa la adjudicación bien por bien (Cfr. STS, Sala 1ª, de 29-06-1996 sobre que el título de dominio en la sucesión testada o intestada no es el testamento sino la liquidación y adjudicación de herencia), que contendría el inventario, si quiera del activo, de todos y cada uno de los bienes que lo integran, suficiente garantía, a mi juicio, para que los acreedores del instituyente persigan dichos bienes. Recuérdese que en la práctica jurídica la sucesión paccionada se fija y articula más bien a bien que en adscripciones a título universal (cfr. art. 101.1 vs. art. 103 LDCV), institución universal que generalmente se usa como cláusula refugio a efectos fiscales.

trrimonio propio general del instituido afectos (art. 21.1 LDCV y art. 1923 y ss. CC) que se ve en la separación de la sucesión del patrimonio propio del instituido del ordenado por el instituyente (art. 106 LDCV), de modo que mientras los bienes hereditarios permanezcan individualizados estos están afectos al pago de las deudas y cargas (art. 105.3 LDCV y art. 538 LEC) y, solo cuando los objetos legados hayan perdido su identidad, los instituidos vendrán responsables hasta el valor de lo recibido por al tiempo de la delación (art. 21.2 LDCV y art. 858 CC). No procede estarse al tiempo de la salida del bien del patrimonio del instituido porque no requiere nulidad ni fraude (cfr. art. (art. 643, 1298 y 1307 CC); c) es una responsabilidad directa no subsidiaria, pues no precisa de fraude⁵¹ y no exige la previa excusión de otros bienes de la herencia (“*responden de las deudas contraídas por el instituyente*”); d) en consecuencia, el sucesor a título particular *mortis causa* puede exigir el reembolso de lo pagado por deudas del instituyente, a su herencia y al sucesor a título universal (art. 19.2 y 103 LDCV y art. 1158 CC), cada cuál según su responsabilidad, limitada o no; e) lo dicho hasta ahora es acerca de las deudas del instituyente, respecto de las que el instituido responderá, además, *pro viribus* (art. 21.2 LDCV, art. 858 CC). De las cargas hereditarias y las deudas de la herencia el instituido responderá *ultra vires* pero *pro viribus* conforme al art. 21, ap. 1 y 2 LDCV ex art. 103 LDCV; y f) los acreedores y legatarios (de haberlos) sí podrán acudir al beneficio de separación de patrimonios, aunque con una utilidad limitada porque subsisten los dos patrimonios separados a efectos del pago de deudas del instituyente, como se ha dicho.

⁵¹ Véase la nota nº 48.

7.3. *Pactos de presente en concurrencia con pactos por causa de muerte:*

Si el instituido lo es (respecto de distintos bienes) en ambos llamamientos, *de presente* y *post mortem*, le surgen responsabilidades separadas y correlativas a cada uno de dichos llamamientos pues: a) por analogía al prelegado (art. 19.4 LDCV y art. 890 CC); b) tienen, en principio, el mismo momento de perfección, pero distinto de consumación (art. 104 a 105 LDCV); c) el antecedente legislativo del pacto sucesorio de presente es la donación (art. 643 CC) y; d) la sucesión paccionada se fija más en el bien por bien que en adscripciones teóricas de sucesión universal y a título particular (cfr. art. 101.1 vs. art. 103 LDCV).

8. Poder testatorio y responsabilidad: El poder testatorio o sucesión por Comisario (art. 30 y ss. LDCV) supone una condición legal suspensiva a la existencia de sucesores mientras el Comisario no proceda a su designación. Hasta ese momento:

8.1. *El inventario de bienes y obligaciones del causante es obligación imperativa⁵² y responsable⁵³ del Comisario* (art. 34 LDCV). Como en el inventario de los art. 1010 y ss. CC y art. 781 LEC, su objeto es fijar la masa de bienes, derechos y obli-

⁵²Y ni el causante podía excusar al Comisario de tal obligación ex art. 36 Ley 3/1992 conforme a la Sentencia de 14-05-2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Getxo.

⁵³ CELAYA IBARRA, Adrián. *Comentarios...*, obra citada, pág. 179 dice que “*La Ley no impone al Comisario la obligación de rendir cuentas, lo que sigue siendo cuestión discutida. La Sentencia de 9 enero 1959, del Tribunal Supremo, parece imponer esta obligación al viudo Comisario, pero en realidad no la impone por razón del poder testatorio, sino por haber tenido la administración y dirección de la comunidad hereditaria, por lo que, como todo gestor, venía obligado a rendir cuentas. Entiendo que el hecho de no rendir cuentas no puede suponer la irresponsabilidad del Comisario, a quien los herederos y sucesores podrán reclamar los perjuicios que se les sigan, aunque, dada la amplia libertad de elección que concede la Ley vizcaína, y sin una legítima estricta, es difícil pensar en que reclame el sucesor designado; y el no designado carecerá de interés*”.

gaciones de la herencia al tiempo del fallecimiento del causante (art. 17.1 y 43.3 LDCV⁵⁴). Los acreedores no pueden exigir al Comisario la pura formación de inventario si no ejercitan el beneficio de separación de bienes (art. 43.3 LDCV) pero podrán exigirle que les informe (art. 34 LDCV) e impugnarlo si les conviene.

8.2. *La herencia yacente pendiente del ejercicio del poder testatorio será la responsable de las deudas del causante.* Mientras el Comisario no haya atribuido al último sucesor el último bien, la herencia está yacente y carente de personalidad jurídica. Aunque como patrimonio de titular temporalmente indeterminado tendrá su propia responsabilidad (art. 21, 37, y 43.3 LDCV), *ultra vires* (art. 1911 CC), ilimitada cuantitativa y cualitativamente; legitimación procesal (art. 6.1.4° LEC) y actuará en juicio representada, por quien la administre (art. 37⁵⁵ LDCV, art. 6.1.4° y 7.5 LEC, y art. 3.4 y 182.1 Ley Concursal)⁵⁶. Correlativamente, no podemos hablar sino de “*presuntos sucesores*” (mera expectativa⁵⁷), que

⁵⁴ Cfr. la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 02-05-2018 acerca del art. 36 Ley 3/1992.

⁵⁵ En primer lugar la persona que el causante hubiera designado al efecto, o sea, un albacea (art. 892 y ss. CC), y a falta de esta designación, representará y administrará la herencia el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, y en defecto de este, el propio Comisario. Es lógica la prelación, pues si el usufructuario (en general) disfruta de gran parte de las facultades inherentes al derecho de propiedad, entre ellas la de administración de los bienes en usufructo (ello es evidente aunque no esté expresamente manifestado en el articulado sino de manera indirecta en los art. 21.c) y 53.3 LDCV y art. 490, 494 y 520 CC), no tendrá estas funciones el Comisario. En caso de Concurso de la Herencia será administrado el administrador concursal (art. 3.4 y 182.1 Ley Concursal). Se excluye en todo caso el administrador judicial ex art. 798 LEC

⁵⁶ Véase el AAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 28-06-2011 y la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 21-04-2004 y, sobre todo, la ya citada SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 11-05-2016.

⁵⁷ SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 07-04-2004 habla de “*herederos en expectativa, que no se sabe quienes van a ser al estar pendiente el uso del poder testatorio*” y el AAP de Bizkaia, sec. 4ª, de

nada han adquirido fallecido el causante, por lo que de ninguna deuda del causante responden hasta que reciben su atribución del Comisario y la aceptan⁵⁸.

8.3. *El Alkar poderoso como liquidador*: Pero la especialidad del Derecho Civil Vasco, especialmente tras la entrada en vigor LDCV es que a través del nombramiento del cónyuge-Comisario se cambia el personaje principal de la sucesión que pasa de ser el heredero (exista o no llamado como tal) al citado Comisario poderoso, quien como el *executor* o el *personal representative* anglosajón, actuará en forma más parecida a un administrador o liquidador societario lo que no es extraño al Derecho español, del todo (cfr. art. 1026 CC, art. 6.1.4 LEC), pues no solo es un administrador (art. 37.1 LDCV), sino un verdadero liquidador que (art. 43.3 LDCV) “*satisfará las obligaciones, cargas y deudas de la herencia, gestionará los negocios que formen parte del caudal, podrá cobrar créditos vencidos y consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen*” y al efecto para dicho fin solutorio podrá disponer de los bienes o derechos hereditarios (art. 43.4 LDCV) aunque el causante no le hubiera autorizado a ello, si bien con los límites del art. 43.5 LDCV. Es decir tiene la función liquidatoria que de otro modo correspondería al heredero (art. 19.2 LDCV).

8.4. *Distinto régimen de las deudas propias de la herencia*: Por fin, recordemos que, por una elemental justicia, el art. 21.1

28-06-2011: *No genera legitimación activa la mera expectativa de la actora de ser heredera, toda vez que en la cláusula segunda del testamento de su padre el poder testatorio a favor del cónyuge viudo se hace en favor de su hija y de los descendientes que ésta pudiera tener, y ello con prórroga del plazo legal por todos los años que viviera su cónyuge...*”.

⁵⁸ SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 11-05-2016.

LDCV (como el art. 94 LDCV para el usufructo poderoso ayalés) hace personalmente responsable al cónyuge usufructuario y no a la herencia de los gastos de conservación de los bienes, los tributos, primas de seguro u otros gastos a que se hallen afectos aquellos, así como de las obligaciones contraídas por el administrador en la gestión de los negocios del causante, o que se derivan de su explotación, pues el mismo es el que lo gestiona ex art. 43.3 LDCV. Las deudas alimenticias serán pagadas por el Comisario (art. 38 LDCV) pues no hay heredero, lo mismo que las deudas en general del causante y de la herencia (art. 21.b) y 43.3). Pero el mero usufructuario no es responsable personalmente de otras deudas de la herencia⁵⁹.

9. Responsabilidad de los reservatarios (como tales): Sobre los art. 811 y 968 CC, similares a los art. 118 y ss. LDCV, se han vertido diferentes teorías. La Jurisprudencia ha asumido la de VALLET, y así la STS, Sala 1ª, de 13-03-2008 afirma que *“la obligación de reservar constituye una mera limitación en cuanto a la disposición de sus bienes por “el ascendiente que heredare de su descendiente”, la cual queda cumplida por el hecho de su atribución a quien ostenta la condición de reservista o, por el contrario, da lugar a la imposición de una especie de sucesión forzosa e igualitaria para los reservatarios similar a la sucesión intestada, en cuya virtud aquéllos volverían a suceder en cierto modo al primero de los ascendientes a que la norma se refiere en cuanto a determinados bienes”*. En consecuencia –aceptación mediante– habrá de estarse al llamamiento que haga el reservista al reservatario en pago de su derecho, como heredero o legatario. Y si se le instituye como sucesor solo en los bienes reservados o su llamamiento es por ministerio de la ley, ora por petición

⁵⁹ Nuevamente, la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 11-05-2016.

de sucesión contra la voluntad del reservista, ora abintestato, dado su tratamiento de transmisión a título singular, bien por bien, siempre será asimilado a la sucesión a título particular (art. 19.3 y 118 y ss. LDCV). Por excepción, nuevamente, si dicho bien o bienes reservados atribuidos a un reservatario constituyen un patrimonio familiar o profesional de un valor *superior a las tres cuartas partes de la herencia, será tenido, a todos los efectos, como heredero universal* (art. 20 LDCV), salvo disposición contraria del reservista.

10. Responsabilidad de los reversionistas (como tales, art. 107.3 y 123 LDCV): Frente al Derecho común⁶⁰, que considera a los bienes sujetos a reversión objeto de una sucesión separada y especial de la masa común, la LDCV (art. 124) establece que existe una única masa sucesoria del reversionario o descendiente causante en la que se incluye el bien sujeto a la misma. No obstante, como se trata, nuevamente, de una sucesión bien a bien, a título particular (art. 19.3 LDCV), hay una afección al pago de las deudas del causante “*ob rem y cum viribus a su pago, sin perjuicio de su derecho a repercutir contra los herederos del descendiente por las deudas de éste —incluso hipotecarias— que en virtud de esa afección satisfaga el reversionario*” (VALLET a tenor del art. 858 CC y lo mismo ex art. 19.3 y 21.2 LDCV), lo que parece claro a tenor de los art. 19.2 y 21.2 LDCV sobre cargas de la herencia⁶¹.

⁶⁰ En Derecho común (art. 812 CC), la Jurisprudencia menor entiende que el fallecimiento del donatario produce la apertura de dos sucesiones paralelas e independientes entre sí: la sucesión ordinaria, respecto de la masa hereditaria; y la sucesión especial, respecto de los bienes donados, que opera de forma automática, sin tener que ser invocado en ningún procedimiento y el reversionario puede adjudicarse por sí solo los bienes donados.

⁶¹ Ya hemos visto como se concreta la afección “*cum viribus*” ex art. 538.2.3º LEC: Demanda como derecho de crédito personal y limitación en cuanto a los bienes ejecutados. Nuevamente, si el reversionista adquiriese como heredero o legatario de su descendiente como tal responderá. Y si dichos bienes reservados atribuidos *ex lege* a un reservatario

IV. EL BENEFICIO DE SEPARACIÓN DE BIENES

0. Planteamiento de la cuestión: En los Derechos de base romanista, por efecto de la aceptación pura y simplemente la herencia, se confunden la masa patrimonial del heredero con la del causante, confusión que perjudica sobre todo a los acreedores del *de cuius* y de la herencia que, por el mero hecho de su muerte, pasan a tener igualdad de rango con los acreedores de los herederos sobre bienes del causante que antes de la apertura de la sucesión no estaban sujetos a la agresión de estos últimos. Para evitar dicha confusión y cumplir el principio de “*antes es pagar que heredar*” en el Derecho romano se reconocía el “*beneficium separationis*”, formando dos masas de bienes, cada una de ellas afecta a una concreta responsabilidad, de manera tal que se impedía a los acreedores del heredero instar la efectividad de sus créditos sobre los bienes de la masa hereditaria, a la par que a los acreedores de la herencia hacer efectivos los suyos sobre los bienes del heredero. Este beneficio existe en el extranjero en Francia, Italia y los países Iberoamericanos, en general. Y dentro de España en, Aragón, Cataluña y Navarra⁶² y, tras la LDCV, en el País Vasco, art. 21.3 y 43.3⁶³.

constituyen un patrimonio familiar o profesional de un valor superior a las tres cuartas partes de la herencia, será tenido, a todos los efectos, como heredero universal (art. 20 LDCV), salvo disposición contraria del reservista.

⁶² Art. 461-23 CC de Cataluña; art. 357 del Código del Derecho foral de Aragón, con carácter automático y *ex lege* y Ley 319 de la Compilación de Navarra. Igualmente en Alemania, Francia e Italia.

⁶³ Introducida en la Propuesta de LDCV a instancias de IRIARTE DE ÁNGEL, Fº. de Borja. Idea que ya avanzó en *Deudas y herencia. Planteamiento de la cuestión y perspectiva judicial*. Deudas y Herencia. Planteamiento de la cuestión y perspectiva judicial. AVD-ZEA. Bilbao, Diciembre 2013, núm. 25, pp. 113-142.

Sin embargo, en Derecho común la opción de optar por la separación de patrimonios a día de hoy es solo del heredero vía la aceptación a beneficio de inventario (art. 1023.3° CC). Efectivamente, bajo el régimen de la derogada LEC de 1881 se atribuía a los acreedores de la herencia legitimación activa para instar el juicio de testamentaría (art. 1038.4°) o de abintestato (art. 973.3°), hoy procedimiento de división de herencia (art. 782 y ss. LEC de 2000), y por tanto se les facilitaba a dichos acreedores liquidar su deuda contra la herencia, de manera separada y previa a los acreedores de los sucesores de una manera sencilla y en principio no contenciosa⁶⁴. Por el contrario, bajo el régimen de la LEC de 2000 dichos acreedores hereditarios carecen de dicha legitimación, de dicha iniciativa, lo que, aunque coherente con el art. 1051 CC, reduce sus facultades. Efectivamente, los acreedores en general no pueden ser parte en dicho procedimiento. Solo los acreedores reconocidos como tales por los coherederos o cuyo derecho conste en título ejecutivo podrán tener la limitada defensa de personarse en defensa de su derecho y oponerse a la partición hasta que se le pague o afiance el importe de sus créditos⁶⁵

⁶⁴ Para MINGORANCE GOSÁLVEZ, *Obra cit.* “*A juicio de Lacruz no se contempla en el Código Civil no porque se rechazase, sino todo lo contrario: por entender los legisladores del 88 que su contenido había pasado a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con cuyo juicio de testamentaría era posible obtener resultados parecidos a los de la separación*”.

⁶⁵ De esta manera, algunos de los acreedores de la herencia (“*acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo*”), aunque de mejor posición al cobro que los acreedores de los herederos, no tendrán más facultades que (art. 782.4 LEC) “*podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos...*”, precepto que es correlato y matización a efectos de emisión de títulos (art. 1065 CC y 788.1 LEC) del art. 1082 CC (“*Los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos*”). Dicho derecho lo podrán ejercitar (art. 782.4 LEC) “*en cualquier momento, antes de que se produzca la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero*”, lo cuál es lógico porque aquel es el momento en que se produce en consecuencia la entrega o tradición que transfiere la propiedad a dicho sucesor normal-

(art. 1068 y 1084 CC y art. 782.3 y 788.1 LEC). En teoría ello estimula el pago de dichos créditos por los sucesores, mas no habiendo obligación de que los acreedores, ninguno, sean emplazados en el proceso de división de herencia, estos solo pueden recurrir al ejercicio de acciones contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos (art. 782.3 LEC), con el consiguiente retraso, encarecimiento y complicación de trámites, amén de la posibilidad de que los sucesores alcen los bienes de la herencia en el ínterin.

Respecto de las legislaciones de las otras regiones citadas, la LDCV ha avanzado en la coordinación del beneficio de separación de bienes con la institución de la sucesión por Comisario. Asimismo, aunque el Derecho Civil Vasco no es muy romanista, el límite *ex lege* de responsabilidad *pro viribus* del heredero por las deudas del causante (art. 21.2 LDCV) aumenta la peor condición de sus acreedores, un acicate para que los mismos interesen individualizar, separar, los bienes de la sucesión para cobrarse contra estos.

1. El beneficio de separación de patrimonios judicialmente ejercitado⁶⁶

1.1. Legitimación

- 1.1.1. La legitimación activa corresponde a: a) Los legatarios para asegurar el cumplimiento de los legados. b) Los acreedores

mente mediante su titulación (art. 609, 1065 CC, y art. 787.2 y 788.1 LEC) y le permite la inscripción de su adjudicación en los registros públicos. Será por tanto desde dicho momento de la titulación de las adjudicaciones en que comience la confusión de patrimonios entre el heredero y la herencia (art. 661, 1003 y 1023 CC). De ahí el art. 788.3 LEC: “cuando se haya formulado por algún acreedor de la herencia la petición a que se refiere el apartado 4 del art. 782, no se hará la entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados a su satisfacción”.

⁶⁶ GETE-ALONSO CALERA, M^a. Carmen. *El beneficio de separación de patrimonios en el Derecho civil catalán* Anuario de derecho civil, ISSN 0210-301X, Vol. 36, N^o 4, 1983, págs.

del causante y por cargas hereditarias (art. 21.1.b) LDCV), pero no a los de la propia herencia como tal (art. 21.1, ap. a) y c) LDCV. Y ello, tanto por la expresión del citado art. 21.3 LDCV “*A los efectos de la responsabilidad de los herederos se establece el beneficio de separación...*”, responsabilidad que (art. 19.2 y 21.2 LDCV) es por las deudas del causante, cargas de la herencia y legados, cuanto que se trata de proteger a los acreedores anteriores al óbito, para que estén en igual situación que antes del mismo, con agresión sobre los bienes que fueron del causante de modo preferente a los acreedores de los sucesores⁶⁷. No es preciso que su crédito sea ni vencido, ni líquido ni exigible, que tenga garantía o no, tanto por el silencio de los art. 21.3 y 41.3 LDCV, como por su carácter de mera facultad accesoria, preventiva, integrada en el derecho de dichos acreedores (cfr. art. 1121 CC). Por dicho motivo lo normal será que el que recurra a la separación de bienes sea el acreedor con crédito no vencido y sin privilegio especial; y el que sí lo tenga ya exigible o goce de garantía recurra a demandar a la herencia yacente, comunidad hereditaria o coherederos.

1377-1402 comentó acerca de la regulación catalana (en 1983) que “*Las lagunas que existen en la regulación del procedimiento del beneficio de separación de patrimonios y las dudas que se presentan en torno al mismo, han llevado, en la práctica, a que sea más bien una figura teórica que realmente vivida*”. No obstante la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbide Euskal Akademia ha intentado poner remedio a ello en *Praxis de Derecho civil Vasco* AVD/ZEA & Gomylex, 2018. ISBN978-84-172790-00-4.

⁶⁷ Asimismo, el art. 461-23 del Código civil de Cataluña (“*acreedores por deudas del causante y los legatarios*”) su precedente art. 264 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña (“*acreedores por deudas del causante o por gastos de su última enfermedad y los legatarios*”). La ley 319 a) de la Compilación de Navarra habla solo de “*Los acreedores hereditarios*” y de los legatarios.

1.1.2. La legitimación pasiva: Los acreedores demandarán el pago de sus créditos, ora contra la herencia yacente (art. 6.1.4º LEC) a través de sus representantes (art. 7.5 LEC⁶⁸), ora contra los herederos, si estos han aceptado ya (cfr. art. 19.2 LDCV y art. 440, 989 y 1003 CC). Pero como quiera que los efectos de los pronunciamientos del art. 21.3 LDCV suponen la gradación de créditos, incluyendo la posposición de rango de terceros no promotores del procedimiento, para evitar una falta de litisconsorcio pasivo necesario (art. 416.1.3º LEC⁶⁹), deberán ser llamados al procedimiento, aunque sea por edictos, la herencia yacente o los herederos del causante, los acreedores del causante, los acreedores de los herederos y otros legatarios del causante.

1.2. *Plazo*

Dentro de seis meses, a contar de la fecha del fallecimiento del causante. Cabe la duda si estamos ante un plazo de caducidad o prescripción. En-

⁶⁸ Los administradores ordinarios de la herencia antes de su aceptación, a falta de albaceas (art. 892 y ss. CC) son los herederos (art. 17.1, 19.2 LDCV y art. 999 CC). O los legatarios si toda la misma se divide en legados (art. 891 CC). Recordemos que estamos hablando de la ausencia de Comisario. Si este no actúa como le ordena el art. 43.3 LDCV la herencia yacente será demandada en la persona del mismo.

⁶⁹ STS, Sala 1ª, de 19-12-2007 “*Como señaló la Sentencia de 27 de enero de 2006, con cita de la de 4 de noviembre de 2002, y en igual sentido, las de 2 de abril y 18 de junio de 2003, “la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario exige llamar al juicio a todas las personas que, en virtud de disposición legal o por razón de la inescindibilidad de la relación jurídica material, puedan estar interesadas directamente o puedan resultar afectadas en la misma medida por la solución que se dicte en el proceso, por lo que se trata de una exigencia de naturaleza procesal con fundamento en la necesidad de dar cumplimiento al principio de audiencia evitando la indefensión, al tiempo que se robustece la eficacia del proceso mediante la exclusión de resultados procesales prácticamente inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio y se impiden”*. En este caso una declaración de grado o preferencia al cobro y una afección o gravamen sobre bienes hereditarios.

tiendo que es de caducidad, pues el fundamento de este tipo de perención automática por el transcurso del tiempo no es la mera “*extinción de un derecho*” (subjetivo), pues el derecho del acreedor o el legatario como tal no perece por no instar la separación de bienes (cfr. art. 888 y 1156 CC), sino la expiración de una mera facultad⁷⁰ o privilegio, a lo que hay que añadir que procede optar por la caducidad para dar seguridad al tráfico jurídico (cfr. STS, Sala 1ª, de 02-07-2002).

1.3. *Procedimiento*

Juicio declarativo⁷¹, pues este se aplica a toda petición que no tenga un trámite especial (art. 248.1 LEC). Sería deseable un proceso más ágil como un expediente de jurisdicción voluntaria⁷² o el de división de herencia pero encuentro obstáculos tales como que: a) no cabe discutir cuestiones complejas y contenciosas, que excedan de un somero análisis de los títulos, particularmente si el propio crédito del actor es atendible (por no constar en título ejecutivo o no ser reconocido por los hered-

⁷⁰ STS, Sala 1ª, de 10-11-1994, que es un plazo de caducidad pues su fundamento lo encuentro en que se trata de una de “*las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica*”. Cfr. STS, Sala 1ª, de 31-10-1978.

⁷¹ En Cataluña (art. 461-23) es un expediente de jurisdicción voluntaria. A falta de normativa procesal propia, el juicio declarativo es imperativo por aplicación de lo normado en el art. 248 LEC, cuando reza que toda contienda entre las partes que no tenga señalada por la Ley otra tramitación será ventilada y decidida en el proceso declarativo que corresponda. Ello entronca con la Jurisprudencia que establece que el juicio declarativo es procedente para decidir todas las cuestiones derivadas de la división de la herencia (STS, Sala 1ª, de 17-07-1994), y necesariamente si se le acumula una pretensión de cualquier otra índole (STS, Sala 1ª, de 06-11-1998), en este caso una declaración de preferencia al cobro y una afección o gravamen sobre bienes hereditarios. Al contrario, la Jurisprudencia ha declarado (STS, Sala 1ª, de 27-02-1995) que el proceso de división de herencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene naturaleza de jurisdicción voluntaria y su finalidad la constituye la partición del caudal hereditario, es decir, su inventario, avalúo, liquidación y adjudicación. Haya aprobación de los interesados o aprobación judicial, no se altera su naturaleza convencional.

⁷² A favor de esta solución GALICIA y ASÚA, *Deudas y Herencia*. Obra cit.

ros, p.ej.), la graduación de créditos⁷³ y su preferencia al cobro o la afectación o gravamen sobre bienes hereditarios en garantía de pago; y b) la imposibilidad de adoptar en (*a sensu contrario*, el texto de la LJV, art. 723 y 724 LEC y art. 21.3 y 43.3 LDCV y art. 56 y 57 LH), medidas cautelares claves para asegurar *erga omnes* la efectividad de lo que se acuerde en sede de separación de patrimonios.

1.4. Efectos

1.4.1. El Suplico: a) La formación de inventario como previo inseparable del beneficio de separación de los bienes por su propia esencia de identificarlos; b) la declaración de separación de los bienes de la herencia del patrimonio de los sucesores, hayan aceptado estos o no su llamamiento con efectos desde la muerte del causante (cfr. art. 998 y 1023 CC); c) determinación de rango o grado entre los acreedores de la herencia, esto es, su clasificación (art. 1921 y ss. CC) y su prelación (art. 1926 y ss. CC), y en su caso, entre estos y los legatarios, y de los legatarios entre sí (art. 887 CC); d) la declaración de exclusión a los acreedores particulares del heredero del derecho de cobro sobre la masa hereditaria hasta la total satisfacción de los acreedores hereditarios y legatarios; e) la declaración no confusión las deudas y créditos existentes entre el heredero y el causante, ni extinción de las correspondientes garantías (cfr. art. 1023 CC) hasta dicha total satisfacción de los acreedores hereditarios y de los legatarios; y f) la afectación de los bienes hereditarios para el pago preferente a los acreedores y legatarios solicitantes.

⁷³ Art. 1028 CC “*Cuando haya juicio pendiente entre los acreedores sobre la preferencia de sus créditos, serán pagados por el orden y según el grado que señale la sentencia firme de graduación...*”. Véanse los art. 1921 y ss. CC.

1.4.2. Medidas cautelares: El acreedor que tenga algún privilegio o garantía al cobro (art. 1921 y ss. CC) no precisará seguramente de medidas cautelares, como tampoco necesitará del uso del beneficio de separación de bienes. Será el acreedor del común al que convenga recurrir a la afección general sobre todos los bienes de la herencia, lo cuál deberá ser uno de los pronunciamientos de la futura sentencia, y se entenderá hecha desde la fecha de la misma (cfr. art. 587 LEC, art. 1923.4º CC y art. 42 y ss. LH) y sobre todos bienes inventariados en general. Ahora bien, dicha afección general no supondrá una hipoteca o afección tácita, pues así lo aclara el art. 21.3 LDCV (“*Al efecto el Comisario o, en su caso, el Juez, a petición de los interesados, procederá a la formación de inventario y adoptará las medidas de aseguramiento, formación de inventario, administración, custodia y conservación del caudal hereditario que procedan*”), por lo que para que la sentencia que en su día se dicte pueda perjudicar a terceros, habrán de solicitarse y obtener las correspondientes medidas cautelares (art. 727, ap. 4, 5, 6 y 11 LEC) a registrar bien sobre bien (cfr. art. 588 LEC).

A tal fin entiendo que la anotación preventiva de la demanda (art. 727.5º LEC y art. 42, ap. 4º y 7º y art. 44 LH) es la medida cautelar idónea como mero *aviso a navegantes* (art. 71 LH), advertencia a los terceros que estos quedarán vinculados por el resultado del pleito, sin anticipar todavía ningún otro pronunciamiento. La formación de inventario cabe anticiparla como medida cautelar (art. 727.4 LEC) pero no es tan útil, en mi opinión.

Cuando el art. 21.3 LDCV afirma “*Hasta tal momento (del total pago del acreedor o legatario preferentes) no se confundirán*

las deudas y créditos existentes entre el heredero y el causante, ni se extinguirán las correspondientes garantías”, debe entenderse en coherencia con los art. 570 y 731.1 LEC, de modo que las medidas cautelares se sustituirán por las que procedan en ejecución de sentencia y esta durará hasta la total satisfacción de los créditos (y legados concernidos), momento en que se levantarán los embargos, trabas y garantías.

1.4.3. No vencimiento de las obligaciones: Este mero privilegio al orden de cobro (cfr. art. 1921 y ss. CC) y prelación (cfr. art. 1926 CC) no supone un vencimiento anticipado de dichos créditos (cfr. art. 1125 CC). No obstante, si dichos créditos estuvieran vencidos, podrá acumularse la acción (art. 71 y ss. LEC) de condena a su pago (art. 5 LEC) y en consecuencia procederse a la ejecución en su día de la sentencia estimatoria que se dicte (art. 517 LEC y 70 LH)⁷⁴. Pero cabe que el acreedor que insta el procedimiento no tenga crédito aún exigible, en coexistencia con otros créditos vencidos o legatarios, todavía no pueda exigir el pago, en cuyo caso la ejecución deberá reflejar tal circunstancia (art. 552, ap. 2 y 3 LEC).

1.4.4. El privilegio al cobro del acreedor que insta el beneficio de separación (en su caso el legatario) se incardina en el art. 1923.4º CC y no altera el rango de preferencias de la Ley Concursal, ni del CC o la Ley Hipotecaria, como es de leer al art. 21.3 LDCV (“*según su respectivo rango*”). En consecuencia, la preferencia para el pago preferente, se determinará y será precisamente uno de los pronunciamientos, en sentencia

⁷⁴ Apoyándose y sin solución de continuidad con el aseguramiento en vía cautelar (art. 731.1 LEC), incluso ejecución acumulada universal (art. 555.2 LEC), ejecuciones hipotecarias aparte (art. 555.4 LEC).

(cfr. art. 1028 CC) conforme a los art. 1921 y ss. CC, de modo que: 1º.- habrá una serie de acreedores con privilegio especial sobre bienes muebles (art. 1922 CC) y otros con privilegio especial sobre inmuebles (art. 1923 CC), a todos los cuales interesará personarse en el procedimiento, pero cuyos derechos no se mermarán en general (hipoteca, prenda, anticresis...) por el mismo. Entre ellos los acreedores con privilegio especial del art. 1923.4º CC, entre los que encontraremos normalmente a los que insten el beneficio de separación de bienes. Por debajo de estos quedarán: 2º.- los acreedores hereditarios sin privilegio especial que no hubieren solicitado el beneficio de separación de bienes (art. 1924.3º CC), 3º.- los legatarios de bienes troncales, que son siempre preferentes (art. 62.3, 69 y 70.1 LEC); 4º.- legatarios que hubieren solicitado el beneficio de separación de bienes (art. 21.3, pfo.4 LDCV y entre ellos por el orden del art. 887 CC y art. 50 y ss. LH⁷⁵); 5º.- legatarios que no hubieran solicitado la separación de bienes (art. 21.1 LDCV y art. 1027 CC y entre ellos por el orden del art. 887 CC) también según su rango; y 6º.- acreedores particulares de los herederos, cuyo rango y preferencia no entendemos objeto de este juicio.

- 1.4.5. Carácter constitutivo del procedimiento: Aunque la aceptación pura y simple se retrotrae *ex lege* (art. 1003 CC) a la delación (art. 17.2 LCV y art. 440 y 989 CC) y supondría la fusión de patrimonios, el beneficio de separación ejercitado

⁷⁵ Dispone el art. 50 LH que “*El legatario que obtuviere anotación preventiva, será preferido a los acreedores del heredero que haya aceptado la herencia sin beneficio de inventario y a cualquiera otro que, con posterioridad a dicha anotación, adquiera algún derecho sobre los bienes anotados; pero entendiéndose que esta preferencia es solamente en cuanto al importe de dichos bienes*”. Pero los plazos ilimitados o de 180 días, según los casos, que se imponen en preceptos anteriores de la Ley Hipotecaria han de entenderse reducidos a los seis meses (186 días) del art. 21.3 LDCV.

en tiempo y forma, enerva aquella, produce efectos retroactivamente desde la muerte del causante hasta la satisfacción de los acreedores y legatarios que lo ejercitan⁷⁶. En suma, en eso constituye la facultad de configuración jurídica de este beneficio. Obviamente, sin perjuicio de la rescisión por fraude, el beneficio no alcanza en sus efectos a terceros de buena fe (art. 464, 609 y 1298 CC, art. 85 Ccom y art. 34 LH).

1.7. Concurso de acreedores

Para que se declare la herencia en Concurso deben darse sus presupuestos de pluralidad de acreedores e insolvencia (art. 2.2 Ley Concursal) o muerte del causante ya concursado (art. 3.4 y 182.1 Ley Concursal). En dicho caso (art. 50 Ley Concursal y art. 98.1.1 LEC) se redirigirán a dicho proceso los acreedores, que serán pagados por los trámites y por el orden del Concurso, pues el concurso tiene *vis atractiva* en cuanto al proceso y en cuanto a sus preferencias al cobro (art. 89.2 de la misma, art. 21.3 LDCV, *in fine*). Por lo tanto, lo normal será que el beneficio de separación de bienes se solicitará cuando no haya insolvencia actual o futura de la herencia. En su caso, al acreedor no solicitante del beneficio de separación de bienes le interesará instar el concurso de la herencia si procediere (art. 3.4 Ley Concursal) para enervar los privilegios del beneficio de separación de bienes y obtener el correspondiente privilegio general en dicho proceso concursal (art. 91.7º Ley Concursal). Pero es una apuesta arriesgada por las costas (art. 20.1 Ley Concursal) y debe partir de la insolvencia generalizada de la herencias yacente (art. 1.2 y 2 Ley Concursal).

1.8. El beneficio de separación de bienes y el beneficio de inventario

El beneficio de separación de bienes produce para el heredero efectos equivalentes a la aceptación a beneficio de inventario (cfr. art. 1023 CC),

⁷⁶ A favor, implícitamente, ASÚA en *Deudas y Herencia*. Obra cit., pág. 124.

pues aparte del límite de responsabilidad *pro viribus* que le concede sin más el art. 21.2 LDCV, supone la separación de patrimonios y la no confusión de deudas entre causante y heredero hasta la total satisfacción de los créditos origen del beneficio de separación. Los efectos son distintos obviamente para los acreedores pues en el inventario notarial requerido para la aceptación a beneficio de inventario (art. 67 y 68 Ley del Notariado) no hay graduación o prelación de créditos ni afección a su pago. Por tanto, es posible que se solapasen ambos procesos, en cuyo caso siendo la formación de inventario para aceptar o beneficio de inventario o deliberar un Expediente Notarial, Jurisdicción Voluntaria⁷⁷ deberá archivarse una vez admitida a trámite la demanda de juicio declarativo de separación de bienes (art. 6.2 LJV).

1.9. ¿Es aplicable en Derecho Civil Vasco el sistema de anotación preventiva de legados y créditos de la LH?

Entiendo que ha de distinguirse en la normativa de la hipotecaria (art. 42 y ss. LH y 147 y ss. RH) entre la parte *orgánica* o normativa que regula la mecánica del registro de la parte *dogmática* o derechos subjetivos reconocidos, tanto en cuanto a sus requisitos (art. 47 a 49 LH), cuanto a sus efectos (art. 50 a 54 LH). La primera es totalmente aplicable como mecánica para registrar las afecciones que se acuerden en sede de separación de patrimonios. En cuanto a la parte *dogmática*, entiendo que no es aplicable porque si las medidas se adoptasen en el marco de una entrega de legados tradicional, uno a uno, *por goteo* (cfr. art. 19.3 LDCV), se perdería el debido litisconsorcio pasivo del procedimiento: la formación de inventario y la gradación de derechos del art. 21.3 LDCV exige se haga contradictoriamente. Dicho al revés, si se admitiera la separación *por goteo* (cuyo plazo es esencialmente idéntico a la separación de patrimonios) habría el riesgo sustantivo de separar bienes sin un adecuado procedimiento que parta del necesario inventario y el riesgo procesal de que

⁷⁷ Cfr. E.d.M., ap.V y art. 6.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

dentro del mismo plazo hubiera terceros otros que instasen el procedimiento de separación de patrimonios el cuál produciría efectos retroactivos a la muerte del causante y probablemente contradictorios con el proceso individualmente llevado, es decir, con resoluciones judiciales contradictorias. Añadamos que la LDCV también prevalecerá por los principios de especialidad, ser regulación posterior y partir de un paradigma de la sucesión en deudas hereditarias diferente: Como defiende KARRERA⁷⁸ el sistema de protección del legado en el CC parte de la supresión de la separación de bienes como tal procedimiento, aunque acreedores y legatarios son titulares del derecho de separación, pero mientras que los primeros pueden separar tanto la masa hereditaria como bienes singulares de la misma (art. 1068, 1034 y 1084 CC y art. 782.3 y 788.1 LEC), los segundos solo pueden optar a la separación de bienes concretos de la herencia, a través de la anotación preventiva de legados art. 42.7, 44, 47 y 48 LH. No obstante, los art. 50 a 54 LH podrán ser objeto de aplicación supletoria en cuanto a los efectos que predicen, por lo demás semejantes a los art. 1921 y ss. CC.

Y en cuanto a la anotación preventiva instada por los acreedores del causante, tras la muerte de este, entiendo igualmente por las mismas razones de litisconsorcio pasivo expuestas que deberán plantearse en los términos del art. 21.3 LDCV.

2. El beneficio de separación de patrimonios ejercitado ante el Comisario Foral

2.1. Introducción

Pendiente la designación de sucesores de cualquier capricho del Comisario, antes de que el acreedor del causante pueda reaccionar, verá fusionado el patrimonio hereditario con el del sucesor, sujeto a la agre-

⁷⁸ *Deudas y Herencia*. Obra cit. Pp. 207 y 208.

sión de sus propios acreedores particulares, con su consabida igualación de rango con estos. El acreedor hereditario lo podrá evitar si en seis meses desde la muerte del causante insta el beneficio de separación de patrimonios, en cuyo caso los sucesores instituidos por sucesión por comisario adquirirán los bienes hereditarios gravados con dicha afección.

No obstante, no es difícil conjeturar que al Comisario no le gustará la tesitura de proceder a la separación de patrimonios. Carecerá de medios, *autoritas* o *potestas* para llevar el expediente a los resultados posibles en vía judicial. Al Comisario interpelado para separar el patrimonio del causante le es más cómodo dejar pasar el plazo y que se frustre el beneficio de separación o bien que el acreedor recurra a la Justicia, por un lado. Por el otro, las resoluciones judiciales pueden interferir en su administración y en el ejercicio del poder testatorio (medidas de aseguramiento, formación de inventario, administración, custodia y conservación del caudal hereditario...). El Comisario dudará entre ambos extremos. El art. 43.3 LDCV le da al Comisario la oportunidad de que mantenga el control de la herencia sin estar a merced de acreedores hereditarios en cuanto a sus funciones, pero sin que pueda frustrarse el pago a los mismos. Igualmente lo previsible es que inste el expediente el legatario (obviamente no nombrado por el Comisario) o el acreedor con crédito no vencido ni privilegio especial sobre bienes de la herencia.

2.2. *Naturaleza*

Estamos ante un acto privado, particional en sentido estricto, pues lo son el inventario y liquidación de la herencia, (cfr. art. 43.3 LDCV, art. 1026 a 1028⁷⁹ CC y art. 786.2, ap. 1º y 3º LDC), y al efecto, el reconocimiento, clasificación y prelación al pago de los créditos.

⁷⁹ Art. 1026 CC “*Hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración. El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar*

2.3. Legitimación

Activa, igual que en el proceso judicial. Como no deja de ser un acto particional plasmable en un inventario entiendo que el Comisario podrá actuar de oficio⁸⁰ ex art. 34 LDCV, en cuyo caso, conforme a su ap.3, “*los presuntos sucesores y los acreedores de la herencia podrán impugnar el inventario pidiendo la inclusión de bienes omitidos o la revisión de su valoración*” y por la misma razón la exclusión de bienes u obligaciones. No hay propiamente legitimación pasiva, ni litisconsorcio pasivo, pues el Comisario no ejerce función pública ni dirime a partes contrapuestas.

2.4. Plazo

Dentro de seis meses, término igualmente de caducidad, a contar de la fecha del fallecimiento del causante, sin interrupción, prórroga o reanudación pues el art. 43.3 LDCV es terminante: “*Los acreedores hereditarios, dentro del plazo de seis meses, a contar de la fecha del fallecimiento del causante podrán solicitar al Comisario y, en su defecto, al Juez competente*”. O sea, si el comisario es renuente a iniciar el expediente habrá que acudir a los tribunales antes de seis meses desde la muerte del causante. Si da comienzo pero no concluye habrá que demandarle que concluya sus operaciones, acción sujeta al plazo de prescripción ordinario de cinco años (art. 1964 CC).

las acciones que a ésta competan y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma”. Art. 1027 CC “*El administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado a todos los acreedores*”. Art. 1028 CC “*Cuando haya juicio pendiente entre los acreedores sobre la preferencia de sus créditos, serán pagados por el orden y según el grado que señale la sentencia firme de graduación. No habiendo juicio pendiente entre los acreedores, serán pagados los que primero se presenten; pero, constanding que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución a favor del acreedor de mejor derecho*”.

⁸⁰ La SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 02-05-2018 acerca del art. 36 Ley 3/1992 dice sobre todo que el sucesor presunto no puede exigir más que un inventario, puro y duro, o mera relación de derechos y obligaciones. Pero no dice que el Comisario no pueda hacer más cosas en dicho inventario.

2.5. Procedimiento

Si existe Comisario, es preceptivo pedir la separación de patrimonios en primer lugar al mismo (“*podrán solicitar al Comisario y, en su defecto, al juez competente, la formación de inventario y la separación de los bienes de la herencia*”). El precepto no es alternativo, solo por imposibilidad o renuencia del Comisario, los acreedores y legatarios podrán pedirlo judicialmente, en cuyo caso procederá el beneficio de separación de bienes en sede judicial antes visto, cuyos efectos vincularán al Comisario⁸¹. Sin perjuicio de que se auxilie por terceros, el deber del Comisario es personalísimo e indelegable (art. 36.1 LDCV).

No prevé la LDCV qué formalidades habrá de cumplir el Comisario para dar satisfacción a acreedores y legatarios. El Comisario podrá por sus propios medios, por sí y ante sí, otorgar el documento público o privado que comprenda todas las actuaciones y declaraciones propias de la separación de bienes antes vistas. Pero entiendo conveniente, por analogía con la formación notarial de inventario y el procedimiento de división de herencia, tres fases: Convocatoria a acreedores y legatarios conocidos (mediante citación directa) y a acreedores desconocidos (mediante edictos) a junta en la que deben exhibir sus títulos y pretensiones. Celebración de junta con los que comparezcan, tratando de llegar a un acuerdo y, en caso contrario decidirá el Comisario. No es necesario pero sí conveniente una intervención notarial para dar fe de lo que allí suceda.

2.6. Efectos

El Comisario deberá cumplir estos deberes *ISeRa-ConfusA*⁸²: Formará inventario (cfr. art. 34 LDCV); declarará la separación de bienes heredi-

⁸¹ Que haya de recurrirse a la impugnación judicial (juicio declarativo) solo en caso de renuencia del Comisario (o desacuerdo con su inventario) es lógico por el papel primordial de este en la sucesión sujeta al Derecho Civil Vasco.

⁸² Inventario/SEparación de bienes /RAngo/CONFUSión (no confusión)/Afección al pago.

tarios, declarará la afección de estos para el pago preferente a los acreedores y legatarios que la hubieran solicitado; determinará el rango entre los acreedores de la herencia, y en su caso entre estos y los legatarios y de los legatarios entre sí; declarará la exclusión a los acreedores particulares del heredero del derecho de cobro sobre la masa hereditaria hasta la total satisfacción de los acreedores hereditarios y legatarios identificándolos; declarará; y no aplicará la confusión las deudas y créditos existentes entre el heredero y el causante (art. 1156, 1192-1194 y 1023 CC), ni podrá proceder a la extinción de las correspondientes garantías hasta la total satisfacción de los acreedores hereditarios y de los legatarios.

Podrá otorgar por sí y ante sí documento conteniendo todos esos pronunciamientos y separando y afectando los bienes a “*tenor del art. 43.3 LDCV*”, acto puramente de gravamen no de enajenación no prohibido por el art. 43.5 LDCV y permitido por el art. 20 LH y que por tanto entendemos inscribible sin necesidad de concurrencia de legitimarios, acreedores ni legatarios, aunque pueden convenirlo con el Comisario (cfr. art. 197 y 198 RH). Cuando haga la atribución patrimonial de un bien concreto este queda afecto al bien al pago de los créditos preferentes y legados en los términos fijados por el Comisario.

Entiendo con el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros que “*la partición por Comisario recibe de la ley que lo autoriza su fuerza de obligar, cual si fuera hecha por el propio testador, sin que sea preciso el consentimiento de los interesados, los cuales forzosamente habrán de pasar por ella mientras no sea anulada o rescindida por otra causa apropiada*” a decir de la STS de 17-04-1943 y recuerda la RDGRN de 23-01-1927 que “*al referirse a la eficacia de las particiones hechas por el contador-partidor establece que las operaciones particionales otorgadas en forma auténtica por las personas a quienes la ley confiere tal atribución crean un estado jurídico cuya presunta legitimidad únicamente puede ser impugnada ante los Tribunales...*”. También por analogía con el art. 43.3 LDCV.

Las medidas cautelares a adoptar lo serán previsiblemente porque se ordenen judicialmente en defecto de decisión del Comisario o acuerdo del mismo con el solicitante (cfr. art. 146 y 147 RH). Efectivamente el texto del art. 43.3 pfo. 4º LDCV prevé la vía judicial para su adopción cuando el Comisario no las adopte, pero en paralelo con la actuación de dicho Comisario, lo que no es extraño procesalmente (cfr. art. 722 LEC, en sede arbitral) y puede justificarse en el art. 149.1.6º CE, bajo la rúbrica especialidades procesales que se deriven de las peculiaridades sustantivas de los derechos de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, la previsible ágil actuación del Comisario que quiera cumplir con su deber hará normalmente innecesarias medidas cautelares.

Las afección de los bienes al pago de deudas del causante, cargas y legados durará hasta la total satisfacción de los créditos y legados concernidos, momento en que se levantarán los embargos, trabas y garantías. Sin embargo, mientras la formalización del levantamiento de dichas afecciones en el proceso judicial es claro a la vista del art. 570 LEC, las garantías adoptadas por el Comisario solo deberían ser alzadas, ora por convenio con el favorecido por la misma, ora judicialmente (cfr. art. 17 LH y art. 174 RH).

Por fin, si se declara la herencia en concurso, para lo que deben darse sus presupuestos de pluralidad de acreedores e insolvencia (art. 2.2 Ley Concursal), se redirigirán a dicho proceso los acreedores, que serán pagados por los trámites y por el orden del Concurso, pues el concurso tiene *vis atractiva* en cuanto al proceso y en cuanto a sus preferencias al cobro (art. 89.2 de la misma, art. 21.3 LDCV, *in fine*). Cesará entonces la administración del Comisario (art. 40.5 Ley Concursal), que pasará al Administrador Concursal quien procederá a la formación de inventario (art. 75 Ley Concursal) y el pago a través de convenio (art. 99 y ss. Ley Concursal) o de liquidación (142 y ss. Ley Concursal), aunque no la esencial función de designar sucesores (art. 30 LDCV), personalísima e indelegable que retiene el Comisario (art. 36 LDCFV). Por lo que esti-

mamos que el acreedor pedirá al Comisario la separación de bienes cuando no haya insolvencia actual o futura y su crédito todavía no esté vencido al fallecer el causante.

**Preterición de hijos sobrevenidos
(art. 48.4 Ley de Derecho Civil Vasco
y Derecho transitorio)
Comentario crítico a la Resolución de
la Dirección General de los Registros
y del Notariado de 12 de junio de 2017
(BOE de 5 de julio)**

DIEGO M^a GRANADOS DE ASENSIO
Notario

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de 12 de junio de 2017 resuelve el siguiente caso:

El causante, guipuzcoano con vecindad civil común cuando otorgó testamento con arreglo al Código civil en 1994, era divorciado e instituyó heredero a su único hijo, excluyendo a su *ex* esposa de la administración de los bienes que este heredase. Con posterioridad, nacieron otros dos hijos de otra relación, sin que el causante modificase su testamento.

El testador falleció en 2016, bajo la vigencia de la nueva Ley de Derecho Civil Vasco (LDCV), en vigor a partir del 3 de octubre 2015.

La RDGRN de 12 de junio de 2017 considera de aplicación como ley sucesoria la LDCV, al haber fallecido bajo la vigencia de dicha ley y con vecindad civil vasca, adquirida por aplicación de la LDCV, hecho que no se discute. Y resuelve la cuestión señalando que, respetada la legítima colectiva, es de plena aplicación el artículo 48 de la LDCV que, en

su apartado 4, dice que “la preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso equivale a su apartamiento”, conforme a lo cual, solo será heredero el hijo nombrado en el testamento, ya que sus otros dos hijos, al haber sido preteridos, se consideran apartados conforme a la dicción del art. 48.4 de la LDCV.

I. CRÍTICA DE ESTA RESOLUCIÓN

Discrepo del contenido de esta Resolución, pues entiendo que la preterición no es una cuestión de fijación de legítimas, como se deduce de la RDGRN, sino de voluntad testamentaria. El negocio jurídico ha de regirse en cuanto a sus elementos (consentimiento, objeto, causa) y a sus efectos por la ley del tiempo de su otorgamiento (DT 2^a CC). Y, por tanto, los efectos de la preterición deben ser los señalados en el art. 814, 2^o CC, que es la ley que corresponde al principio *tempus regit actum* con la única salvedad del “ajuste de legítimas” (art. 9.8 CC y DT 12^a CC), que, en este supuesto, solo se daría, en su caso, para reconocer la legítima de la nueva LDCV al cónyuge viudo. Aplicar una ley posterior al negocio jurídico anterior supone modificar la voluntad del otorgante.

Partimos de dos ideas generales:

Primera: la voluntad del testador no pudo ser la de apartar a los dos hijos sobrevenidos, posibilidad que era, además, imposible legalmente cuando otorgó el testamento. Podríamos decir que la finalidad o motivo del otorgamiento fue la que, por habitual, llamamos “cláusula del divorciado”, es decir, la exclusión del *ex* cónyuge en la administración de los bienes del hijo común; y que la causa de la institución a favor de ese *único hijo al tiempo de su otorgamiento* ha devenido falsa por el nacimiento posterior de otros dos (art. 767 CC), hecho al que el legislador da una especial trascendencia (vid. art. 644 CC o 139 CC Cataluña).

¿Fue voluntad del testador apartar a los dos hijos menores o mejorar o beneficiar al mayor? Evidentemente, no.

Segunda: ¿La voluntad del legislador vasco fue la de apartar de la herencia a esos hijos sobrevenidos? La contestación es la misma: evidentemente, no. La voluntad del legislador al aprobar la nueva Ley fue la de eliminar la legítima formal, al tiempo que establecía una legítima colectiva más reducida que la del Código civil. Pero no puede haber sido la de excluir a los hijos sobrevenidos, haciéndolos incluso de peor condición procesal que a los incursos en causa de indignidad.

Por tanto, ni la voluntad del testador ni la voluntad del legislador se corresponden con la solución dada por la resolución que comentamos. Esta resolución desvía la atención en sus fundamentos sobre ley sucesoria aplicable –la LDCV– y el cumplimiento de la legítima colectiva, lo cual no se discutía en la calificación registral; y no entra en absoluto en la interpretación de la voluntad del testador, que es donde precisamente se debe centrar la cuestión en la interpretación de cualquier testamento.

Porque es cierto y no se discute en la calificación registral que la sucesión de persona fallecida con vecindad civil vasca después del 3 de octubre de 2015 se rige por la nueva legislación del País Vasco y que la cuantía de la legítima se determina por dicha ley y que así resulta de las 2 y 12 del CC y 8^a de la ley 11/1981. Sin embargo, la RDGRN no da respuesta a ninguno de los defectos manifestados en la nota de calificación del Registro, incurriendo en incongruencia omisiva. Otra cosa diferente hubiera sido que, siguiendo lo declarado en la RDGRN de 13 de septiembre de 2001, el Centro Directivo se hubiera basado en la necesidad de que *la no intencionalidad de la preterición deba ser declarada judicialmente*, mediante la impugnación del testamento; pero no ha sido así.

Lo que se discute y la RDGRN no resuelve es la necesidad de interpretar la voluntad del testador y que, circunstancias posteriores ajenas a

esa voluntad puedan modificar su sucesión. El testamento no contenía desheredación ni apartamiento alguno: la voluntad, expresada en testamento otorgado bajo la vigencia del Código civil, ni fue la de apartar a los dos hijos habidos con posterioridad –ni siquiera contemplaba la posibilidad de tenerlos–, ni el apartamiento era posible legalmente cuando se otorgó el testamento. *No se pueden aplicar unas consecuencias legales posteriores a un testamento otorgado bajo una ley anterior* –con la salvedad del incremento de legítimas, conforme a la DT 12^a CC–. El apartamiento de esos dos hijos sobrevenidos, de seguir la doctrina de la RDGRN, se habrá producido, no por la voluntad del testador, que es como debe ser, sino por una modificación legal, operada más de veinte años después de otorgar el testamento, y, por tanto, totalmente imprevisible cuando fue otorgado, pudiendo ser de aplicación la doctrina del *error de derecho*.

II. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS INTERTEMPORALES

En el conflicto intertemporal o en el conflicto móvil en las sucesiones *mortis causa* hay dos momentos fundamentales: el del momento en que se otorgó el testamento o disposición sucesoria, que habrá de regirse por la ley vigente al tiempo de su otorgamiento (ley del testamento); y el del fallecimiento del causante, que determinará la ley reguladora de su sucesión (ley sucesoria). No hay contradicción ni quiebra del principio de unidad de la sucesión por el hecho de que la disposición testamentaria se interprete según la ley del testamento y la legítima se regule por la ley sucesoria. La ley sucesoria, en este caso la LDCV, regula la sucesión y fija el contenido o cuantía de la legítima, pero la voluntad del testador se interpreta según la ley del momento en que fue otorgado el testamento, cuando el causante planificó su sucesión. La RDGRN parece ignorar esta diferencia al aplicar los criterios de la ley sucesoria a la interpretación del testamento.

III. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LA NECESARIA CERTEZA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS Y PREVISIBILIDAD DE LAS SUCESIONES MORTIS CAUSA

El principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) “garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, y, asimismo, debe garantizar las normas sobre conflicto móvil del ordenamiento jurídico.

Dentro de estas últimas normas se encuentra el Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio, que, siguiendo la solución normativa del Convenio de La Haya de uno de agosto de 1989, establece soluciones para la movilidad personal y temporal, sobre la base de la certeza de las relaciones jurídicas y previsibilidad de las sucesiones mortis causa. Aunque el Reglamento se refiere a las sucesiones con elemento internacional, sus disposiciones forman parte del ordenamiento interno y sus principios son plenamente aplicables al supuesto que estudiamos.

El artículo 24.1 del Reglamento (UE) 650/2012 dice que “las disposiciones mortis causa distintas de los pactos sucesorios se registrarán, por lo que respecta a sus admisibilidad y validez material, por la *ley que, en virtud del presente Reglamento, habría sido aplicable a la sucesión del causante si este hubiese fallecido en la fecha de la disposición*”; y el art. 26 hace regirse la interpretación de las disposiciones mortis causa, *por la ley vigente al tiempo del testamento*. Dice el Considerando 48 del RUE 650/2012 que, “*para garantizar la seguridad jurídica* a las personas que deseen planear su sucesión, el presente Reglamento debe establecer una norma específica en materia de conflicto de leyes respecto de la admisibilidad y la validez material de las disposiciones *mortis causa*; para garantizar una aplicación uniforme de esa norma, el presente Reglamento debe enumerar los elementos que se deban considerar elementos

correspondientes a la validez material. Estos principios ya estaban implícitamente recogidos en el art 9.8 del CC: “las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, *si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última*”; es decir, se ajustarán las legítimas, pero no podrá modificarse la voluntad del testador apartando a los hijos sobrevenidos.

La necesidad de procurar la mayor certeza en las transmisiones mortis causa obliga a considerar la ley vigente al tiempo del otorgamiento y las soluciones conocidas que entonces pudieran derivarse de su interpretación. Lo cual implica que el testador pueda presumir que su disposición *mortis causa* producirá el efecto previsto para el caso de su fallecimiento conforme a la ley aplicable cuando fue otorgado, y que ningún cambio personal o legislativo pueda afectar a los elementos esenciales de la sucesión, si no es en beneficio de nuevos legitimarios o nuevas restricciones de herederos forzosos (a este respecto, arts. 82, 24, 25 y 26 del Reglamento y Considerando 80).

Por otra parte, la defensa de los derechos de las personas de entorno familiar del testador y de los menores y la interpretación favorable de cualquier norma jurídica al respecto, es observada por nuestra legislación (art. 29 y 644, 1^o CC, 139 CC Cataluña) y por las legislaciones de nuestro entorno, incluso en aquellas legislaciones no continentales, como la inglesa, que, sin recoger la legítima, sí reconocen *familiar provisions*, de obligado cumplimiento para el administrador sucesorio que liquida la herencia en beneficio del círculo del testador necesitado de protección. Protección que también se ha procurado jurisprudencialmente, como en la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 19 de abril de 2005, que hace hincapié en la solidaridad familiar como fundamento de las *partes reservadas*. Todo lo cual nos conduce a una delimitación legal siempre favorable a dicha interpretación, y no precisamente al contrario.

Se trata, pues, de una cuestión de interpretación del testamento, otorgado bajo unas reglas que ahora, por circunstancias ajenas a la voluntad del testador, modifican sustancialmente su sucesión.

IV. POR TANTO, LA LEY APLICABLE AL TESTAMENTO O DISPOSICIÓN SUCESORIA DEBE SER LA VIGENTE AL TIEMPO DE SU OTORGAMIENTO, AUNQUE SEA OTRA LA LEY SUCESORIA

En consecuencia:

1. La voluntad del testador es la regla suprema de la sucesión.

Es en todo caso la voluntad del testador la que se erige en ley de la sucesión, de acuerdo con los artículos 658 y 675 CC, siempre y cuando no contravenga los principios imperativos. No se comprende que la resolución que comentamos prescinda totalmente de valorar la presumible o más que probable voluntad del testador, que fue precisamente la alegación del Registrador en su nota de calificación.

2. Las disposiciones testamentarias son válidas y *deben surtir su efecto* conforme a la ley vigente al tiempo de su otorgamiento.

La voluntad del causante se manifestó en esta disposición y por tanto debe interpretarse con arreglo a la legislación vigente al tiempo de su otorgamiento, tal como reconocen distintas sentencias del Tribunal Supremo, como las de 29 de diciembre de 1997, 23 de enero de 2001, 19 de diciembre de 2006 o 31 de mayo de 2010.

La admisibilidad y la validez material del testamento se rige por el principio *tempus regit actum* y, por tanto, por la ley que habría sido aplicable a la sucesión del causante si este hubiera fallecido en la fecha de la disposición. Esta es la solución que, adoptada para los conflictos móviles por los arts. 9.8 CC y 24 R (UE) 650/2012, sería aplicable a los conflic-

tos intertemporales por tener el mismo fundamento. Y el apartamiento de los hijos sobrevenidos no era posible ni válido conforme a la ley del disponente en el momento del otorgamiento. El art. 48.4 LDCV no es una norma de Derecho transitorio, ni puede aplicarse retroactivamente.

La conservación de la validez (o invalidez) de la disposición *mortis causa* conforme a la ley del testamento, determinará también la de sus cláusulas: el régimen jurídico de cada cláusula o disposición se regirá también por dicha ley.

Un testamento o una disposición testamentaria nula según la ley del tiempo en que fue otorgada no adquiere validez automática por el hecho de cambiar la ley. Un testamento o una disposición testamentaria válida al tiempo de su otorgamiento conserva su validez aunque después cambie la ley (sin perjuicio de la adaptación a la legítima mayor que pudiera reconocer la nueva ley).

3. Las disposiciones testamentarias *deben interpretarse* atendiendo al momento de su otorgamiento.

Debe también tenerse en cuenta que la regla general en materia de interpretación testamentaria, como ha destacado la jurisprudencia, es que debe hacerse de conformidad con la legislación aplicable en el momento de otorgamiento del testamento (SSTS de 31 de mayo de 2010 y otras que cita, como las SSTS de 29 de diciembre de 1997, 23 de enero 2001 y 19 de diciembre de 2006, entre otras). Como afirman las SSTS de 29 de enero de 1985 y 26 de abril de 1997, la principal finalidad de la interpretación del testamento es investigar la voluntad real o al menos probable del testador, en sí misma, atendiendo incluso a circunstancias exteriores al testamento, es decir, se admite, con las debidas cautelas, la prueba extrínseca.

En la búsqueda de la voluntad más probable del testador, también ha admitido el Tribunal Supremo la aplicación de los principios recogidos en los artículos 1281 a 1289 sobre interpretación de los contratos, to-

mando en consideración “todo cuanto conduzca a interpretar la voluntad verdadera, captando el elemento espiritual *sin limitarse al sentido aparente o inmediato de las palabras* y basándose para tal indagación en los elementos gramatical, lógico –teleológico– y sistemático, mas sin establecer entre ellos prelación o categorías” (STS de 9 de noviembre de 1966). En este caso, la sobreveniencia de hijos es una circunstancia a tener en cuenta, y la no intencionalidad queda demostrada, como indica LACRUZ, y ha reconocido la jurisprudencia, *ex re ipsa*¹.

Si las disposiciones ordenadas conservan su validez (art. 9.8 CC) también habrá que entender incluidos los criterios interpretativos vigentes entonces. Téngase en cuenta que, como indica CALATAYUD SIERRA², entre la ley del título sucesorio y la sucesoria puede haber diferencias muy sustanciales, como es el caso que nos ocupa, y, si cambiáramos esa ley, podríamos estar deformando la voluntad del testador.

Como declaran la STS de 29 de diciembre de 1997 y otras posteriores, no cabe utilizar el argumento de que el testador, una vez surgido o conocido determinados hechos posteriores, pudo revocar el testamento si esa era su voluntad, y, si no revocó pudiendo hacerlo, era porque dicha voluntad no cambió.

Como hemos dicho, la solución de la DGRN dista de ser la que el causante pretendió cuando otorgó el testamento. No se trata de un problema de legítimas, como afirma la DG, sino de interpretación de la voluntad de un testamento que fue otorgado bajo unas reglas legales, y, ahora, por circunstancias ajenas a la voluntad del testador –el cambio legislativo– se pretende modificar radicalmente su sucesión.

¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis: “Elementos, V”.

² CALATAYUD SIERRA, Adolfo: “Conflictos interregionales entre los Derechos sucesorios españoles”, *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, 1999. “Instituciones de Derecho Privado, T.I, Vol 1º, *La eficacia temporal y espacial de las normas; la sucesión por causa de la muerte*. Ed. Thomson-Civitas, 2003.

4. Así pues, a modo de recopilación, podemos afirmar que:

La voluntad del causante es la regla suprema de la sucesión.

La validez de las disposiciones testamentarias se rige por la ley del tiempo en que fueron otorgadas. Una disposición sucesoria nula lo es *ex tunc* y no adquiere eficacia por el mero hecho de cambiar la ley sucesoria.

Las disposiciones testamentarias deben interpretarse y surtir su efecto atendiendo a los criterios interpretativos y a la legislación vigente en momento de su otorgamiento, aunque sea otra la ley de la sucesión. Lo contrario implicaría viciar el consentimiento e incurrir en error de derecho.

Y, en definitiva, no se puede considerar apartado a quien no lo fue, en contra de la voluntad del testador.

La aplicación de los principios generales de seguridad jurídica, de necesaria certeza y previsibilidad de las disposiciones mortis causa, de protección de las personas desfavorecidas, así como los de justicia y equidad llevan a la misma conclusión.

En este caso, no debería haberse aplicado el art. 48.4 LDCV retroactivamente a un testamento otorgado bajo la vigencia de la anterior ley. La preterición siempre resulta del otorgamiento de un testamento, y, si este fue otorgado bajo la vigencia de la ley anterior, no se le deberían haber aplicado las radicales consecuencias del apartamiento, que no era posible al tiempo del otorgamiento. Los hijos no han sido apartados por voluntad del testador, como sería lo procedente, sino por aplicación de una disposición legal posterior. Difícilmente cabe pensar que la intención del testador fuera la de apartar a los hijos menores sobrevenidos o, indirectamente, mejorar o favorecer al hijo mayor, sino más bien lo contrario. Deberían haberse aplicado los criterios interpretativos del tiempo del otorgamiento, lo que conduciría a la nulidad de la institución de heredero, heredando todos los hijos por partes iguales conforme al art. 814, 2º CC.

V. EL ARTÍCULO 814 CC: LA PRETERICIÓN COMO CUESTIÓN TESTAMENTARIA

El artículo 814 CC establecía en su redacción originaria la nulidad de la institución en caso de preterición. De las soluciones que da este precepto podemos deducir que la preterición es una cuestión testamentaria y se regula basándose en la probable voluntad del testador. La ley 11/1981, de 13 de mayo, modificó el precepto inicial de 1887, distinguiendo, con buen criterio, entre preterición intencional y errónea. Obsérvese la importancia que da el legislador a la probable voluntad del testador: en la preterición intencional interpreta el legislador que la voluntad del testador es dejar al preterido lo mínimo, nada si fuera posible; de ahí que establezca el mismo efecto que para la desheredación injusta; pero en la preterición errónea la interpretación de la voluntad del testador es distinta: no existe voluntad de beneficiar al nombrado y de desheredar o apartar al preterido y de ahí que establezca como efecto la nulidad de la institución.

Cabe afirmar, pues, que el artículo 814 CC, al tratar de la preterición errónea, da unas soluciones o presunciones *iuris tantum*, de cuál es la voluntad del testador. Por ello, esta podría ser la interpretación del testamento, incluso pese a la dicción literal del art. 48.4 de LDCV. No existe voluntad alguna de beneficiar a uno o de apartar a otros, sino que más bien hay que presumir lo contrario. En estos términos se pronuncia el artículo 139 de la CC Cataluña, incluso, en este caso, con presunción *iuris et de iure*.

La clasificación de la preterición en intencional y no intencional o errónea, realizada en la modificación del art. 814 CC por ley 11/1981 de 13 de mayo, se fundamenta en la presumible voluntad del testador, *equiparando la preterición consciente o intencional en sus efectos a una desheredación injusta tácita*: el testador no ha querido dejar nada al preterido intencional, ya que, como dice ROCA SASTRE, ambas coinciden en un punto fundamental, en el de que el testador no ha querido dejar nada al preterido intencionalmente y tampoco al injustamente desheredado; por

tanto, también deben producir los mismo efectos; y deben producir los mismos efectos porque la voluntad del testador es clara en los dos supuestos, siendo las disposiciones del testador que lesionen las legítimas de los preteridos intencionalmente o desheredados injustamente el obstáculo que encuentra la voluntad del testador para consagrar su validez; y su corrección se hacía en ambos casos aplicando el artículo 851 o confiéndole sus efectos, es decir, reduciendo o anulando la disposición con la cual se les había privado de la legítima y abriendo la sucesión intestada para la adjudicación en la partición de los bienes de los que injusta e ineficazmente les había privado el testador. Es decir, en la preterición intencional, la voluntad del testador es no dejar nada al preterido o, en último término, dejarle el mínimo posible.

Pero en la preterición errónea el supuesto es distinto. La voluntad del testador no fue desheredar o apartar a sus hijos. De ahí que el art. 814 CC, interpretando la más que probable voluntad del testador, establezca como solución la nulidad de la institución de heredero. Esta solución ha sido corroborada por la propia DGRN que, en Resolución de 4 de mayo de 1999, sobre una persona que instituye heredera a su cónyuge y posteriormente tiene hijos. Según esta resolución, que cita doctrina reiterada, tanto del TS como de la DGRN (SS. de 27 de mayo 1909, 7 de noviembre de 1935, RR. de 20 de mayo 1948, 30 de junio 1910, 31 de enero 1913, 10 de mayo 1950 y 14 de agosto 1959), la solución habría de ser la nulidad de la institución conforme al art. 814 CC.

VI. EL ARTÍCULO 48.4 LDCV Y SU POSIBLE INTERPRETACIÓN

Lo expuesto anteriormente salvaría la justicia y la voluntad del testador que otorgó su testamento con anterioridad a la LDCV. Pero, en testamentos posteriores, ¿podría salvarse la dicción literal del 48.4 de la LDCV en los casos de hijos sobrevenidos?

Una solución que salvaría la posible imprevisión, así como la justicia material, podría ser la de considerar que la preterición de hijos sobrevenidos, sobre todo si conviven con el testador, en rigor, no es preterición, ni intencional ni errónea, y debe tratarse como un supuesto específico, excluido del art. 48.4 LDCV, llámese *preterición sobrevenida no intencional* o de otra manera. El art. 48.4 LDCV sería aplicable a los preteridos al tiempo del testamento, pero no a los “sobrevenidos”, respecto de los cuales, por definición, no se da una voluntad *testamentaria* de apartar, pues no existían al tiempo del otorgamiento.

De seguir la solución propuesta, en caso de hijos sobrevenidos, los efectos del artículo 814 CC se deberían producir aunque el testamento se hubiera otorgado bajo la vigencia de la LDCV, en virtud de la remisión de su artículo 3, pues no estamos sustancialmente ante un error o preterición errónea, en el sentido que ha sido tradicionalmente examinada, sino que nos encontramos ante un tipo de preterición que no cabe calificar de intencional, pues no existe la voluntad o intencionalidad, y tampoco es errónea, pues no hay error en un hecho que no se ha producido: el error solo puede referirse a hechos pasados o presentes, de suerte que la aparición de herederos forzosos sobrevenidos lo que constituye es una alteración de las circunstancias y una imprevisión, a la vista de ese cambio, que da lugar a una falta de voluntad testamentaria. No existe una voluntad de apartar, ni expresa, ni tácita ni presunta. Pensemos, por ejemplo, en un testamento de una persona soltera a favor de sus padres o de un hermano y que, al cabo de los años, tiene hijos: ¿se entenderán apartados estos hijos, dada la literalidad y rigor del art. 48.4 LDCV, recibiendo los hijos solo el tercio de legítima colectiva?

Lo que ocurre es que el nacimiento posterior de hijos no ha sido contemplado como una nueva figura o un tercer tipo de preterición porque sus efectos, hasta la LDCV, eran los mismos que los de la preterición errónea (art. 814 CC).

A partir de esta ley, sí podría contemplarse como un supuesto distinto, no incluido en los dos tipos anteriores de preterición intencional o errónea, pues no es ni lo uno ni lo otro, sobre todo a la vista de las radicales e injustas consecuencias que produce la estricta aplicación literal del artículo 48.4 de la LDCV.

Con esta solución se salvaría la dicción literal del artículo 48.4 de la LDCV. Lo que, en mi opinión, la LDCV ha pretendido con la introducción de este precepto es la eliminación de la legítima formal; pero de ahí a extraer consecuencias injustas y contrarias a la justicia y a la voluntad del testador, hay un abismo. Así como no es verosímil que la voluntad del testador fuera la de apartar a los hijos sobrevenidos, tampoco es verosímil que la voluntad del legislador fuera la de, en contra de la voluntad del testador, excluirlos de la sucesión. Las normas jurídicas han de ser justas y deben ser interpretadas buscando la justicia material, sin violentarla por una interpretación rígidamente formalista.

En conclusión, *de lege ferenda*, sería necesario un desarrollo del artículo 48.4 LDCV que aclarase esta materia. A mi juicio, la RDGRN comentada, aparte de desacertada e insuficiente, por no tratar el problema de fondo que se planteaba, da lugar a unas consecuencias no queridas por el testador ni seguramente por el legislador, contrarias a los principios básicos de justicia y seguridad jurídica y a los de protección familiar, por lo que esperamos que su doctrina sea corregida en futuros supuestos que se planteen. Por otra parte, no olvidemos que la DGRN, sin perjuicio de su alto valor en la interpretación de las normas, es un órgano administrativo que ha resuelto sobre la inscripción o no en el Registro de la Propiedad en un caso concreto, pero la jurisprudencia definitiva habrá de ser establecida por los tribunales.

Txekearen araubide juridikoa

JOSU J. SAGASTI AURREKOETXEA

Merkataritza Zuzenbidearen irakasle titularra

Euskal Herriko Unibertsitatea - Universidad del País Vasco

Europar Batasuneko Jean Monnet irakaslea

AURKIBIDEA: I. SARRERA, KONTZEPTUA ETA FUNTZIO EKONOMIKOA. II. ARAUBIDE JURIDIKOA. 1. Txekearen bidezko jaulkipenerako funtsezko oinarriak. 2. Txekearen formazko oinarriak. 3. Txekearen eskualdaketa. 4. Txekearen aurkezpena eta ordainketa. 5. Txekearen kentzea, ostea eta galtzea. III. TXEKEAREN BORONDATEZKO ETA DERRIGORREZKO ORDAINKETA. 1. Borondatezko ordainketa. 2. Derrigorrezko ordainketa. IV. AKZIOEN GAINBEHERA ETA PRESKRIPZIOA. V. TXEKE BEREZI MOTAK.

I. SARRERA, KONTZEPTUA ETA FUNTZIO EKONOMIKOA¹

Txekea diruzko banku-gordailuekin lotuta dagoen balore-titulua da. Txekea, gordailugileak banku-gordetzailearen kontra ikustean igorritako

¹ Oinarrizko bibliografia: ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo: *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 31 de Julio de 1995. Revocación del Cheque: Posición Jurídica del Librado en el Cheque: Extorno en Cuenta Corriente*, en «Revista de Derecho Privado. N.º.80», Madrid, 1996, págs.849-861; *Apuntes sobre la Responsabilidad del Usuario de Cheques derivada del Pago de un Cheque Falso o Falsificado*, en «Estudios sobre Consumo. N.º.48», Madrid, 1999, págs.163-169. BALDÓ DEL CASTAÑO, Vicente & CALAVIA MOLINERO, José Manuel: *El Cheque. Estudio Sistemático de la Ley del Cheque de 16 de Julio de 1985*, Praxis, Barcelona, 1987. BATLLE SALES, Georgina: *Pago del Cheque Falso. Responsabilidad del Banco*, Tecnos, Madrid, 1991. BOTANA AGRA, Manuel José: *Líneas Básicas del Régimen del Cheque en la Ley Cambiaria y del Cheque*, en «Actualidad Civil», Madrid, 1986, págs.2077-2095. CÁMARA MINGO, Luis María: *Notas sobre la Circulación del Cheque en la nueva Ley de 16 de*

Julio de 1985, en «La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía. N.º. 2», Madrid, 1986, págs. 1036-1048. CLIMENT DURÁN, Carlos: *La Responsabilidad Bancaria por el Pago de Cheques Falsificados*, en «Revista General de Derecho. N.º.596», Valencia, 1994, págs.4947-4955. DE ARRILLAGA, José Ignacio: *El Cheque Turístico*, en «Anuario de Derecho Civil. N.º.1», Madrid, 1961, págs..59-119. FORNIÉS BAIGORRI, Ascensión: *Estudio del Cheque en la Ley Cambiaria de 16 de Julio de 1985*, Zaragoza, 1986. GALÁN CORONA, Eduardo: *El Cheque Postal de Pago. Consideraciones sobre su Régimen Jurídico*, Universidad de Salamanca, 1979; *Notas sobre la Nueva Regulación del Cheque*, en «Actualidad Civil», Madrid, 1986, págs.2229-2241. GARRIGUES, Joaquín: *Sobre el Concepto del Cheque y del Contrato de Cheque*, en «Revista de Derecho Mercantil. N.52», Madrid, 1954, págs.7-26. GIRGADO PERANDONES, Pablo: *En torno a la Denominación de Cheque como Requisito Esencial y la Validez frente a Terceros de la Confirmación de un Cheque por Persona No Autorizada*, en «Revista de Derecho Bancario y Bursátil. N.º.71», Madrid, Julio-Septiembre, 1998, págs.875-908. GÓMEZ PORRÚA, Juan Manuel: *El Delito de Cheque en Descubierto y la Nueva Ley Cambiaria*, en «Revista de Derecho Bancario y Bursátil. N.º.23», Madrid, 1986, págs.581-620. GÓMEZ SEGADE, José Antonio: *La Confirmación Telefónica de Cheques*, en «Estudios de Derecho Bancario y Bursátil: Homenaje a Evelio Verdera y Tuells. Volumen II», coordinado por Antonio Polo Díez, Wolters Kluwer, Madrid, 1994, págs.1197-1210. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J.: *El Cheque Garantizado*, Sevilla, 1973. MAJADA, Arturo: *Cheques y Talones de Cuenta Corriente*, Santillana, Madrid, 1963. MARINA GARCÍA-TUÑÓN, Ángel: *La Responsabilidad por el Pago de Cheque Falso o Falsificado*, Lex Nova, Valladolid, 1993. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio: *Derecho Cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Civitas, Madrid, 1986. MILLÁN GARRIDO, Antonio: *Cheque y Postdatación*, en «Revista de Derecho Bancario y Bursátil. N.º.18», Madrid, 1985, págs.389-421. MOXICA ROMÁN, José: *Ley Cambiaria y del Cheque. Análisis de Doctrina y Jurisprudencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015. MUÑOZ MARTÍN, Noemí: *La Irrevocabilidad del Cheque*, en «Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez. Volumen 1», coordinado por Juan Luis Iglesias Prada, Civitas, Madrid, 1996, págs.1293-1320. MUÑOZ PAREDES, María Luisa: *Consideraciones sobre la Revocación del Cheque*, en «Revista de Derecho Bancario y Bursátil. N.º.112», Madrid, 2008, págs.97-119; *Efectos del Concurso del Librador y del Beneficiario sobre el Cheque Emitido*, en «Anuario de Derecho Concursal. N.º.18», Madrid, 2009, págs.145-167. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo: *Responsabilidad Civil Subsidiaria de Entidad Bancaria por Pago de Cheques Falsos o Falsificados*, en «Revista de Derecho Bancario y Bursátil. N.º.79», Madrid, 2000, págs.215-237. RAMOS HERRANZ, Isabel: *Verificaciones que ha realizado el Banco Librado con ocasión de Pago de Cheques*, en «Revista de Derecho Bancario y Bursátil. N.º.60», Madrid, 1995, págs.991-1042; *El Pago de Cheques como Servicio Inherente al Depósito de Fondos*, en «Derecho de los Negocios. N.º.58-59», Madrid, 1995, págs.1-8; *La Compensación Bancaria de Cheques: hacia el Sistema Nacional de Compensación Electrónica como Sistema Único*, en «Derecho de los Negocios. N.º.93», Madrid, 1998, págs.11-28; *Cheques Electrónicos*, en «Revista de Derecho Mercantil. N.º.229», Madrid, 1998, págs.1223-1250; *El Pago de Cheques. Diligencia y Responsabilidad del Banco*, Tecnos, Madrid, 2000. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE,

truke-letra gisa sortu zen, banku-gordetzailak arin ordain zezan². Txekearen helburua banku pribatuek zuten debekua saihestea zen, ez ziztaielako baimentzen banku-billeteak igortzea eskudiruaren truke. Anglosaxoi esparruan sortu zen eta ekonomia kontinentaletara pasatu zen; Espainian 1885eko Merkataritza Kodean arautu zen lehen aldiz [534-543. artikulua]; arauketa hau Kanbio eta Txeke Legeak indargabetu zuten [106-167. artikulua]³.

Txekearen funtzio ekonomikoa bere bi funtsezko ñabarduren bitartez uler daiteke errez; alde batetik, txekearen lotura diru banku gordailuekin edo fondoan erabilgarritasuna bakuan –zeinen kargura txekea igortzen baita– ematen duten kreditu-eragiketekin⁴; bestalde, ordainketa baliabi-

Juan: *Pago de Cheque Falso. Negligencia del Banco y del Titular de la Cuenta*, en «Revista de Derecho Bancario y Bursátil. N.º.35», Madrid, 1989, págs.641-669; *La Firma Estampillada como Causa de Nudidad (que no de Falsedad) del Cheque*, en «Revista de Derecho Bancario y Bursátil. N.º.81», Madrid, 2001, págs.163-183. SÁNCHEZ LORENZO, Sixto Alfonso: *Cheques y Cheques Especiales*, en Derecho del Comercio Internacional, Eurolex, Madrid, Eurolex, 1996, págs. 440-446. TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: *Irresponsabilidad del Banco por el Pago de un Talón Sustraído y Presentado con Defectos Formales (Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de Noviembre de 1983)*, en «Comentarios a Jurisprudencia de Derecho Bancario y Cambiario. Volumen I», coordinado por Francisco Javier Sánchez Calero & Juan Sánchez-Calero Guilarte, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1993, págs.403-432. VEGA PÉREZ, Félix: *Responsabilidad Bancaria por Impago Indebido de Cheque (Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, Sala 2ª, de 7 de Mayo de 1982)*, en «Comentarios a Jurisprudencia de Derecho Bancario y Cambiario. Volumen I», coordinado por Francisco Javier Sánchez Calero & Juan Sánchez-Calero Guilarte, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1993, págs.293-302. VÉRGEZ SÁNCHEZ, Mercedes: *La Responsabilidad del Banco frente al Tenedor del Cheque*, en «Estudios de Derecho Bancario y Bursátil: Homenaje a Evelio Verdura y Tuells. Volumen III», coordinado por Antonio Polo Díez, Wolters Kluwer, Madrid, 1994, págs.2723-2734. ZURITA Y SÁENZ DE NAVARRETE, Jaime: *El Régimen del Cheque en el Proyecto de Ley Cambiaria y del Cheque*, en «Revista de Derecho Bancario y Bursátil. N.º.16», Madrid, 1984, págs.717-736.

² Hau kontuan izanik, lege ingelesak honela izendatzen du. “Txekea bankari baten gainean eta bistara ordaindu behar den truke-letra da” –«*Bill of Exchange Act, 1982*»: 73.1 artikulua-.

³ Uztaillaren 16ko 19/1985 Legea, Kanbio eta Txekearena [KeTXL].

⁴ Kanbio-Legeak espresuki ezartzen du libratua banku bat izan behar dela [KeTXL 106.3 eta 108 artikulua]; gaur egun, kontzeptu hori kreditu-erakunde gisa ulertu

dea da –eta ez kreditu baliabidea–, fondo horien libratzaile titularrak erabili ahal duena bere zorrak ordaintzeko, eskudirua erabili gabe⁵. Zordunak hartzekodunari txeke bat ematen dio bere diru-zorrenaren zenbatekoarekin, funtsak dituen bankuaren gainean igorrita; modu honetan, hartzekodunak, txekoa eskuratzean, bai kobratu ahal du bera zuzenean bere leihatiletan, bai bere bankuari eman ere, honek kobrua kudeatzeko eta zenbateko hori hartzekodunaren banku-kontuan sartzeko. Hala ere, era berean, txekoa jasotzen duen hartzekodunak, txeke hori, gainera, bere zor bat ordaintzeko erabil dezake, bere hartzekodunari eskualdatuz.

Azken bi inguruabar hauek, txekearen funtsezko funtzio ekonomikoa diru-zorrak ordaintzeko baliabidea izatea dela adierazten dute; horrela, ez da beharrezkoa diru-paperik ematea, zein, egitez, ordezkatu egiten baitute ordainketa baliabide gisa, bai toki berean, bai toki ezberdinetan [naziokoak edo nazioartekoak]. Txekoa ere libratzaileak berak bankutik funtsak ateratzeko erabil daiteke –nahiz eta gaur egun funtzio hau oso gutxitan erabili–. Era berean, banku-terminologiak «txeke» izendapena banku batek beste banku baten gainean igortzen dituen txekeentzat gordetzen du, partikularrek bere bankuen gainean igorritakoak «ta-loiak⁶» izendatuz.

Txekeak daraman ordainketa agindua jasotzen duen bankuak, txekoa ordaindu egingo du, kobratzeko aurkezten baldin bada, edo hartzaileak bere kontu-korrontean ezartzen badu, hartzekodunaren bankuarekin

beharko litzateke: ez soilik Banku eta Bankarien Erregistroan inskribaturik daudenak, baizik eta beste edozein kreditu erakunde kidetua ere bai.

⁵ Kode Zibilaren arabera, ordainketaren eraginak ukandunak txekoa benetan kobratzen duenean baino ez dira burutzen –KZ 1170. artikulua–.

⁶ Agiri honek, Merkataritza Kodearen indar gabetutako 534. artikulutik 543. artikulura arteko edukia arabera, «taloj» izena jaso izan zuen. Kanbio eta Txeke Legeak, aldiz, –Merkataritza Kodeak ez bezala [534. artikulua]– ez du agiri hau definitzen. Hala ere, txeke bat igortzen duenak libratuari –kreditu-erakundeari– diru kopuru bat bistara ordaintzeko agindua edo mandatua adierazten dio [KeTXL 106.2].

konpentsazioz likidatu egingo du; edonola ere, bi kasutan libratzaileak nahiko funtsa izan beharko du –funtsa hornidura–.

Kanbio-legeak zenbait helburu ezarri ditu txekeari buruz; alde batetik, txekearen kobrantzan segurtasuna sendotu nahi izan du; bestalde, agiriaren tratamendu informatikoen zenbait ahalbide aurreikusi ditu; hirugarrenik, txekea doitasun prozesal handiagoz hornitzen du, bereziki betearazle judizioan –gaur egun, kanbio-judizioa⁷–; laugarrenik, Kanbio-legeak 1931ko «*Ley Uniforme de Ginebra*» deritzon legea barneratu du, nahiz eta zenbait berrikuntza edo desberdintasun ere gehitu.

Azkenik, gaur egungo teknologia aurrerapenak txekean –eta, oro har, balore tituluetan– eragina izan dute, horren erakuspen nabaria Argentinako Lege erreforma izanik. Erreforma honen bitartez, «*kartular*» izaera ez duten balore-tituluak sortzen dira; hau da, balore-titulu digital edo elektronikokoak⁸.

⁷ Txekea, bere zenbatekoaren ezinbesteko ordainketari dagokionez, truke-letrarekin erabat parekatzen da.

⁸ 2014ko Azaroaren 7ko 26.994 Legea, Argentinako Kode Zibil eta Merkataritza Kodea onesten duena –Lege hau 2016ko Urtarrilaren 1ean indarrean sartu zen–: “Títulos valores no cartulares ARTÍCULO 1850.- Régimen. Cuando por disposición legal o cuando en el instrumento de creación se inserta una declaración expresa de voluntad de obligarse de manera incondicional e irrevocable, aunque la prestación no se incorpore a un documento, puede establecerse la circulación autónoma del derecho, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1820. La transmisión o constitución de derechos reales sobre el título valor, los gravámenes, secuestros, medidas precautorias y cualquier otra afectación de los derechos conferidos por el título valor deben efectuarse mediante asientos en registros especiales que debe llevar el emisor o, en nombre de este, una caja de valores, una entidad financiera autorizada o un escribano de registro, momento a partir del cual la afectación produce efectos frente a terceros. A los efectos de determinar el alcance de los derechos emergentes del título valor así creado debe estarse al instrumento de creación, que debe tener fecha cierta. Si el título valor es admitido a la oferta pública es suficiente su inscripción ante la autoridad de contralor y en las bolsas o mercados en los que se negocia. Se aplica respecto del tercero que adquiera el título valor lo dispuesto por los artículos 1816 y 1819”. *Ikus MORA, Santiago J.: Letras de Cambio, Pagars y Cheques no Cartulares, Electrónicos o Digitales, en el Derecho Argentino*, en «Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. N° 46», Madrid, Enero-Abril 2018, pp. 1-22.

II. ARAUBIDE JURIDIKOA

Nahiz eta truke-letrarekin antzekotasun handia izan, Kanbio eta Txekearen Legeak txekearen arautze zehatza eskaintzen du bere 106.tik 167.ra artikuluetan, bidalketa prozedurarik erabili gabe⁹.

1. Txekearen bidezko jaulkipenerako funtsezko oinarriak

1. *Funtsen hornidura*. Txekearen lehen ñabardura libratzaileak, bere jaulkipenean, banku libratuaren manupean funtsak izatea da. Eskakizun honen zergatia hurrengo hau da; txekeak berehala ordaintzeko mandatua barneratzen du, bankuak txekea aurkezten den momentuan bete behar duena; beraz, bere ukandunaren interesa kalteturik gera daiteke aurkezpen unean funtsik ez balego. Txekearekiko konfiantza, ordainketa baliabide gisa, jaulkipen unean hornidura izatean datza; bestela, bankuak ez baitu ordainduko. Funtsa hornidura egongo da baldin eta banku libratua igorlearen zorduna bada txekean ezarritako zenbatekoan gutxienez. Hornidura hori gordailu eragiketaren bidez edo kreditu irekieraz edo bankuak igorleari emandako maileguaz sortu daiteke. Truke-letraren kasuan ez bezala, txekearen jaulkipen unean funtsa hornidura izatea txekearen bidezko jaulkipenerako funtsezko oinarria bihurtzen da legez – KeTXL 108. artikulua–, nahiz eta bere ezak txekea ez baliogabetu.

2. *Funtsaren erabilgarritasuna*. Txekea bidezko moduan igortzeko bigarren oinarria igorleak libratuaren manupean dauden funtsak bere kontra jaulkitako txekeen bidez erabili ahal izatea da. Ez da nahikoa libratuaren manupean funtsak izatearekin; ezinbestekoa da txekearen bitartez hauek erabili ahal izatea. Hau «txeke-zko» deritzon kontratuaren bitartez lortzen da –normalean, kutxa-zerbitzuarekin lotuta egoten da– eta bankuak bezeroari dagokion txeketegia ematen dionean azaltzen da; une

⁹ Ordaindukoarekin, aldiz, eragorpen teknika zuzenean erabiltzen du.

horretatik libratzaileak igortzen dizkion txekeak ordaintzera behartuta geratzen da, baldin eta igorle bezeroaren alde funtsa eskagarriak baditu¹⁰.

KeTXL 108.3. artikulua igorpen unean dagokion funtsa-hornidura egin gabe txekea jaulkitzen duen igorleari ondorio berezia ezartzen dio; hau da, kalte galeren ordainez gain, ukandunari, gainera, txekearen bete gabeko zenbatekoaren ehuneko hamarra ordaindu beharko dio; bi obligazioak kanbio-akzioaren bidez erreklamatu ahal dira, bai ohiko bidez –dagokion adierazpenezko judizioaren bitartez–, bai kanbio-judizio bidez –KeTXL 149.4. artikulua–. Titular berberaren izenean zenbait banku-kontu korrante baleude, funtsen hornidura izatea edo ez izatea txekea jaulkitzen den kontu korronteari buruz ezarri beharko litzateke; hain zuzen ere, bankuak emandako txeketegiaz zehazturik dagoenari buruz, titular berberaren banku-kontu guztiak elkarren artean lotzea erabakitzen ez den bitartean.

Hartzekodunak txekearen jasotzea onartzen duenean, beharrezkoa da galdetzea noiz sortzen diren ordainketa eraginak; hau da, zein unetan ulertzen den txekearen ematea justifikatzen duen obligazioa beteta geratzen dela. Gure Zuzenbide Positiboan erantzuna argia da: ordainketa eraginak ez dira betetzen txekea ematen den unean, baizik eta banku libratuak edo, honen ezean, igorle atzerakor obligatuak –edo endosatzaileak– txekea benetan ordaintzen dutenean. Horrela adierazten du Kode Zibileko 1.170.2. artikulua; artikulua honek, gainera, hurrengo hau ezartzen du; hau da, txekea diruzko obligazioa betetzeko ematen denean, bere betepena eskatzeko kausazko akzioa eten egingo dela, bere kobrua edo bere kaltetzea, hartzekodunaren erruz, gauzatu arte. Txekearen ematea *pro solvendo* –eta ez *pro soluto*– lagapena da.

¹⁰ KeTXL 108. artikulua: "... funtsak igorlearen eskura, ageriko edo isileko akordioaren arabera, zeinen bitartez igorleak halako funtsak txekearen bidez erabiltzeko eskubidea baitu".

2. Txekearen formazko oinarriak

Txekea formazko izaera duen balore-titulua da; beraz, bere aurkezpen unean legeak adierazten dituen funtsezko betekizun guztiak izan behar ditu –KeTXL 106. artikulua–. Horrela ez balitz, txekea izateari utziko lioke, kanbio-eraginak ez dituen dokumentu orokor bat bihurtuz –KeTXL 107. artikulua–, legeak berak aipamenaren hutsunea –truke-letraren kasuan bezala– zuzentzen ez badu.

KeTXL 106. artikulua arabera, bere funtsezko betekizunak hurrengoak dira:

1. *Jaulkipenari dagokionez*, agiriak «txeke» izendapena izan behar du –KeTXL 106.1. artikulua–; jaulkipen data [urtea, hilabetea eta eguna] eta lekua ere eduki behar ditu. Jaulkipen datak ukandunak txekea kobratzeko dituen aurkezpen epeak zenbatzeko balio du: hamabost egun, txekea Espainian jaulki eta ordaintzen baldin bada,; hogeitun egun, txekea Europan jaulki eta Espainian ordaindu beharko balitz eta hirurogei egun, txekea Europatik kanpo jaulki eta Espainian ordaindu beharko balitz –KeTXL 135 eta 136. artikulua–. Nahiz eta legeak ez aipatu, bankuek txekeak beraiek beren bezeroei eskaintzen dizkieten txeketegi berezien bitartez igortzea behartzen dute.

2. *Elementu pertsonalei dagokienez*, txekeak nahitaez hurrengoak adierazi beharko ditu: igorlearen eskuzko sinadura –KeTXL 106.6. artikulua eta Lehenengo Azken Xedapena¹¹; libratuaren izena, zein nahitaez banku edo finantzaketa erakunde bat izango baita –KeTXL 106.3, 108 eta

¹¹ Igorlearen ordezkariak sinatu ahal izango dute, baldin eta sinadura-aurrekoan egoera hori espresuki adierazten bada –KeTXL 116 eta 117. artikulua–.

2005eko Abenduaren 9ko Auzitegi Gorenaren Epaiak –AGE– hurrengo adierazten du: Merkataritza konpainiaren administratzaileek edo kudeaketa sozialaz aritzen direnak duten sinadura ahalmenak truke-letrak soilik barnean hartzen dituela eta ez dela txekeen jaulkipena egiteko ahaldunetara hedatzen.

159. artikulua- Legeak, txekea baliagarria izateko, ez du behartzen har-
tzailea zehaztea –KeTXL 111 eta 112. artikulua-.

3. *Txekeak bereganatzen duen obligazioari dagokionez*, legeak zenbatekoa edo kopurua moneta nazionalan –eurotan– edo kotizazio ofizialera bi-
hurtu daitekeen atzerritar monetan adieraztea agintzen du¹². Azkenik,
ordainketa egin behar den tokia aipatu behar da; dena den, aipamen hori
bankuek eskaintzen dituzten txeketegietan inprimaturik agertzen da.

Funtsezko klausula hauekin batera, aukerabideko klausulak daude –tru-
ke-letretan bezala–: gasturik gabe, endosua nire erantzukizunik gabe, bahian
emandako balorea, txeke gurutzatua, konformatuta edo bermatua, etab. Ha-
la ere, Legeak aukerako izaera esleitzen die aurreko paragrafoetan ezarritako
klausulak ez bezalako “txekean ezartzen diren” beste zenbait klausulei –
KeTXL 107.2. artikulua-.

Era berean, Legeak zenbait lege-konponbide aurreikusten ditu zen-
bait formazko akats osatzeko. Horrela izaten da bi kasutan; alde batetik,
ordainketa tokia adierazten ez denean, uste izaten da hura libratuaren
izenaren aldamenean agertzen den tokia dela; bestalde, jaulkipen tokia
ezartzen ez denean, hartzat igorlearen izenaren aldamenean agertzen den
tokia hartzen da.

Kanbio-letran ez bezala, Legeak txekean ezarritako edozein korritu
aipamena idatzi gabeko klausula bezala hartzen du –KeTXL 113. artiku-
lua- eta 119. artikuluan txeke zuria arautzen du.

3. Txekearen eskualdaketa

Balore-titulu oro bezala, txekea agiri eskualdagarria da; hala ere, or-
dainketa tresna –eta ez kreditu tresna– izateak eta, bereziki, aurkezpene-

¹² Zenbatekoa, legeaz, ez da nahitaz letraz eta zenbakiz batera ezarri behar. Edonola ere,
bien artean desadostasuna balego, *ikus* KeTXL 115. artikulua.

rako bere epea laburra izateak, bere eskualdagarritasunaren erabilera murriztu egiten dute.

Edozein balore-titulutan bezala, bere legea edo zirkulazio-araubidea, bere titularra izendatu den formaren menpe dago. «*Eramailearen txeeak*¹³» beren emate edo «*traditio*» hutsaren bitartez eskualdatzen dira, beraien edukinean inolako idatzizko borondate adierazpenik ezarri beharrik gabe – KeTXL 120.1. artikulua–. Edukitzaile hutsa zilegiturik dago libratuari kobrantza eskatzeko. Bestalde, «*Agindurako txeeak*» pertsona zehatza –bai «agindurako» klausularen bidez, bai horrelakorik gabe– adierazten dutenak dira eta endosuaren bidez eskualdatzen dira; hau da, agirian endosuaren adierazpenak edo betekizunak ezarriz eta endosu-hartzaileari emanik – KeTXL 121 eta 122. artikulua–. Gainerakoan, endosuaren bitartezko txekearen eskualdaketa araubideak, legeak kanbio-letraren eskualdaketa-entzatzat ezartzen duenarekin antzekotasun handia du –KeTXL 14-tik 24-ra eta 120-tik 130-era artikulua–. «*Zuzeneko txee izendunei*» dagokionez [«ez agindurako», «ez endosagarria» edo antzeko klausulak dituztenak], igorlearen borondatea hurrengo da; hau da, txeeak agirian bertan hitzez hitz adierazten den pertsonari soilik ordainduko zaiola. Kasu honetan, txeeak kredituen ohiko lagapenerako ezarritako formaz eta eraginekin baino ezin izango da eskualdatu –MK 347 eta 348. artikulua eta KeTXL 24 eta 120.3. artikulua–.

4. Txekearen aurkezpena eta ordainketa

Txeea aurkezpen titulua da; beraz, bere ukandunak aurkeztu behar dio libratuari bere helbidean, ordainketa eskatuz¹⁴. Gainera, «berreskuratzeko agiria» da; beraz, libratuak, ordainketa unean, jatorrizko titulua ema-

¹³ Legeak «*Eramailearen txeeak*» hurrengo modu honetan eratzen du, hau da, bai kobratzeko aurkezten den unean ukandunaren aipamenik ez duena, bai «*eramailearentzako*» aipamena edo bezalako terminoa duen txee izenduna –KeTXL 111. artikulua–.

¹⁴ 2004ko Abenduaren 10eko AGE.

tea eskatu ahal du eta libratuak txekea izateak hurrengo uste hau sortarazten du; hau da, berak bidezko ukandunari ordaindu diola.

Txekearen aurkezpenak, bera ordaindu ahal izateko, hurrengo ñabardurak ditu: Kanbio-Legeak txekea bistara ordaindua izateko printzipioa sendotu egiten du –KeTXL 134. artikulua–; ordainketarako aurkezpena epe samar laburretan egitea eskatzen da, nahiz eta epeak Merkataritza Kodearenak baino luzeagoak izan –KeTXL 135. artikulua–; txekea Konpentsazio Ganbara edo Ordainketa bidez aurkezteari eraginkortasuna ematen zaio –KeTXL 137. artikulua¹⁵– eta, azkenik, zatikako ordainaren ahalbidea sendotzen da, eramaileari halako zatikako ordainketa onartu beharra inposatuz –KeTXL 140.2. artikulua–.

Txekearen aurkezpena nahitaeztekoa da bere ordainketa lortu ahal izateko, baina ez du balio edozein aurkezpenak. Kobrantzarako aurkezpena eraginkorra izateko, araupeztokoak izan behar du; hau da, hark hurrengo inguruabarrak izan behar ditu: a) txeketegia igorri den libratuaren helbidean egiaztatzea, alegia, igorleak, bere esanetara, funtsak dituen erakundean; guztia hau txekea hirugarren baten helbidean ordaintzeko igorria izan ez bada –KeTXL 114. artikulua–; b) kobrantzarako aurkezpena egiten duen ukanduna txekearen edukizaille zilegia izatea –KeTXL 125. artikulua¹⁶–; c) txekea legeak eskatzen dituen funtsezko adierazpen edo klausula guztiak edukiz aurkeztea; d) azkenik, txekea, igorpen tokiaren arabera, legeak ezarritako epemugen esparruan aurkeztea –KeTXL 135, 136, 152 eta 160. artikulua–. Betekizun guzti hauek beharrezkoak dira txekea ukandunak libratuaren helbidean aurkezten duenean bere zenbatekoa dirutan jasotzeko. Aldiz, ukandunak bere bankuari ematen dionean –bere balioa bere kontuan ordaintzeko–

¹⁵.1994ko Martxoaren 30eko AGE.

¹⁶ Legitimazioa, txekea igorri den moduaren arabera –«eramaileari», «agindura» edo «zuzeneko txeke izenduna»–, ezberdina izango da; azken bi kasutan, bankuak ukandunaren identifikazioa eskatu beharko du, tituluan agertzen denarekin bat-datorren egiaztatzeko.

zenbait aldaketa izaten dira, bankuek elkarrekiko txekeekin egiten dituzten konpentsazioaren ondorioz.

Betekizun guzti hauek betetzen badira, ukandunak bere aurkezpen arretatsu egin beharra bete izango du. Txekea, bere aurkezpen soilaz, gal-dagarria da; beraz, aurkezpena ordainketarako eskatze askia da. Libratuak, era berean, tituluaren erregularitasun formala eta ukandunaren legitimazioa egiaztatu beharko ditu¹⁷. Beraz, hori egingo ez balu eta, aldiz, ordainketa egingo balu, bidegabeki ordainduko luke eta haren ondorioak jaso beharko lituzke. Legearen 141. artikulua bankuari beharrezkoa duen arreta betetzea ezartzen dio, endosatua izan den txekearen ukandunaren legitimazioa aztertuz –endosuen erregularitasuna egiaztatuz–, baina ez endosatzaileen sinaduraren benetakotasuna. Bestalde, Legearen 156. artikulua bankuari –beronen izaera profesionala dela-eta– txeke faltsu edo faltsutuen ordainketan erantzunkizuna ezartzen dio –nahiz eta fede onaz aritu¹⁸–, libratzailea erru edo arduragabekeria erori izan ezean¹⁹. Libratzaile eta banku libratuaren erruak batera gertatuko balira, jurisprudentziak kalte banatzearen alde egiten du, erruen konpentsazio doktrina dela-eta –% 50eko banatze ustetik abiatuz–²⁰. Era berean, bien errurik ez balego, kalte banku libratuak onartu beharko du, bai kontratu erantzukizun edo bai kontratuz kanpoko erantzukizuna direla-eta²¹. Honi

¹⁷ Endosu-hartzaile bati ordaintzen zaionean, endosu katearen erregularitasuna egiaztatu beharko da. Legearen 141. artikulua bankuari endosatutako txeke baten ukandunaren legitimazioa behar den bezalako arretaz egiaztatzea eskatzen dio, endosuen erregularitatea konprobatuz. Aldiz, ez dio eskatzen endosu-emaileen sinadura egiazkoa den ala ez zehaztea.

¹⁸ Bestek beste, 2005eko Irailaren 22ko eta 2007ko Martxoaren 29ko AGE-k.

¹⁹ Funtsean, legeak espresuki aipatzen duen txeketegiaren zaintza. *Ikus* 2014ko Apirilaren 4ko AGE.

Era berean, erabaki izan da bankua txekearen ordainketaren erantzulea dela, txekea sozietate libratzailearen enpleguak jaulkitzen duenean bere sinadura zigilatu ez eskuzko sinaduraren bitartez; kasu honetan, txekea ez da faltsua, deseuz baizik –2000ko Maiatzaren 17ko AGE–.

²⁰ 1994ko Uztailaren 18ko eta 1995eko Martxoaren 9ko AGE-k.

dagokionez, deusezak adierazi beharko lirateke –abusuzkoak baitira– banku libratuaren erabateko erantzukizun eza ezartzen duten klausulak²².

Legeak bere 135. artikuluan ezartzen dituen txeke ordainketaren aurkezpenarako epeei buruz zenbait azalpen eman behar dira. Lehenengoa: edukitzaileak txekea legeak ezarritako epeen barruan aurkeztu behar du; bestela, txekea kaltetu egingo da. Kalte honen ondorioei dagokionez, edukitzaileak bere zenbatekoa eskatzeko eskubidea galdu egingo du: endosatzaileei eskatzekoa, dena den –KeTXL 146.1. artikulua– eta libratzaileari eskatzekoa, libratuaren esku dagoen egindako hornidura desgertuko balitz libratua konkurtso egoeran adierazten delako –KeTXL 146.2. artikulua–. Azken kasua alde batera utzita, hurrengo egoera hau sortzen da; hau da, ea ordainketa egin ahal den epealdia amaitu ondoren. Erantzuna baiezkoa da, banku libratuak epea amaitu ondoren ordain ahal baitu –KeTXL 138.2. artikulua–. Hala ere, ondorio nagusia hurrengo hau da: epea igaro ondoren, txekea ezeztatu ahal da; beraz, posiblea izan litzateke bankuak –ordainketa egin nahi izan arren– ordainketa egiteko funts–hornidurik ez izatea. Aldiz, ezeztapena egiten ez bada eta bankuak kobrantza aurkezpenaren momentuan libratzailearen eskura funtsak baldin baditu –nahiz eta aurkezpena garaiz kanpo egin–, uste da libratua ordainketa egitera beharturik dagoela –KeTXL 108.2. artikulua–.

Txekea *post-daturik* dagoenean –jaulkipen dataren osteko beste bat ezartzen denean–, inplizituki libratzailearen borondatea hurrengoa dela uste izaten da: txekearen kobrantza aurkezpena atzeratzea txekean jarritako geroko datara arte²³. Hala ere, dudarik gabe, jokabide honekin txe-

²¹ 2003ko Martxoaren 24ko AGE.

²² 1/2007 LEGEGINTZAKO ERREGE DEKRETUA, 2007ko azaroaren 16koa, Kontsumitzaile eta Erabiltzaileen Defentsarako Lege Orokorren eta beste Lege Osagarri batzuen Testu Bategina onesten duena –KEDLOTB– 86. artikulua. *Ikus* 2009ko Abenduaren 16ko AGE.

²³ E.B.: Data hartan dagokien funtsa hornidura izango delakoan.

kearen funtzioa desnaturalizatu egiten da: ordainketa baliabidea izatetik kreditu tresna bihurtzen da; neurri batean, truke-letraren parekagarria bihurtuz. Horregatik, KeTXL 134. artikulua –Genevako Uniforme Legea jarraituz-, *post-daturik* dagoen txekea bere aurkezpen egunean –nahiz eta hau jaulkipen data gisa ezarrita dagoena baino lehenago izan– ordainduko dela ezartzen du. Kasu horietan, edukitzaileak adierazitako data baino lehenago aurkezteko ahalmena du eta bankuak bere aurkezpenean ordaindu ahal izango du. Funtsean hornidura ezaren ondorioak bere aurkezpen datara eratorriko dira.

Garrantzi handiko gaia da, ea, aurkezpen epealdiaren barnean, libratzaileak txekeak bere barnean daraman ordainketa agindua zilegitasunez ezeztatu ahal duen, bankuari bere aurkezpen unean ez ordaintzeko agindua emanik. Leheri latindarretan ezezko erantzuna izan da tradizioz nagusia, libratzailea edukitzailearen aurrean ezeztazinez loturik geratzen delako, bai txekea eman zionean adierazi zion ordainketa hitza, bai txekeak ebatze baliabide gisa duen konfiantza babestea direla-eta. Konponbide hau onartu daiteke ezeztapena bidegabea eta arbitrario bada, baina zehaztu egin behar da beste kasu batean; hau da, libratzaileak ez ordaintzea agintzen duenean, txekearen jaulkipena funtsatzen duen kausazko harremanak horrela justifikatzen duenean –e.b.: libratzaile-erosleak merkatugaiak jasotzen ez dituztenean edo hauek akatsak dituztenean–. Zentzu honetan, Kanbio eta Txeke Legea argia da, hurrengo hau ezarriz: aurkezpenaren lege-epealdiaren barnean libratzaileak egiten duen txekearen ezeztapen aginduak ez du eraginik izango –KeTXL 138. artikulua–. Honen ez du adierazi nahi ezeztapena ezinezkoa denik; soilik, ezeztapenaren eraginkortasuna aurkezpen epealdia amaitu arte eten egiten dela.

5. Txekearen kentzea, ostea eta galtzea

Legearen 154 eta 155. artikuluek txekearen galtzea, ostea edo suntsipena, edukitzailearen esku dagoenean, aztertzen dituzte. Edukitzaileak,

beste pertsona bati ordaintzea saihesteko eta bere titulartasuna aitortzeko prozedura judizialera jo dezake. Prozedura, 15/2015 Borondatezko Jurisdikzio Legeak [BJL] arautzen du –132. eta hurrengo artikulua²⁴–. Libratzailea baldin bada txeketegia galtzen duena edo berari osten bazaio, berehala jakinarazi beharko dio banku libratuari eta agirien ordainketen aurka jarri beharko da –KeTXL 138. artikulua–.

III. TXEKEAREN BORONDATEZKO ETA DERRIGORREZKO ORDAINKETA

Truke-letra bezala, libratuak –bankuak– txekea borondatez ordaindu ahal izango du aurkezpen unean, edo, hori ezean, edukitzailearen eskariaren ondorioz, libratzaileak borondatez ordaindu ahal izango du. Hala ere, gerta liteke beraietariko inork ere txekea borondatez ez ordaintzea; horrelakoan, edukitzaileak, prozedura judizialaren bitartez, derrigorrezko ordainketa galdatu beharko du.

1. Borondatezko ordainketa

Txekea banku-libratuari aurkezten zaionean, bi suposamendu ezberdin gerta daitezke.

Lehenik eta behin, bankuak txekea borondatez ordaintzen badu, libratzailearen agindua bete ez ezik, gainera, txekearen igorpena eragin zuen kausazko obligazioa betetzez iraungi egingo da –e.b.: erosketaren prezioaren ordainketa edo maileguz emandako kapitala bihurtu–. Kode Zibileko –KZ– 1170.2. artikulua azken honi dagokio. Hala ere, libratuaren ordainketak zeharkako beste zenbait eragin sortarazten ditu: txekearen sinatzaileen –endosatzaile, abal-emaile eta libratzaile– kanbio-obligazio atzeragarriak iraungi egiten ditu, nortzuk askatuak geratzen baitira, eta,

²⁴ Artikulu hauek KeTXL 85, 86 eta 87. artikulua indargabetzen dituzte.

libratzaile-libratuaren arteko harremanetan, bankuaren esku dauden libratzailearen funtsen erabilgarritasuna gutxitu egiten du.

Alabaina, eragin hauek bidezko ordainketak edo zilegiak baino ez ditu sortarazten; ez, aldiz, bankuak egin ahal duen beste edozein ordainketak. Hurrengo hauek dira bankuak egiten dituen bidezko ordainketak: a) Txekea formaz arautua denean –legeak ezartzen dituen betekizunak baititu–. b) Ordainketa lortu nahi duen edukitzaile legitimatari, eta ez beste edukitzaile bati, egiten zaionean, txekearen izaeraren arabera –«eramailleari», «agindura» edo «txeke izenduna»–. c) Libratuaren sinadura zinezkoa denean. Betekizun hauek ordainketan batera ez badaude, bankuak gaizki ordainduko luke eta ezin izango luke haren kopurua libratzailearen funtsen erabilgarritasunetik gutxitu.

Bigarrenik, gerta liteke bankuak txekea ez ordaintzea kobratzeko aurkezten denean²⁵; kasu honetan, edukitzailearentzat komenigarria da protestoa egitea ordainketa eza dela-eta. Halere, hurrengo hau gogoarazi behar da: bankua kanbio-obligatua izan ez arren –KeTXL 109. artikulua–, txekea ordaintzera beharturik dago libratzailearen agindura funtsak dituenean eta txekea erregulariki jaulkia izan denean –KeTXL 108.2. artikulua– Beraz, hurrengo kasuetan baino ezin izango du justifikazioz txekearen ordainketa ukatu: aurkezpenerako epealdia amaitu ondoren ezeztatua izan denean edo libratzaileak jakinarazten dionean edukitzaileak, nahiz eta itxurazko legitimazioa izan, txekea beronen jabea ez zenarengandik eskuratu duela –KeTXL 138.3 eta 154. artikulua–. Bankuaren ukapena justifikazio gabekoa baldin bada, libratzaileak dagokion erantzukizuna eskatu ahal dio kontratu ez betetze dela-eta.

²⁵ E.B.: Funtsa erabilgarri nahiko ez izatea edo libratzailearen sinadura zinezkoa den ala ez zalantzan dagoenean.

2. Derrigorrezko ordainketa

Gerta liteke edukitzaileak prozedura judizialaren bitartez ordainketa eskatu behar izatea –derrigorrezko ordainketa–, bankuak txekea aurkezpen unean ordaintzen ez duenean eta libratzaileak borondatezko ordainketa saiatzan duenean edota saiatzan ez duenean. Egoera honen araubide juridikoa zehazteko zenbait gai aztertu behar dira.

1. *Txekearen protesta*. Bankuak txekea, beronen aurkezpen unean, ordaintzen ez duenean, edukitzaileak –Kanbio-legeak adierazten duen diligentsia bete nahi baldi badu eta zeinen betetzean baitago eraso baliabide prozesalen erabilera– ordainketa ezaren ondorizko protesta egitea eskatu behar du –KeTXL 146.1.a) artikulua–. Kanbio eta Txeke Legeak –Genevako Uniforme Legea jarraituz–, bere 146. artikuluan, tradiziozko notario-protesto prozedurarekin batera, eragin berdinak dituzten beste zenbait ordezkotako prozedura ezagutu eta arautzen ditu: txekean, datarekin batera, banku libratuak ezartzen duen adierazpen soila edo konpentsazio sistema edo ganberaren adierazpen datatua, zeinean txekea lanegun epealdian aurkeztua eta ez ordaindua izan dela etzanarazten baita.

Protestoa, edo bere adierazpen baliokidea, txekea aurkezteko epealdia amaitu baino lehen egin behar dira. Hala ere, txekearen aurkezpena epealdiaren azken zortzi egunetan egiten bada, protesta, edo bere adierazpen baliokidea, aurkezpenaren ondoko zortzi egunetan aurkeztea posiblea izango da; horrela ezartzen du KeTXL 147.1. artikulua. Artikulu honek ere, legeak 51. artikulutik 56. artikulura arte truke-letrarentzat ezarritako duen araubide juridikoa ezarri egiten die ordainketa ezaren txeke protestoari, jakinarazpen beharrari eta «gasturik gabe-ko» klausulari.

Garaiz eta formaz egindako txekearen protestaok hurrengo eraginak sortarazten ditu: banku libratuak ordainketari uko egin diola egiaztatuz; protestoaren unean txekearen edukia frogatu; edukitzaileak endosatzaile eta abalemaileen kontra dituen akzio atzeragarriak mantentzeko nahi-

taezko betekizuna bete²⁶; banku libratuak bere ordainketa ukapenaren zergatiak sinesgarriro adieraztea posiblea egin –e.b.: funtsa hornidura eza– eta libratua notarioaren aurrean jaukitzea eta ordainketaren eskaintzea posiblea egin.

Protestoa, edo bere adierazpen baliokideak, egiten ez badira, edo epez kanpo egiten badira, txekea kaltetu egingo da. Horren ondorioz, edukitzaileak endosatzaile edo hauen abalemaileen kontrako kanbio-akzioa galdu egingo du.

2. *Txekearen derrigorrezko ordainketa eskatzeko akzioak*

2.1. *Kanbio-akzio atzeragarria.* Legearen 146-tik 153-ra arteko artikuluek eta 1/2000 Prozedura Zibilaren Legearen [PZL] 819. artikuluek hurrengo hau adierazten dute, hau da, ordaindu gabeko txekearen edukitzaileak truke-letraren ase gabeko edukitzailearen antzeko akzioak dituela, nahiz eta, beti eta kasu guztietan, akzio atzeragarri izaera izan –KeTXL 146.1.a) artikulua–. Hori dela eta, akzioak ezin izango dira banku libratuaren aurka zuzendu, hau –onarturiko truke-letran ez bezalaez delako obligatu zuzena eta nagusia edukitzailearen aurrean, ez baita txekearen onartzailea –KeTXL 109. artikulua–.

Akzio atzeragarria endosatzaileen –edota berauen abal-emaileen– aurka zuzendu daiteke, baldin eta txekea kobrantzara Legeak ezarritako epealdien barnean aurkezten bada –KeTXL 135 eta 136. artikuluek– eta, ordaindu ezean, garaiz eta formaz protestatzen bada. Akzioa, bai ohiko prozedura, bai kanbio-judizio bereziaren bitartez, aritu ahal izango da –PZL 819. artikulua eta hurrengoak–.

²⁶ Aitzitik, libratuaren kontrako akzioak mantenduko ditu, nahiz eta txekea garaiz ez aurkeztu edo protesta, edo bere adierazpen baliokidea, ez egin –KeTXL 146.2. artikulua–.

Era berean, akzio atzeragarri berdina libratzailearen kontra eragin ahal izango da, nahiz eta txekea kobrantzara legezko epealdien barnean aurkeztua ez izan edo, ordaindu ezean, garaiz eta formaz protestatua ez izan –KeTXL 146.2. artikulua–. Honela, libratzailearen egoera txekean trukeletraren onartzailearen antzekoa bihurtzen da, ordainketaren erantzule nagusi eta zuzen gisa.

Edukitzaileak Legearen 149. artikuluan ezartzen diren kopuruak eskatu ahal izango ditu –akzioa edukitzaileak aritzen badu– edota 150. artikulukoak –baldin eta akzioa txekea ordaindu duenak aritzen badu–; kasu hauetan, kanbio akzioa aritzeko ez da beharrezkoa izango libratzaileak eta endosatzaileek beren sinaduraren aldezaurretiko aitortze judizialik egitea –KeTXL 153 eta 66. artikulua–.

Libratzaile eta endosatzaileei buruz adierazi izan dena beren abalemailleei buruz esan daiteke hurrenez hurren, KeTXL 133. artikulua trukeletraren abalaren araubide bezalakoa baita –KeTXL 131. artikulutik 133. artikulura arte eta 35. artikulutik 37. artikulura arte–, salbuespen bat izan ezik: banku libratuak ezin du txekea abalatu.

2.2. Kausazko akzioa. Hartzaile-edukitzaileak akzio hau berarekin negozio edo kontratua –zeinen betepenerako txekea jaulki baizen– hitzartu zuen libratzailearen kontra edo, bere kasuan, txekea jason zuen endosatzailearen kontra –beti ere aipaturiko kausazko harremanaren ondorioz loturik baldin badaude– eragin ahal izango du²⁷. Hala ere, akzio hau txekea kaltetua izan ez denean baino ezin izango da erabili; hau da, garaiz eta formaz aurkeztua eta, ordaindu ezean, protestatua izan denean –KZ 1.170. artikulua–. Beraz, akzio hau libratzailearen kontra beti mantenduko da.

Bestalde, uste izaten da banku libratuaren kontra kausazko akzioa dagoela, bankuak, libratzailearen funtsa hornidura izan arren, txekea justifikaziorik gabe ordaintzen ez duenean –KeTXL 108.2. artikulua–²⁸.

²⁷ 2004ko Martxoaren 22ko AGE.

2.3. *Aberaste akzioa.* Normalean, akzio hau ezin izango da libratzailearen kontra erabili, txekea kaltetua izateak –aurkezpen edo protesto eza dela eta– ez baitio edukitzaileari libratzailearen kontra kanbio-akzioa burutzea galarazten; gainera, aberaste akzioa edukitzaile arduragabeari onartzen zaion azken baliabidea da, honek beste edozein akziorik erabili ezin duenean. Aberaste akzioa onartzeak ez luke zentzurik izango edukitzaileak ohiko kanbio-akzioa gauzatu ahal balu. Hala ere, KeTXL 153.2. artikulua txekeari truke-letrarentzat ezarritako aberaste akzioaren araubidea aplikatzen dio –KeTXL 65. artikulua–, beti ere kausazko eta kanbio-akzioak galdu izan direnean. Libratzailearen kasuan hau nekez gertatuko da, salbu eta halako akzioak preskribitu egiten badira.

IV. AKZIOEN GAINBEHERA ETA PRESKRIPZIOA

Legearen 157. artikulua dioenez, edukitzaileak txekeak jasotzen dituen akzio atzeragarriak endosatzaile, libratzaile eta gainerako obligatuen kontra sei hilabetetan preskribitzen dute, legezko aurkezpen epealdien amaieratik zenbatuz –KeTXL 135 eta 136. artikulua–²⁹. Aldiz, txekea ordaindu duenari darizkion akzioak gainerako obligatuen kontra sei hilabetetan preskribitzen dute, obligatuak txekea ordaindu duen egunetik edo bere kontra akzioa eragin den egunetik zenbatuz.

Legearen araubideari hurrengo ondorioak darizkio. Lehenik eta behin, preskripzio epealdiak truke-letrari darizkion akzioentzat ezarritakoak baino laburragoak dira, orokorrean –KeTXL 157 eta 88. artikulua–³⁰. Bigarrenik, preskripzio epealdiek eragina dute libratzaile, endosatzaile eta abalemaileen kontrako kanbio-akzioan, baina ez kausazko akzioan, zeinen preskripzioa

²⁸ 2006ko Apirilaren 7ko AGE.

²⁹ 1993ko Irailaren 30eko AGE.

³⁰ Egoera hau ulergarria izan daiteke, agian, txekea ordainketa eta ez kreditu baliabidea delako.

izaera zibileko akzio pertsonalen epealdia baita, azpiko kontratu edo negozio motaren arabera –KZ 1964. artikulua eta hurrengoak–. Hirugarrenik, libratzailearen kontrako akzioaren kasuan, preskripzio epealdi hauek txekea bai garaiz protestatua izan zein izan ez aplikatzen dira; aitzitik, protesto ezak endosatzaile edo abalemaileen kontrato akzio atzeragarrien gainbehera edo galtzea eragiten du. Laugarrenik, endosatzailearen kontrako edukitzailearen aberaste akzioak hiru urtetan preskribitzen du, kanbio akzioa amaitzen denetik zenbatuz –KeTXL 153.2 eta 65. artikulua–. Gauza bera gertatzen da libratzailearekin; hala ere, kasu honetan, aberaste akzioak ez du onurarik izango: alde batetik, libratzaileari dagokionez, txekea kaltetua izango ez delako dagokion aurkezpen edo protesto eza dela-eta; bestetik, edukitzailearen eskubidea txekearen ordainketa eskatzeko, kanbio edo adierazpenerako judizio prozeduraren bitartez, ez delako gainbeheratuko. Hala ere, libratzailearen kontrako aberaste akzioak bai izango du zentzua kanbio akzioek preskribitzen badute 157. artikuluaaren aplikazioaren ondorioz. Azkenik, adierazitako akzioen preskripzioa Kode Zibileko 1973. artikuluko egintza eta gertaerek eten egiten dute³¹.

V. TXEKE BEREZI MOTAK

Trafiko ekonomiko modernoaren beharrianek txeke mota berrien agerpena bideratu dute; hauek, zenbait ezaugarrien ondorioz, berezi modukoak har daitezke ohiko eredu edo eskemaren aurrean. Mota nagusiak hurrengo hauek dira.

1. *Txeke gurutzatua*. Txekearen libratzaile edo edukitzaileak txekea bere aurrealdean bi barra paraleloekin gurutzatu egiten du –KeTXL 143.1. artikulua–; barren artean zein bankuari ordaindu behar zaion adierazten da: a) Banku zehatz bati, bere izeneztapenaren bitartez identifikatuz –

³¹ Egoera honetan ez da Merkataritza Kodeko –MK- 944. artikulua aplikatzen –KeTXL 158.2. artikulua–.

«txeke gurutzatu berezia»-. b) Zehazten ez den banku bati, «banku» edo «konpainia» adierazpenak soilik ezarriz. c) Bi barrak soilik ezarriz, azken bidezko edukitzaileak libratuari kobrantzara aurkeztuko dion bankua aukeratu ahal izango du –«txeke gurutzatu orokorra»-. Kasu guztietan, txekea kobrantzarako aurkeztuko duena bankua baino ez dela izango ziurtatu nahi da. Honela, bidezko edukitzaile ez bezalako pertsonak txeke lapurtu edo galduak kobratzea ekidin nahi da. Helburu hau txekearen kobrantza kontu korronte batean ezarriz lortzen da; horrela, txekearen zenbatekoa kobratu izan duena identifikatu ahal da.

2. *Konpentsaziorako edo kontuan ordaintzeko txekea.* Txekete mota honek aurreko motaren bezalako eraginak ditu eta hurrengo kasuan izaten da; hau da, hartzailearen alde jaulkitzen da, beronek bere bankuari esleitzeko bere kontu korrontean zenbatekoa sartuz. Beraz, banku libratuak zenbatekoa eskudirutan ordaintzea ekiditen da –KeTXL 145. artikulua–.

3. *Bidaiarako txekea* –«traveller's check»-. Kanbio Legeak ez du arautu txekete mota hau. Txekete hau bankuak jaulkitzen du norbaiten alde izendun eran –zeinek normalean bere zenbatekoa bere jasotze unean ematen baitu–. Txekearen berezitasuna hurrengo da, hau da, bere titularrak banku igorlearen edozein agentzia edo sukurtsal –bai nazionala edo atzerriarra– edo bere korrespontsalen bulegoetan kobratu ahal izango duela. Horrela, bere bidezko edukitzailea bere izen abizenen bitartez ez ezik, bere bi sinaduren bitartez ere identifikaturik geratzen da –bata, igorlearen aurrean ezarriz eta, bestea, libratu-ordaintzailearen aurrean txekean bertan ezarriz bere ordainketa eskatzen den unean–³². Txekete hauek beren jaulkipen unetik zenbateko zehatza eta zehaztua dute.

4. *Adostutako txekete.* Txekete honek banku libratuaren adierazpena erantsia darama; adierazpenak txekearen benetakotasuna eta bere ordainketari aurre egiteko funtsa nahiko dagoela egiaztatzen ditu –KeTXL

³² Bidaietan, diruaren ordezt erabiltzen dira.

110.2. artikulua–. Adostasun adierazpena «ontzat emandako», «ados», «ziurtatua» edo antzeko beste adierazpen baten bitartez txekean ezarri beharko da eta data ere jarri beharko da. Neurri batean, banku libratu berak ordainketa bermatzen duen txekea da, adierazpena ezeztatzina baita –KeTXL 110.3. artikulua–.

Denbora epealdi jakin batean libratzailearen kontuan funtsak daudela egiaztatzen da eta, horrela, banku libratuak txekean aipaturiko zenbatekoa betetzeko behar den funtsa hornidura atxiki edo blokatzeko obligazioa du. Txeke honen helburuak, funtsean, bi dira; bata, hartzailea izan daitekeen pertsonaren konfiantza gehitzea, bankuak funtsak atxiki edo blokatu dituzenez txekea ordaindua izango dela ulertaraziz; bestea, merkataritza erakundeek diruaren ordezkotako ordainketa baliabide gisa onartzea gero eta gehiago. Bankuak funtsa hornidura gordetzeko obligazioa jasotzen du; beraz, ezin izango ditu horniduran eragina izan dezaketen libratzaileak geroago eman ahal dizkion jarraibide edo aginduak bete, ez eta horniduraren gainean konpentsazio edo antzeko beste egintzarik ere. Hala ere, bankuak onartzen duen obligazioa –batez ere funtsen atxikitzea– ez da mugagabea denboraz; adierazpenean edo, horren ezean, 135. artikuluan ezarritako epealdiaren epemugan amaitzen da; hau da, aurkezpenerako ezarritako epealdian –KeTXL 110.2. artikulua–³³.

5. *Bermatutako txekea*. Txeke honek txeketegia jaulkitzen duen banku berak egiten duen adierazpena erantsita du; adierazpenaren bitartez, txekearen bidezko edukitzaileari ordaintzeko obligazioa jasotzen du, bankuak eta bezeroak «bermatutako txekeei buruzko kontu korrante» kontratuan alde aurretik hitzarturiko zenbait betekizun betetzen badira –bereziki, gehieneko zenbatekoari buruz–. Txeke honen bitartez, banku libratuak txekea ordaintzeko bermea eta tituluan bertan bere sinadura ezartzeagatik «kartular» deritzon obligazioa jasotzen ditu³⁴. Libratuak kasu honetan onar-

³³ *Vide* 2007ko Martxoaren 6ko AGE.

³⁴ 1997ko Urriaren 19ko AGE.

tzen duen eginkizuna adostutako txekearena baino handiagoa da: adostutako txekean bankuak egintza bat baino ez du egiaztatzen –funtsak egotea–; aldiz, bermatutako txekeak ordainketa egiteko obligazio zuzena jasotzen du, funtsak egon zein egon ez. Ezaugarri honek eta onartzailearen antzeko egoera izateak, txeke mota hau espainiar Zuzenbide Positiboan onartua ez egotea eragiten dute –KeTXL 109. artikulua–.

6. *Banku txekea*. Txeke hau kreditu erakunde batek jaulkitzen du bere kontu korrontearen kontra beste erakunde batean edo libratzaile berberaren beste sukurtsal batean [1999ko Apirilaren 26ko AGE]³⁵. Legeria, dirudi, txeke honetaz ari dela KeTXL 112.c) artikuluan: txekea libratzaile beraren kontra jaulki ahal da, baldin eta titulua bere establezimendu ezberdinen artean jaulkitzen bada. Txeke honek, juridikoki eta formaz, ezberdintasun bakarra du ohiko txekearekiko; hau da, libratzaile beraren kontra jaulkitzen dela. Praktikan, aldiz, bere kobrantzarako aparteko segurtasuna ematen duen ordainketa baliabidea bihurtzen da, esku-diruaren bezalako funtzioa betetzen baitu³⁶.

³⁵ 2006ko Apirilaren 7ko AGE-k hurrengoa adierazten du: banku txekearen ordainketa obligaziozkoa dela eta ezin dela edukitzaile eta libratuaren arteko inolako azpi kontratu berri eta burujaberik eskatu.

³⁶ Normalean, txeke mota hau inoren zorrak kitatzeko jaulkitzen da –bankuari txeke honen jaulkipena eskatzen dioten bezeroen zorrak–. Hala ere, banku libratzaile berak sortu dituen zorrak ordaintzeko erabili daiteke.

BIBLIOGRAFÍA
BIBLIOGRAFIA
BIBLIOGRAPHY

Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral

(Josune López Rodríguez, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016)

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ

Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Deusto

El tema objeto de estudio de la presente monografía, de la Doctora Josune López Rodríguez, es la trata de seres humanos. Como se explica en la Introducción del libro, en un principio, los lectores podrían pensar que el tema escogido no es novedoso ya que la trata de esclavos y la esclavitud son fenómenos antiguos sobre los que se ha escrito mucho. Sin embargo, más allá de esta posible percepción inicial, la autora resalta la indiscutible actualidad de la materia y justifica pertinentemente la necesidad de emprender una investigación jurídica acerca de la misma. En efecto, se pone de manifiesto que las estimaciones oficiales sobre la dimensión mundial de la trata demuestran su preocupante vigencia y revelan, asimismo, el fracaso de las medidas adoptadas hasta el momento para combatirla. Por consiguiente, la elección del tema resulta acertada y oportuna.

Más concretamente, la autora decide centrarse en una modalidad específica de trata de seres humanos a la que no se le ha prestado suficiente atención, esto es, la trata de seres humanos con fines de explotación laboral. Al respecto, se avanza en el apartado introductorio que la trata es un fenómeno heterogéneo cuya finalidad última es la explotación de la víctima, una explotación que puede adoptar muy distintas

formas. Entre estas posibles formas, la explotación sexual es, sin duda, la más conocida y estudiada. Empero, es importante tener en cuenta que la trata también puede perseguir otras formas de explotación de los seres humanos igualmente graves, entre ellas, la explotación laboral. En consecuencia, se considera especialmente significativa la decisión de centrar la investigación en una modalidad de trata poco conocida y escasamente abordada por la doctrina como es la trata con fines de explotación laboral.

En base a estas premisas, el objetivo de la monografía radica en estudiar el significado jurídico de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral en el marco de la normativa internacional, regional y estatal. En este propósito reside, ciertamente, la originalidad de la obra. Precisamente, en el momento actual no existe en el panorama jurídico una definición consensuada sobre el alcance de la trata con fines de explotación laboral, una circunstancia que atenta contra el principio de seguridad jurídica.

Respecto de la estructura de la obra, esta se divide en dos partes que, a su vez, están integradas por distintos apartados. Asimismo, el libro incluye un apartado final en el que se sintetizan las ideas principales del trabajo y se exponen las conclusiones del mismo. La bibliografía y los respectivos anexos de legislación y jurisprudencia demuestran la diversidad de fuentes, nacionales e internacionales, en las que se sustenta el trabajo.

La Primera Parte, titulada *La trata de seres humanos: marco conceptual*, aborda, desde una perspectiva general, el estudio de la noción de la trata de seres humanos. La inclusión de este análisis preliminar encuentra su razón de ser en la necesidad de concretar, primero, el significado general de la trata, para poder analizar, después, el alcance preciso de una de sus modalidades.

En el marco de esta Primera Parte, en primer lugar, se examina el significado y alcance de la expresión “trata de seres humanos” en la normativa internacional y regional. En concreto, se estudia la definición de la trata

vigente en las Naciones Unidas, en el Consejo de Europa y en la Unión Europea, a la vez que se realiza un recorrido por la actuación de estos organismos en la prevención y lucha contra esta práctica ilícita. Sobre la base de estas definiciones, se describen los elementos que componen el fenómeno de la trata, a saber: la necesidad de llevar a cabo una acción determinada; el deber de emplear unos medios concretos que anulen la voluntad de la víctima; y la persecución de un fin concreto que consiste en la intención de explotar a la víctima. A este respecto, se puntualiza que la trata que afecta a los menores de edad solamente comprende dos de los elementos, esto es, la acción realizada y el fin perseguido.

Expuesto el significado de la trata en la normativa internacional y regional de referencia, en segundo lugar, se estudia el alcance actual de la trata en la normativa española. Al hilo de esta cuestión, se explica que el delito de trata de seres humanos se encuentra actualmente tipificado en el artículo 177 bis del Código Penal. Este precepto fue incorporado en el texto penal a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y ha sido recientemente modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Al respecto, explica la autora que, hasta su tipificación expresa, la trata de seres humanos venía subsumiéndose erróneamente en otros tipos delictivos. En relación con el significado actual de la trata de seres humanos, se lleva a cabo un análisis de la definición incluida en el artículo 177 bis del Código Penal y de dicho estudio se extraen determinados elementos que configuran el tipo de trata. Siguiendo los criterios de la normativa internacional y regional, el legislador español también hace alusión a los tres elementos mencionados anteriormente, es decir, a la acción, a los medios (salvo en el caso de los menores de edad) y a la finalidad. Ahora bien, a diferencia de las definiciones internacionales, el concepto incorporado en el Código Penal incluye una mención expresa al ámbito geográfico que desvela la necesidad de que exista una vinculación entre el delito de trata y el territorio español.

Y, en tercer lugar, se lleva a cabo un análisis comparativo entre la trata de seres humanos y otros fenómenos con los que tiende a confundirse. Concretamente, se distingue la trata del tráfico ilícito de migrantes, de la inmigración clandestina, de la esclavitud y de la prostitución. Este resulta un apartado interesante y de suma utilidad para evitar confusiones en la práctica.

La Segunda Parte, titulada *La explotación laboral como finalidad de la trata de seres humanos: delimitación de un concepto jurídico impreciso*, se focaliza en la modalidad de trata que persigue la explotación laboral de la víctima. Así, el objetivo de la Segunda Parte de la obra consiste en clarificar cuál es el alcance de la finalidad de explotación laboral en el concepto de trata de seres humanos. Precisamente, las definiciones analizadas en la Primera Parte determinan que el propósito de la trata es la explotación de la víctima y se limitan a enumerar, a modo ejemplificativo y con carácter de mínimo, una serie de conductas que deben considerarse formas de explotación del ser humano. Sin embargo, las definiciones no se refieren explícitamente a la “explotación laboral”, lo que dificulta la comprensión del alcance de esta modalidad de trata de seres humanos.

Para llevar a cabo este análisis, en primer lugar, se estudian detenidamente las formas de explotación mencionadas en la normativa internacional y regional que pueden tener una connotación laboral y que pueden considerarse formas de explotación laboral, a saber: los trabajos o servicios forzados (incluidas la mendicidad y la explotación para la realización de actividades delictivas); la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud; la servidumbre; y la explotación sexual. No obstante, se advierte que la lista de fines incluida en las definiciones internacionales y regionales tiene un carácter abierto y, por lo tanto, la explotación laboral no debe circunscribirse exclusivamente a las mismas. En este sentido, a los efectos de la normativa internacional y regional, la finalidad de explotación laboral debe interpretarse de forma extensa.

Y, en segundo lugar, se presta atención al significado de la explotación laboral como finalidad de la trata en el ordenamiento jurídico español. Al igual que las definiciones internacionales y regionales, el artículo 177 bis del Código Penal no alude expresamente a la “explotación laboral”. Por consiguiente, deben tenerse en cuenta los fines enumerados en dicho precepto para deducir qué significa esta expresión. Ahora bien, a diferencia de la normativa internacional y regional, en la que se incorpora una lista *numerus apertus* con posibles finalidades de la trata, la legislación española incluye una enumeración *numerus clausus* de los fines, lo que lleva a concluir que no cabe admitir otras finalidades distintas a las previstas de forma expresa. Entre los fines mencionados explícitamente, en la obra se consideran formas de explotación laboral los siguientes: la imposición de trabajo o de servicios forzados; la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad; la explotación sexual, incluyendo la pornografía; y la explotación para realizar actividades delictivas. Sin embargo, se advierte que el Código Penal no tipifica de forma autónoma dichas conductas, salvo la esclavitud como crimen de lesa humanidad, la utilización de menores para la mendicidad y la explotación sexual. Esta ausencia constituye un obstáculo para resolver el concurso de delitos en los supuestos en los que la finalidad de la trata llega a materializarse. Ante este vacío jurídico, la autora estudia la posibilidad de considerar los preceptos en los que se tipifican los delitos contra los derechos de los trabajadores y la disposición en la que se penaliza el trato degradante, y destaca, al mismo tiempo, las incoherencias que caracterizan al artículo 177 bis. Finalmente, se exponen cuáles son las principales disonancias respecto del alcance de la trata con fines de explotación laboral entre la legislación española y la normativa internacional y regional.

Por último, se recogen, a modo de recapitulación, una serie de conclusiones finales que contienen reivindicaciones importantes para avanzar en la lucha contra la trata con fines de explotación laboral. A grandes

rasgos, se expone la necesidad de concretar una noción de trata integrada por términos claros que permita ser traspuesta en las legislaciones internas de manera uniforme; asimismo, se insiste en la necesidad de diferenciar la trata de la finalidad perseguida con la misma; igualmente, se exige a la Comunidad Internacional la inclusión de la expresión “explotación laboral” entre los fines de la trata, así como su delimitación; y, además, se requiere al legislador español una reformulación de los fines de la trata.

A partir de la lectura sosegada de esta monografía, debe concluirse que la misma constituye una obra imprescindible para comprender el marco conceptual de la trata de seres humanos y, más concretamente, de la trata con fines de explotación laboral.

Novedades bibliográficas de la Academia / Akademiaren argitalpen berriak



30/01/2017

Título/Izenburua: *Familia eta oinordetza zuzenbidea*

Ed./Arg.: Andrés M. Urrutia Badiola

Colección Lanbideak Bilduma, 5.

Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal
Akademia-Gomylex, 2017.

Número de páginas/Orrialde kopurua: 349.

Don Andrés M. Urrutia Badiola, presidente de la AVD-ZEA, notario y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto ha publicado recientemente el libro citado. Sus destinatarios son los alumnos de grado y máster y los profesionales jurídicos en general que quieran acercarse a estas materias del Derecho Civil en euskera. El libro está actualizado y contiene las modificaciones legales más recientes, siendo fruto de la experiencia académica y profesional del autor. También está adaptado a las exigencias de la formación en competencias de Europa, para que sea un instrumento eficaz de enseñanza. Es el número 6 de la Colección “Lanbideak” de la Academia Vasca de Derecho y se ha publicado por esta institución y la editorial Gomylex.

Andres M. Urrutia Badiola jauna, AVD-ZEAREN burua, notarioa eta Deustuko Unibertsitatearen Zuzenbide Fakultateko irakasleak berriki-tan argitaratu du goian aipaturiko liburua. Argitalpen berri honen har-

tzaileak dira unibertsitateko gradu eta master ikasketen ikasleak eta, era berean, zuzenbidearen jardule teoriko zein praktikoak, zuzenbide zibilarren arlo horietara euskaraz hurreratu nahi direnak. Liburuaren edukia eguneraturik dago azken lege eraldaketen arabera eta egilearen aurretiazko eskarmentu akademiko zein lanbidekoa du oinarri. Orobat, Europa mailan unibertsitate irakaskuntzaren eskakizun berriei ere egokiturik dago, tresna eragingarria izan dadin. Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Lanbideak sailean 6. zenbakia du liburu berriak eta Akademiaren eta Gomylex argitaletxearen babespean argitaratu da.



31/01/2017

Título/Izenburua: *Ondareari buruzko zuzenbide berezia.*

Ed./Arg.: Andrés M. Urrutia Badiola.

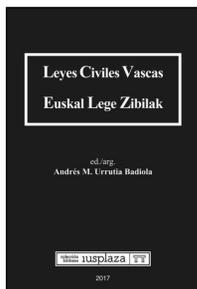
Lanbideak Bilduma, 7.

Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia-Gomylex, 2017.

Número de páginas/Orrialde kopurua: 299.

Don Andrés M. Urrutia Badiola, presidente de la AVD-ZEA, notario y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto ha publicado recientemente el libro citado. Sus destinatarios son los alumnos de grado y máster y los profesionales jurídicos en general que quieran acercarse a estas materias del Derecho Civil en euskara. El libro está actualizado y contiene las modificaciones legales más recientes, siendo fruto de la experiencia académica y profesional del autor. También está adaptado a las exigencias de la formación en competencias de Europa, para que sea un instrumento eficaz de enseñanza. Es el número 7 de la Colección “Lanbideak” de la Academia Vasca de Derecho y se ha publicado por esta institución y la editorial Gomylex.

Andres M. Urrutia Badiola jauna, AVD-ZEAren burua, notarioa eta Deustuko Unibertsitatearen Zuzenbide Fakultateko irakasleak berrikitan argitaratu du goian aipaturiko liburua. Argitalpen berri honen hartzaileak dira unibertsitateko gradu eta master ikasketen ikasleak eta, era berean, zuzenbidearen jardule teoriko zein praktikoak, zuzenbide zibilarren arlo horietara euskaraz hurreratu nahi direnak. Liburuaren edukia eguneraturik dago azken lege eraldaketen arabera eta egilearen aurretzako eskarmentu akademiko zein lanbidekoa du oinarri. Orobat, Europa mailan unibertsitate irakaskuntzaren eskakizun berriei ere egokiturik dago, tresna eragingarria izan dadin. Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Lanbideak sailean 7. zenbakia du liburu berriak eta Akademiaren eta Gomylex argitaletxearen babespean argitaratu da.



22/09/2017

Título/Izenburua: *Leyes civiles vascas-Euskal lege zibilak*

Ed./Arg.: Andrés M. Urrutia Badiola

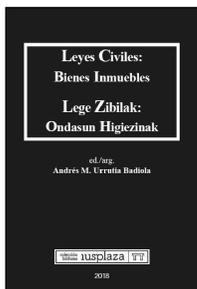
IUSPLAZA Bilduma

Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia-IVAP/HAEE-Gomylex, 2017

Número de páginas/Orrialde kopurua: 300

La Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademiak ha iniciado la publicación de la colección IUSPLAZA que tiene por objeto proporcionar los textos actualizados de la legislación vigente en la Comunidad Autónoma Vasca, junto con sus correspondientes índices analíticos, tanto en euskara como en castellano, utilizando para ello los soportes de su publicación en papel y a través de la página web www.iusplaza.com. En esta tarea, y al servicio de quienes operan en el mundo del Derecho, colaboran la Academia Vasca de Derecho y el Instituto Vasco de Administración Pública, con la participación de la editorial Gomylex. El primer volumen incluye las leyes civiles vascas vigentes.

Zuzenbidearen Euskal Akademiak hasiera eman dio bilduma berri bati, hain zuzen ere IUSPLAZA izenekoari. Bilduma berriak berebiziko helburua du, hain justu ere, Euskal Autonomia Erkidegoan indarrean dauden lege testuen edukia euskaraz eta gaztelaniaz eskaintzea, behar den bezala eguneratuak eta haiei dagozkien aurkibide analitikoak barneraturik. Xede horretarako erabili dira paperezko euskarria zein webgunea, www.iusplaza.com. Zuzenbidearen alorrean ari direnentzako zeregin horretan elkarrekin dihardute Zuzenbidearen Euskal Akademiak eta Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundeak, Gomylex argitaletxearen laguntzarekin. Lehen zenbakiak egun indarrean dauden Euskal lege zibilak barneratzen ditu.



25/04/2018

Título/Izenburua: *Leyes Civiles: Bienes Inmuebles / Lege Zibilak: Ondasun Higiezinak*

Ed./Arg.: Andrés M. Urrutia Badiola

IUSPLAZA Bilduma

Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia-IVAP/HAEE-Gomylex, 2018.

Número de páginas/Orrialde kopurua: 348

Pocas leyes serán objeto de una utilización tan frecuente dentro de la sociedad como la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal y la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Tanto en una ley como en la otra, lo que está en juego es el acceso a la vivienda por parte de los ciudadanos y las reglas de convivencia entre los diferentes titulares de las viviendas que comparten una serie de elementos comunes hoy en día imprescindibles para la vida moderna.

De ahí que en este segundo volumen *Leyes Civiles: Bienes Inmuebles / Lege Zibilak: Ondasun Higiezinak* de la Colección *Iusplaza* se ha procurado recoger con un criterio de utilidad, no solo la legislación dictada por el Estado en esta materia sino las disposiciones de diversa índole que se han promulgado durante estos últimos años en la Comunidad Autónoma del País Vasco y que resultan imprescindibles tanto para el operador jurídico como para el ciudadano interesado en el tema.

Todo ello conforma un nuevo volumen que mantiene las características primordiales de la Colección *Iusplaza*, a saber, el incluir los textos de las disposiciones normativas en versión bilingüe, castellano-euskera, euskera-castellano, abarcando la terminología y la dicción en ambas lenguas oficiales, que hoy son, siquiera en proporción diferente, instrumento de expresión y de aplicación del Derecho civil que se vive en la Comunidad Autónoma del País Vasco y que presenta en su realidad niveles de contratación arren-

daticia y utilización por las comunidades de propietarios, bien en forma oral, bien en forma escrita, de la lengua vasca que justifican una edición como esta, destinada a un público lo más amplio posible.

Una vez más, la Academia Vasca de Derecho – Zuzenbidearen Euskal Akademia y el Instituto Vasco de Administración Pública – Herri Arduraritzaren Euskal Erakundea, con la colaboración de la editorial Gomylex, ponen a disposición del público, tanto en papel como en la página web www.iusplaza.com un volumen de textos legales que son una herramienta básica para el quehacer diario de quienes trabajan en esta materia tanto en euskera como en castellano y, además, sirven de acicate para empresas posteriores.

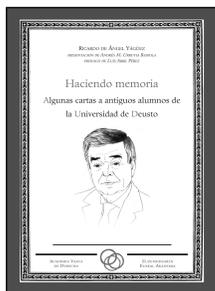
Maiztasun handiko erabilera dute, ezbairik gabe, liburu honetara ekarri diren bi lege hauek: 49/1960 Legea, uztailearen 21ekoa, Jabetza Horizontalarena eta 29/1994 Legea, azaroaren 24koa Hiri-errentamenduena. Batean zein bestean, jokoan dagoena argi dago, alegia, herritarren eskubidea etxebizitza duina izateko eta aldi berean batera dituzten osagai erkide batzuen gozamenerako araubidea moldatzea, etxebizitza desberdinen titularrei dagokienez. Horra, bada, egungo bizimoduaren ezinbesteko baldintza.

Esan gabe doa, beraz, *Iusplaza* Bilduma honen bigarren liburuan, *Leyes Civiles: Bienes Inmuebles / Lege Zibilak: Ondasun Higiezinak* titulupean bilbatu egin direla, erabilgarritasunaren indarrez, Estatuak berak emandako xedapenak eta orobat, Euskal Autonomia Erkidegoak azken urteetan eman eta argitaratu dituen xedapenak, ustez horiek batera ekartzeko ezinbestekoa dela, nahiz jardule juridikoarentzat nahiz gai honetan jakin-mina duen herritar ororentzat.

Hartara, liburu berri dator *Iusplaza* Bildumara, hain zuzen ere, bilduma horren ezaugarriak berrestera datorrena. Batetik, lege-testu oinarrikoak barneratzea eta gizarteratzea, molde elebidunean, gaztelania-euska-

ra, euskara-gaztelania, bi hizkuntza ofizial horien terminologia eta esamoldeak bilduz, bi-biak gaur egun Euskal Autonomia Erkidegoan aplikagarri den Zuzenbide zibilararen eramaileak baitira. Zer esanik ez, bai errentamendu arloan, bai jabe-erkidegoen eremuan badira, ahotsez zein idatziz, euskararen erabilera agerikoak, eta horiek ahalbidetzen eta egiaztatzen dute tankera honetako argitaraldia, jardule juridikoak ez ezik, herritar guztiak ere kontuan hartzen dituen.

Beste behin ere, Zuzenbidearen Euskal Akademiak eta Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundeak, Gomylex argitaletxearen laguntzarekin, berebiziko ekimena ondu dute gizartearen esku jartzeko, modu inprimatuan zein webgune bidez (www.iusplaza.com), lege-testuen liburu elebidun hau, gaztelaniaz eta euskaraz, eguneroko tresna izan nahi duena gizarte elebidun batentzat, eta bide beretik, geroko ahaleginen aitzindari eta bultzagilea.



12/06/2018

Título/Izenburua: *Haciendo memoria*

Ed./Arg.: Ricardo de Ángel Yágüez

Abeurrea Bilduma, 14

Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia.

Número de páginas/Orrialde kopurua: 384

El 7 de junio ha tenido lugar el acto de presentación del libro *Haciendo Memoria* del Socio de Honor de la Academia Vasca de Derecho don Ricardo de Ángel Yágüez. El acto se ha celebrado bajo la presidencia del autor del libro, don Ricardo de Ángel Yágüez, del autor del prólogo, don Luis Abril, del Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, don Juan Luis Ibarra Robles, del Decano del Ilustre Colegio Notarial del País Vasco, don Diego María Granados Asensio y del presidente de la Academia Vasca de Derecho, don Andrés Urrutia Badiola en la sede del Colegio Notarial del País Vasco.

Ekainaren 7an, Ricardo de Ángel Yágüez jaunaren, Akademiaren Oho-rezko Bazkidearen, *Haciendo Memoria* liburua aurkeztu da Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Prestuaren egoitzan. Ekitaldiaren mahaiburuak izan dira, besteak beste, liburuaren egilea, Ricardo de Ángel Yágüez jauna, sarre-raren egilea, Luis Abril jauna, Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiko lehendakaria, Juan Luis Ibarra Robles jauna, Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Prestuaren dekanoa, Diego María Granados Asensio jauna eta Zuzenbidearen Euskal Akademiaren lehendakaria, Andres Urrutia Badiola jauna.





6/09/2018

Título/Izenburua: *Praxis de Derecho civil vasco*

Ed./Arg.: Andrés M. Urrutia Badiola

Lanbideak Bilduma, 9

Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia-Gomylex, 2018.

Número de páginas/Orrialde kopurua: 592

La Academia Vasca de Derecho ha publicado el libro *Praxis de Derecho civil vasco*. El libro consta de 591 páginas y es un elemento imprescindible para la aplicación práctica de las Leyes 5/2015 y 7/2015 del Parlamento Vasco sobre Derecho civil vasco. Contiene 75 formularios de carácter notarial y extrajudicial, 62 de carácter judicial y procesal, 5 de Derecho hipotecario y 5 de Derecho sucesorio europeo, todos ellos relacionados con el Derecho civil vasco. El libro se ha elaborado por un grupo de juristas (abogados, notarios, registradores de la propiedad y magistrados) con la participación especial del Grupo de Estudio de Derecho civil vasco del Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia, todo ello bajo la dirección y coordinación de don Andrés M. Urrutia Badiola, notario y presidente de la Academia Vasca de Derecho.

Zuzenbidearen Euskal Akademiak *Praxis de Derecho civil vasco* liburua argitaratu du. Liburua Andres M. Urrutia Badiola jaunaren zuzendaritzapean egin da, jardule juridiko batzuen parte-hartzearekin. Liburu horren helbururik behinena da Euskal zuzenbide zibilaren aplikazioa erraztea eragile juridikoen aldetik, jardun praktikorako lanabesa eskainiz.



Título/Izenburua: *Derecho financiero y tributario foral vasco. Parte general*

Ed./Arg.: Andrés M. Urrutia Badiola

Lanbideak Bilduma, 7

Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia-Gomylex, 1^a ed. 2017 y 2^a edic. 2018.

Número de páginas/Orrialde kopurua: 400

Este libro analiza las peculiaridades del régimen tributario y presupuestario de los Territorios Históricos de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa, respecto al sistema de régimen común que dibuja la Ley General Tributaria. En este sentido, las Juntas Generales de los tres Territorios Históricos aprobaron sendas Normas Forales Generales Tributarias, que entraron en vigor a partir de 1 de julio de 2005 y que han sido reformadas sustancialmente en 2017. La obra comprende la parte general del Derecho Financiero y Tributario, siguiendo principalmente la sistemática de las Normas Forales Generales Tributarias. No obstante, el libro se centra básicamente en el tributo y todo lo que este lleva aparejado y únicamente le dedica a otros aspectos del Derecho Financiero, y no de forma exclusiva, dos partes: la primera referida a cuestiones introductorias y la última referida a los Presupuestos de los entes públicos, sin olvidar un análisis pormenorizado del Concierto Económico Vasco debido a su trascendencia para las Haciendas Forales y el Gobierno Vasco. El libro se publica dentro de la colección Lanbideak de la Academia Vasca del Derecho, con el número 8. La primera edición se publicó en 2017 y la segunda en 2018.

Liburu honetan Arabako, Bizkaiko eta Gipuzkoako Lurralde Historikoen tributu- eta aurrekontu-araubideko ezaugarriak aztertzen dira, Tributuen Lege Orokorrak zedarritutako araubide erkideko sistemarekin alderatuta. Ildo horretatik, hiru Lurralde Historikoen Batzar Nagusiek Tributuen Foru

Arau Orokor bana onetsi zuten, eta 2005eko uztailaren 1etik aurrera indarrean jarri ziren, 2017an sakon aldatu izan badira ere. Liburuak Finantza eta Tributu Zuzenbidearen zati orokorra jorratzen du, Tributuen Foru Arau Orokorrek ezarritako sistematika, ahal dela, jarraituz. Nolanahi den ere, liburu tributu gehienbat ardaztu da, bai eta tributuak berarekin dakarren guztian ere; Finantza Zuzenbideko gainerako alderdiei bi zati soilik uzten die, eta ez modu eskusiboan: lehenengoa, sarrerako kontuei buruzkoa, eta azkena, erakunde publikoen aurrekontuei buruzkoa. Bestetik, ezin ahatz daiteke Euskal Ekonomia Itunaren azterketa sakona, Foru Ogasuntzat eta Eusko Jaurlaritzarentzat duen garrantzia dela-eta. Amaitzeko, liburu Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Lanbideak bilduman argitaratu da, 8. zenbakiarekin. Lehenengo argitaraldia 2017an egin zen eta bigarrena 2018an.

NOTICIAS DE LA ACADEMIA
AKADEMIAREN ALBISTEAK

Crónica de la Jornada celebrada sobre «Contribución de las empresas y las Administraciones Públicas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral para conseguir la igualdad efectiva entre mujeres y hombres con fundamento en la corresponsabilidad»

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ

Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Deusto

El 18 de diciembre pasado, se celebró en el Salón de Actos del Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia la jornada «Contribución de las empresas y las Administraciones Públicas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral para conseguir la igualdad efectiva entre mujeres y hombres con fundamento en la corresponsabilidad», organizada por la Academia Vasca de Derecho y el Grupo de Estudio de Derecho Civil Vasco del ICAB y subvencionada por el Departamento de Empleo, Inclusión Social e Igualdad de la Diputación Foral de Bizkaia, en el marco del Decreto Foral 12/2018, de 20 de febrero, por el que se convocan subvenciones, durante el año 2018, a entidades sin ánimo de lucro que aborden proyectos para la realización de actividades dirigidas a la promoción de la igualdad de mujeres y hombres.

En la jornada participaron como ponentes, por una parte, los integrantes del grupo de investigación reconocido por el Gobierno Vasco «Cooperativismo, fiscalidad, fomento, relaciones laborales y protección social» de la Universidad de Deusto Francisco Javier Arrieta Idiakez, Alberto Atxabal Rada, Santiago Larrazabal Basañez, Eba Gaminde Egia, Gonzalo Martínez Etxeberria, Josune López Rodríguez e Itxaso Gallastegi Ormaetxea. Y, por

otra parte, los miembros del Grupo de Estudio de Derecho Civil Vasco del ICAB Alkain Oribe Mendizabal y José Miguel Gorostiza Vicente.

Durante la apertura de la jornada intervinieron la Diputada Foral de Empleo, Inclusión Social e Igualdad Teresa Laespada Martínez, la Vicedecana del Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia Patricia Bárcena García, el Vicepresidente de la Academia Vasca de Derecho Nazario Oleaga Páramo y la Vicedecana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto Mariola Serrano Argüeso.

Tras la apertura, comenzó la jornada con la intervención de Alberto Atxabal Rada, profesor titular de Derecho Tributario de la Universidad de Deusto, sobre el tema «Medidas fiscales para la conciliación laboral en los impuestos sobre la renta». En su intervención destacó que la conciliación laboral y familiar precisa de un apoyo por parte de los poderes públicos, que puede concretarse en el establecimiento de medidas fiscales que favorezcan la misma. Así, manifestó que el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) se convierte en el medio idóneo para acoger estas medidas dada la posibilidad que ofrece para subjetivizar la carga tributaria tomando en consideración las circunstancias personales del contribuyente a la hora de cuantificar el Impuesto a pagar. No obstante, matizó que junto a medidas que favorezcan la conciliación, existen en el IRPF otras medidas que pueden suponer un obstáculo al acceso al mercado de trabajo de la mujer casada o miembro de una pareja de hecho, como sucede con la actual regulación de la reducción por tributación conjunta, que debería suprimirse de forma gradual.

A continuación intervino Itxaso Gallastegi Ormaetxea, graduada en Derecho, becaria predoctoral del Gobierno Vasco e investigadora de la Universidad de Deusto, con el tema «Contratación pública y perspectiva de género: aplicación de cláusulas sociales para alcanzar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el empleo». Después de subrayar que la brecha de género en el ámbito del empleo sigue siendo una realidad en

España, manifestó que corresponde a los poderes públicos combatir la discriminación laboral que sufre la mujer y que, para ello, deben integrar la igualdad de trato y de oportunidades en todas sus actividades. En ese sentido, consideró que la contratación pública, desde un punto de vista instrumental y en clave del Estado social, puede contribuir a dicho objetivo. Por ello, su intervención giró en torno a la idea principal según la cual la incorporación transversal de cláusulas sociales en los contratos públicos constituye una sólida estrategia de actuación.

En tercer lugar intervino Josune López Rodríguez, profesora doctora de Derecho Social de la Universidad de Deusto, para presentar algunos de los resultados de la investigación llevada a cabo junto a Santiago Larrazabal Basañez, profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Deusto sobre el tema «Análisis jurídico de las situaciones de desprotección y riesgo de desprotección de las mujeres en el ámbito laboral: propuestas para avanzar hacia su empoderamiento». En concreto centró su exposición en el hecho de que en el ámbito de las relaciones laborales se dan con frecuencia situaciones que generan desprotección para las mujeres. Partiendo de dicha realidad abordó cuatro situaciones concretas, a saber: el trabajo informal, la explotación laboral, la trata de personas y el acoso laboral. Tras analizar dichas situaciones realizó propuestas para avanzar hacia la prevención de estas situaciones y hacia el empoderamiento de las mujeres.

En cuarto lugar, intervino Francisco Javier Arrieta Idiákez, profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Deusto, con el tema relativo a la «Concreción de las fases a contemplar por los planes de igualdad y propuesta de contenidos para cada fase como modelo a seguir». Así, tras referirse al concepto de plan de igualdad y a los fundamentos del mismo, centró la atención, primero, en la iniciativa para llevar a cabo dicho plan y en los costes y beneficios del mismo, para, después, abordar las correspondientes fases que deben darse a la hora de programar, implementar y evaluar un plan de igualdad, así como

los contenidos de cada una de esas fases. En ese sentido, se refirió al compromiso de elaborar un plan de igualdad, a la constitución de un comité o comisión permanente de igualdad, a la presentación del plan en la empresa y a los aspectos que deben reflejarse en el documento que lo sostiene, a saber, la descripción de la finalidad de plan, el marco jurídico de referencia, los conceptos de interés, el ámbito funcional, territorial y temporal de aplicación, el diagnóstico de situación, los concretos objetivos de igualdad a alcanzar y el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.

En quinto lugar, Eba Gaminde Egia, profesora doctora de Derecho Mercantil de la Universidad de Deusto y Gonzalo Martínez Etxeberria, profesor doctor de Derecho Constitucional de la Universidad de Deusto, intervinieron sobre el tema «La empresa cooperativa como marco idóneo para la concreción de las políticas de igualdad de género en materia laboral». En concreto, defendieron que el paradigma cooperativo constituye una de las vías en las que trabajar en aras de una igualdad real y efectiva en el ámbito laboral, a través de los valores de igualdad, equidad y democracia y de principios como la adhesión voluntaria y abierta o el control democrático por los socios/as, que deberán concretarse en acciones coherentes y ambiciosas dentro de cada cooperativa para que la igualdad sea una realidad constatable y no una simple aspiración.

En último lugar, Alkain Oribe Mendizabal y José Miguel Gorostiza Vicente, abogados y miembros del Grupo de Estudio de Derecho Civil Vasco del ICAB, abordaron el tema relativo a las «Iniciativas concretas desde la Abogacía encaminadas a mejorar la conciliación personal, familiar y laboral». En ese sentido, tras identificar los principales problemas que existen para materializar en la práctica el derecho a la conciliación en el ámbito de la abogacía, expusieron el trabajo que a lo largo de los últimos años se ha realizado desde el Colegio de la Abogacía de Bizkaia, mostrando, asimismo, multitud de buenas prácticas al respecto.

«Enpresek eta Administrazio Publikoek nola lagun dezaketen norberaren, familiako eta laneko bizitza uztartzen, emakumeen eta gizonen arteko berdintasuna eragingarria izan dadin, ardurakidetasuna oinarri» jardunaldia egin da

Iragan abenduaren 18an, Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsuaren Ekitaldi Aretoan «Enpresek eta Administrazio Publikoek nola lagun dezaketen norberaren, familiako eta laneko bizitza uztartzen, emakumeen eta gizonen arteko berdintasuna eragingarria izan dadin, ardurakidetasuna oinarri» jardunaldia egin zen, Zuzenbidearen Euskal Akademia eta Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsuko Euskal Zuzenbide Zibilari buruzko Ikerlan Taldeak antolatuta, eta Bizkaiko Foru Aldundiaren Enplegua, Gizarte Inklusioa eta Berdintasuna Sustatzeko Sailak diruz lagunduta, oinarri hartuta otsailaren 20ko 12/2018 Foru Dekretua, deialdia onesten duena, emakumeen eta gizonen berdintasuna sustatzeko proiektuak egiten dituzten irabazteko asmorik gabeko erakundeei 2018. urtean diru-laguntzak emateko.

Jardunaldian hizlari aritu ziren, batetik, Eusko Jaurlaritzak aitortutako ikerketa-taldeetatik Deustuko Unibertsitateko «Kooperatibismoa, fiskalitatea, sustapena, lan-harremanak eta Gizarte Babesa» ikerketa-taldeko kide diren Francisco Javier Arrieta Idiakez, Alberto Atxabal Rada, Santiago Larrazbal Basañez, Eba Gaminde Egia, Gonzalo Martínez Etxeberria, Josune López Rodríguez eta Itxaso Gallastegi Ormaetxea. Eta, bestetik, Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsuko Euskal Zuzenbide Zibilari buruzko Ikerlan Taldeko kide diren Alkain Oribe Mendizabal eta José Miguel Gorostiza Vicente.

Jardunaldia hasteko ekitaldian parte hartu zuten Enplegua, Gizarte Inklusioa eta Berdintasuna Sustatzeko Foru Diputatu Teresa Laespada Martínezek, Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsuko Dekanorde Pa-

tricia Bárcena García, Zuzenbidearen Euskal Akademiako Lehendakariorde Nazario Oleaga Páramok eta Deustuko Unibertsitateko Zuzenbide Fakultateko Dekanorde Mariola Serrano Argüesok.

Jardunaldiko hizlariei dagokienez, jardunaldia hasi zen Deustuko Unibertsitateko Tributu Zuzenbideko irakasle titular Alberto Atxabal Radaren «Norberaren, familiako eta laneko bizitza uztartzeko neurri fiskalak errentaren gaineko zergetan» hitzaldiarekin. Familia eta lana uztartzeak botere publikoen laguntza behar duela nabarmendu zuen. Halatan, beraren ustez, laguntza hori neurri fisikaletan mamitu daiteke, uztartze horren alde eginez. Pertsona Fisikoen Errentaren gaineko Zerga (PFEZ) halako neurriak jasotzeko tresna egokia izan daitekeela defendatu zuen, tributu-zama banatzeko aukera ederra ematen duelako zergadunaren inguruabar pertsonalak aintzat hartuz eta ordaindu beharreko zerga zenbartzeko orduan egokituz. Nolanahi den ere, uztartze horren aldeko neurri horiekin batera, adierazi zuen PFEZn badirela emakume ezkondua edota izatezko bikotekidea laneratzeko oztopo izan daitezkeen arauketak ere, esate baterako, tributazioaren ziozko murrizketa, apurka-apurka ezabatu beharko litzatekeena.

Bigarrenik, hizlari aritu zen Itxaso Gallastegi Ormaetxea, zuzenbideko graduatua, Eusko Jaurlaritzako doktoratu aurreko bekaduna eta Deustuko Unibertsitateko ikerlaria. Hizpide izan zuen hurrengo gaia: «Kontratazio publikoa eta genero-ikuspegia: klausula sozialak aplikatzea enpleguan emakumeen eta gizonen arteko berdintasun eragingarria lortzeko». Nabarmendu zuenez, enplegu arloko genero-arrakalak errealitate izaten jarraitzen du Espainian. Horregatik, defendatu zuen botere publikoei dagokiela emakumeak lan-munduan jasaten duen diskriminazioari aurre egitea eta, horretarako, tratu- eta aukera-berdintasuna egintza orotan integratzea. Halatan, kontratazio publikoak, ikuspuntu instrumental batetik eta Estatu sozialaren klabean, helburu hori lortzen lagundu dezakeela azaldu zuen. Beraren tesi nagusia izan zen kontratu publi-

koetan klausula sozialak zeharka gehitzeak jarduera-estrategia irmoa eratzten duela.

Hirugarrenik, Deustuko Unibertsitateko Gizarte Zuzenbideko irakasle doktore Josune López Rodríguezek gogora ekarri zituen Deustuko Unibertsitateko Konstituzio Zuzenbideko irakasle titular den Santiago Larrazabal Basañezekin batera egindako ikerketaren ondorio nagusiak. Hain zuzen, ikerketaren izenburupean, «Lan-esparruan aztertzea emakumeen babesik gabeko egoerak edo emakumeek babesik gabe jarduteko izan ditzaketen arrisku-egoerak: emakumeak ahalduzko proposamenak», azaldu zuen nola lan-esparruan, sarritan, emakumeen babesik gabeko egoerak sortzen diren. Errealitate horretatik abiatuta, lau egoera aztertu zituen: enplegu informala, lan esplotazioa, gizakien trata eta lan-arloko jazarpena. Eta egoera horiek aztertu ondoren, horiek ekiditeko eta emakumeak ahalduzko proposamen zehatzak ere egin zituen.

Laugarrenik, Deustuko Unibertsitateko Lanaren eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideko irakasle titular Francisco Javier Arrieta Idiakezek parte hartu zuen, «Berdintasun-planek izan beharreko faseak zehaztea eta fase horietako bakoitzean landu beharreko edukiak proposatzea, eredu gisa baliatu ahal izateko» gaiarekin. Horrela, berdintasun-planaren kontzeptuari eta horren oinarriari erreparatu ondoren, arreta jarri zuen, lehenengo, halako planak gauzatzeko ekimenean eta horiek dituzten kostu eta onuretan. Eta gero berdintasun-plan bat programatu, aplikatu eta ebaluatzeko izan beharreko faseei heldu zien, bai eta fase horietariko bakoitzak izan beharreko edukiei ere. Esangura horretan, beren-beregi aztertu zituen berdintasun-plana egiteko konpromisoa, berdintasunerako komite edo batzorde iraunkorra eratzea, plana enpresan aurkeztea eta plan hori zein agirik jaso eta agiri horretara bildu beharreko inguruabarrak, hala nola, planak duen xedearen deskripzioa, erreferentziazko esparru juridikoa, kontzeptu interesgarriak, esparru funtzional eta lurralde- eta denbora-esparru aplikagarriak, egoeraren diagnostikoa, ze-

hazki lortu nahi diren xedeak, eta ezarritako xedeen jarraipena egin eta xede horiek ebaluatzeko sistema eragingarriak jasotzea.

Bosgarrenik, Deustuko Unibertsitateko Merkataritzako Zuzenbideko irakasle doktore Eba Gaminde Egiak eta Konstituzio Zuzenbideko irakasle doktore Gonzalo Martínez Etxeberriak honako gai hau jorratu zuten: «Kooperatiba-enpresa laneko gaietan berdintasun-generoko politikak zehazteko esparru egoki gisa». Modu horretara, defendatu zuten kooperatiba-eredua benetako berdintasuna erdiesteko bidea izan daitekeela, ekitate, berdintasun eta demokraziaren balioei zein atxikimendu aske eta kudeaketa demokratikoaren printzipioei esker. Alabaina, adibide desberdinen bidez, nabarmendu zuten balio eta printzipio horiek ekintza koherente bihurtu behar direla kooperatiba bakoitzean, berdintasuna egiaztatzeko moduko errealitatea izan dadin, eta ez asmo hutsa.

Azkenik, Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsuko Euskal Zuzenbide Zibilar buruzko Ikerlan Taldeko kide eta abokatu Alkain Oribe Mendizabal eta José Miguel Gorostiza Vicentek hizpide izan zituzten «Abokatutzatik proposatutako ekimen zehatzak norberaren, familiako eta laneko bizitza uztartzea hobetzeko». Ildo horretatik, abokatutzaren esparruan uztartze hori praktikan gauzatzeko egon dauden arazo garrantzitsuenak identifikatu ostean, azaldu zuten azken urteotan Bizkaiko Abokatuen Elkargotik egin den lan eskerga, eta horren inguruko edozenbat jardunbide egokiren berri ere eman zuten.

Selección de noticias de **forulege.blog**, berri hautatuak

11/09/2017

Curso de Praxis de Derecho civil y fiscal vasca

El establecimiento desde el año 2015 de un sistema de Derecho civil propio para el conjunto de la Comunidad Autónoma Vasca ha cambiado radicalmente la forma de enfocar la planificación de las relaciones de sus habitantes en el ámbito familiar y sucesorio. Todo ello exige que los operadores jurídicos deban no solo conocer los nuevos textos legales y su interpretación, sino también y más importante, su aplicación y consecuencias prácticas. La Academia Vasca de Derecho y la Escuela de Práctica Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, con la colaboración de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto, el Ilustre Colegio Notarial del País Vasco y el Decanato Territorial del Ilustre Colegio de Registradores, conscientes

Euskal zuzenbide zibila eta zergari buruzko ikastaro praktikoa

2015. urtean ezarri da Zuzenbide zibil beregaina Euskal Autonomia Erkidegoan. Horrek errotik aldatu ditu bertakoen igurikimenak, familia eta oinordetzaren gaineko harreman juridikoak antolatzen orduan. Aurrekoaren ildotik, behar-beharrezkoa da jardule juridikoentzat lege-testu berrien ezagutza eta erabilera praktikoa. Zuzenbidearen Euskal Akademiak eta Bizkaiko Jaureriko Abokatuen Bazkun Ohoretsuaren jarduera juridikoaren Eskolak, Deustuko Unibertsitatearen Zuzenbide Fakultatea, Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Prestua eta Jabetza Erregistratzaileen Elkargoaren lurraldeko dekanotza laguntzaile dituztela, ahalegin biziak egin dituzte Euskal zuzenbide zibilaren ikastaro praktikoa antolatzeko. Ikastaro horrek 30 ordu izango ditu, 12 eki-

de la necesidad que existe de formar a los profesionales en cuestiones prácticas relacionadas con el Derecho civil vasco, han aunado esfuerzos para promover un curso de 30 horas de duración dividido en doce sesiones, diez de Derecho civil vasco y dos de Derecho fiscal, con comienzo en octubre y una duración de dos meses, para que los operadores jurídicos puedan adquirir los conocimientos y la técnica necesarios para actuar con seguridad en los dos ámbitos en los que incide esta nueva normativa, la civil y la fiscal.

talditan banatuta, 10 Euskal zuzenbide zibilar buruzkoak eta 2 zerga zuzenbideari buruzkoak. Ikastaroa urrian hasiko da eta 2 hilabeteko iraupena izango du. Helburua du jardule juridikoez, araubide berriaren alorretan segurtasun osoz jarduteko ezaupideak eta teknika erakustea, alor horiek, zibila eta zergari buruzkoak direla.

27/10/2017

Acto de Apertura del curso 2017/2018 de la Academia Vasca de Derecho

El miércoles, 25 de octubre, tuvo lugar en la sede del Ilustre Colegio Notarial del País Vasco (Henaio, 8), con numerosa asistencia de público, la lección inaugural de apertura de curso 2017/2018 de la Academia Vasca de Derecho bajo la presidencia del Consejero de Gobernanza Pública, don Josu Erkoreka Gervasio, del Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, don Juan Luis Ibarra Robles, del Decano del Ilustre Colegio Notarial del País Vasco, don Diego María Granados Asensio y del presidente de la Academia Vasca de Derecho, don Andrés Urrutia Badiola. En el acto, el Catedrático emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza don Jesús Delgado Echevarría, dictó la lección inaugural ‘Vecindad civil: a propósito de una iniciativa de reforma’.

2017/2018 ikasturtearen irekiera ekitaldia Zuzenbidearen Euskal Akademian

Asteazkenean, urriaren 25ean, Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Prestuaren egoitzan (Henaio kaleko 8. zk.) egin zen, bertan jendarte zabalagoa, Zuzenbidearen Euskal Akademiaren 2017/2018 ikasturtea irekitzeko ekitaldia. Ekitaldiaren mahaiburuak izan ziren, besteak beste, Gobernantza Publiko eta Autogobernuko sailburua, Josu Erkoreka Gervasio jauna, Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiko lehendakaria, Juan Luis Ibarra Robles jauna, Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Prestuaren dekanoa, Diego María Granados Asensio jauna eta Zuzenbidearen Euskal Akademiaren lehendakaria, Andres Urrutia Badiola jauna. Ikasturtea irekitzeko hitzaldia Jesús Delgado Echeverría irakasle doktore jaunak, Zaragozako Unibertsitatearen Zuzenbideko Fakultateko katedradun emerituak, eman zuen ‘Vecindad civil: a propósito de una iniciativa de reforma’ izenburuarekin.



Tras la lección inaugural tuvo lugar la entrega de galardones de la II edición de los premios ‘Adrián Celaya’ para jóvenes juristas. Leyó el acta del jurado doña Alkain Oribe, miembro de la Junta Directiva de la Academia Vasca de Derecho y entregaron los premios los familiares de don Adrián Celaya.

Ikasturtea irekitzeko hitzaldiaren ondoren legelari gazteentzako II. ‘Adrián Celaya’ Sariak eman ziren. Epaimahaikoen ebazpena irakurri zuen Alkain Oribe andreak, Zuzenbidearen Euskal Akademia delakoaren zuzendaritza kideak. Sariak Adrian Celaya zenaren etxe-koek eman zituzten.

Los premiados fueron/ Saridunak:

Derecho privado vasco, en euskera:

Doña Maite Gómez Oleagoitia con el trabajo titulado: “Lagundutako giza ugalketa tekniken ondorioak Euskal Zuzenbide Zibilean”.

Euskal zuzenbide pribatua, euskaraz:

Maite Gómez Oleagoitia andrea “Lagundutako giza ugalketa tekniken ondorioak Euskal Zuzenbide Zibilean” lanarekin.



Derecho privado vasco, en castellano:

Don Jonatan Manrique Sampedro con el trabajo titulado: “Troncalidad, Indignidad Sucesoria y Orden Público Interregional”.

Euskal zuzenbide pribatua, gaztelaniaz:

Jonatan Manrique Sampedro jaunna “Troncalidad, Indignidad Sucesoria y Orden Público Interregional” lanarekin.

Derecho público vasco, en euskera:

Quedó desierto.

Euskal zuzenbide publikoa, euskaraz:

Hutsik geratu zen.

Derecho público vasco, trabajo en castellano:

Doña Laura Sancho Martínez con el trabajo: “El nuevo Derecho Paisajístico en el País Vasco: Hacia una ordenación equilibrada y sostenible de nuestro territorio”.

Euskal zuzenbide publikoa, gaztelaniaz:

Laura Sancho Martínez andrea “El nuevo Derecho Paisajístico en el País Vasco: Hacia una ordenación equilibrada y sostenible de nuestro territorio” lanarekin.



07/12/2017

Cooperativas: Congreso sobre el Principio de participación económica de los miembros

La Asociación Internacional de Derecho Cooperativo y la Academia Vasca de Derecho celebraron los días 29 y 30 de noviembre un Congreso bajo el título de ‘El principio de participación económica de los miembros. Consecuencias jurídicas y económicas derivadas de su aplicación práctica’ en la Universidad de Deusto.

El primer día del Congreso se inició con la ponencia de D. Javier Divar Garteiz-aurrecoa que destacó la importancia de que la participación económica de los miembros en la cooperativa responda a criterios democráticos. A continuación, D. Alejandro Martínez Charterina analizó el principio desde la perspectiva histórica y doctrinal, destacando que ya desde sus orígenes la participación económica de los miembros ha sido discutida, sobre todo, su remuneración por la aportación del

Kooperatibak: Bazkideen partaidetza ekonomikoari buruzko kongresua

Kooperatiba Zuzenbidearen Nazioarteko Elkarteak eta Zuzenbidearen Euskal Akademiak Kongresu bat antolatu zuten Deustuko Unibertsitatean azaroaren 29an eta 30ean. Kongresuaren leloa ‘Bazkideen partaidetza ekonomikoaren printzipioa. Printzipioaren aplikaziotik sor daitezkeen ondorio juridiko eta ekonomikoak’ izan zen.

Kongresuaren lehen egunean Javier Divar Garteiz-aurrecoa jaunak nabarmendu zuenez, kooperatibetako bazkideen partaidetza ekonomikoa irizpide demokratikoen arabera gauzatu behar da. Jarraian, Alejandro Martínez Charterina jaunak printzipioa aztertu zuen ikuspegi historikotik eta doktrinaletik; berak nabarmendu zuenez, hasiera-hasieratik bazkideen partaidetza ekonomikoa eztabaidatu izan da, batik bat, kapitalera eginiko ekarpenen ordain-

capital. En tercer lugar, D. Alfredo Muñoz García y D.^a Sagrario Navarro Lérída abordaron el reembolso de la aportación al socio como consecuencia de su baja. La baja supone un problema de financiación y de solvencia para la cooperativa que pierde capital con la marcha del socio; no obstante, ambos incidieron en la necesidad de repensar la función del capital social y su cada vez menor importancia como garantía de la solvencia de la cooperativa. Seguidamente, D. Enrique Gadea puso de manifiesto los problemas que genera la imputación de pérdidas a la hora de liquidar el reembolso al que tiene derecho el socio en caso de baja. Y por su parte, D. Fernando Sacristán se centró en las particularidades de la baja del socio de la cooperativa de vivienda.

El segundo día del Congreso inició las ponencias D.^a Eba Gaminde Egia que analizó el régimen fiscal de las participaciones del socio en la cooperativa en la legislación española. Seguidamente, D. Alberto Atxabal estudió la regulación tribu-

saria. Hirugarrenik, Alfredo Muñoz García jaunak eta Sagrario Navarro Lérída andreak ekarpenaren itzulketa jorratu zuten bazkideak kooperatibatik alde egin nahi duenean. Bazkidearen baja kooperatibarentzat finantzaz arazo eta kaudimen-arazo da, kapitala urritzen delako bazkideak alde eginda; nolahi den ere, hizlari bien esanetan, sozietateen kapitala zer den zehaztu beharko litzateke berriro, sozietatearen kaudimena ziurtatzeko eginkizuna galtzen doalako kapitala. Hurrenik, Enrique Gadea jaunak bazkideei ekarpena itzultzeko orduan, kooperatibatik alde egin nahi duenean, sozietatearen galerak egozteak dakartzan arazoak aztertu zituen. Jarraian, Fernando Sacristán jaunak jorratu zituen etxebizitza-kooperatibetan bazkideak baja hartzen duenean sor daitezkeen ondorio guztiak.

Kongresuaren bigarren egunean Eba Gaminde Egia andreak bazkideen ekarpenaren araubidea aztertu zuen Espainiako lege guztietan. Hurrenik, Alberto Atxabal jaunak kooperatibaren kapitalaren tributuaraubidea jorratu zuen, kapitalaren ordainsari ezberdinak eta horien



taria del capital de la cooperativa, atendiendo a las distintas formas de remuneración del capital y sus implicaciones fiscales. En la segunda mesa, D. Francisco Javier Arrieta destacó el carácter irrepartible del Fondo de Reserva Obligatorio de las cooperativas; D. Gonzalo Martínez Etxeberria expuso la importancia del Fondo para la Educación y Promoción que las cooperativas deben dotar; y por último, D. Héctor Mata Diestro expuso la evolución histórica de estos fondos obligatorios de la cooperativa.

ondorio fiskalak nabarmenduz. Arratsaldeko bigarren mahaian, Francisco Javier Arrieta jaunak nabarmendu zuenez, kooperatibetako Derrigorrezko Erreserba Funtsa ezin daiteke banatu bazkideen artean; Gonzalo Martínez Etxeberria jaunak kooperatiba guztiek eratu behar duten Hezkuntza eta Sustapen Funtsaren garrantzia adierazi zuen; eta amaitzeko, Héctor Mata Diestro jaunak kooperatibetako derrigorrezko funts horien bilakaera historikoa azaldu zuen.



30/04/2018



Investidura de don Ricardo de Ángel Yágüez, como Socio de Honor de la Academia Vasca de Derecho

El 19 de abril ha tenido lugar el acto de investidura como Socio de Honor de la Academia Vasca de Derecho de don Ricardo de Ángel Yágüez, Catedrático emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto y eminente letrado. La ceremonia de entrega de sus credenciales como Socio de Honor ha tenido lugar en el Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia. Enhorabuena al nuevo Socio de Honor!

Ricardo de Ángel Yágüez jauna, Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Ohorezko Bazkidea izendatzeko ekitaldia

Zuzenbidearen Euskal Akademiak ospatu du, apirilaren 19an, Ricardo de Ángel Yágüez jauna, Deustuko Unibertsitatearen Zuzenbide Fakultateko Katedradun emeritua eta legelari ospetsua, Akademiaren Ohorezko Bazkide moduan izendapen ekitaldia, Bizkaiko Abokatu-tzaren Elkargoan. Zorionak Ohorezko Bazkide berriari!





15/06/2018



Acto de constitución de la Academia Vasca de Derecho, en el Salón de Actos del Archivo Foral de Bizkaia (9 de junio de 2003). De pie: Francisco Javier Oleaga, Michel Unzueta y Andrés Urrutia; sentados: Emilio Múgica, Fernando Salazar, Adrián Celaya, Santiago Larrazabal y Luis Elicegui.

XV. aniversario de la fundación de la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia.

El día 9 de junio de 2018 se han cumplido 15 años de la creación de la Academia Vasca de Derecho a instancia de nuestro maestro don Adrián Celaya Ibarra. Desde su creación la Academia ha realizado y realiza múltiples actividades y publicaciones y ha impulsado de forma significativa la nueva legislación en materia de Derecho civil vasco. Durante el 2018 se se-

Zuzenbidearen Euskal Akademiaren XV. urteurrena

2018. urteko ekainaren 9an hamabost urte bete dira Adrian Celaya Ibarra maisuaren bultzadaz Zuzenbidearen Euskal Akademia sortu zela. Sorrera unetik Akademiak hainbat ekitaldi eta argitalpen burutu ditu eta berebiziko eragilea izan da Euskal zuzenbide zibil berriaren sorreran. 2018. urte honetan ekitaldi berriak antolatuz eta XV. urteurren hau ospatuz jarraituko du gure Akademiak. Hona



guirá trabajando en esta línea y realizando nuevas actividades así como conmemorando este aniversario que ha sido posible gracias a la actividad de todos los socios de la Academia. Se adjuntan las imágenes de la firma del Acta de Constitución y la primera Junta Directiva de la Academia.

hemen sorrera aktaren sinaduraren argazkia eta lehen zuzendaritzaren argazkiak .



25/09/2018

Curso de Praxis de Derecho civil y fiscal vasco en San Sebastián

El establecimiento desde el año 2015 de un sistema de Derecho Civil propio para el conjunto de la Comunidad Autónoma Vasca ha cambiado radicalmente la forma de enfocar la planificación de las relaciones de sus habitantes en el ámbito familiar y sucesorio, así como la resolución de las situaciones surgidas a raíz del fallecimiento, de la distribución de la masa hereditaria o de la ruptura del matrimonio, entre otras. Además, la ampliación del marco territorial en el que deben aplicarse determinadas instituciones hasta ahora constreñidas a una reducida zona geográfica

Euskal zuzenbide zibila eta zergari buruzko ikastaro praktikoa Donostian

2015. urtean ezarri da Zuzenbide zibil beregaina Euskal Autonomia Erkidegoan. Horrek errotik aldatu ditu bertakoen igurikimenak, familia eta oinordetzaren gaineko harreman juridikoak antolatzeko orduan. Aurrekoaren ildotik, behar-beharrezkoa da jardule juridikoentzat lege-testu berrien ezagutza eta erabilera praktikoa.

Oraingo honetan Zuzenbidearen Euskal Akademiak eta Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Presutuak, ahalegin biziak egin dituzte Euskal zuzenbide zibilaren ikastaro

de algunos Territorios Históricos, exige que los operadores jurídicos deban no solo conocer los nuevos textos legales y su interpretación, sino también su aplicación y consecuencias prácticas. Entre ellas, y no menos que las civiles, están sus consecuencias fiscales, máxime en un marco competencial propio derivado del Concierto Económico que lo hace incluso más complejo.

La Academia Vasca de Derecho y el Ilustre Colegio Notarial del País Vasco, conscientes de la necesidad que existe de formar a los profesionales en cuestiones prácticas relacionadas con el Derecho Civil Vasco, han aunado esfuerzos en esta ocasión para poner a disposición de los operadores jurídicos los instrumentos necesarios mediante los cuales y a través de la praxis, puedan adquirir los conocimientos y la técnica necesarios para actuar con seguridad en los dos ámbitos en los que incide esta nueva normativa, la civil y la fiscal. Por ello se promueve en San Sebastián, en la sede de la delegación del Colegio Notarial del País Vasco este curso dirigido a los profesionales del Derecho en Gipuzkoa.

praktikoa Donostian antolatzeko. Ikastaroa Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Prestuak duen ordezkartzaren egoitzan egingo da. Ikastaroa Gipuzkoako jardule juridikoei zuzenduta dago eta araubide berriaren alorretan segurtasun osoz jarduteko ezaupideak eta teknika erakustea du helburu.

23/10/2018

Acto de entrega de galardones de la III edición de los premios ‘Adrián Celaya’ para jóvenes juristas

El jueves, 18 de octubre, tuvo lugar en la sede del Ilustre Colegio Notarial del País Vasco la lección inaugural de apertura de curso 2018/2019 de la Academia Vasca de Derecho.

Tras la lección inaugural tuvo lugar la entrega de galardones de la III edición de los premios “Adrián Celaya” para jóvenes juristas. Leyó el acta del jurado doña Alkain Oribe, miembro de la Junta Directiva de la Academia Vasca de Derecho y entregaron los premios los familiares de don Adrián Celaya.

Legelari gazteentzako III. ‘Adrián Celaya’ Sarien banaketa ekitaldia

Ostegunean, urriaren 18an, Euskal Herriko Notario Elkargo Txistuaren egoitzan Zuzenbidearen Euskal Akademiaren 2018/2019 ikasturtea irekitzeko ekitaldia egin zen.

Ikasturtea irekitzeko hitzaldiaren ondoren legelari gazteentzako III. “Adrián Celaya” Sarien banaketa ekitaldia egin zen. Epaimahaikoen ebazpena irakurri zuen Alkain Oribe andreak, Zuzenbidearen Euskal Akademia delakoaren zuzendaritza kideak. Sariak Adrian Celaya zenaren etxekoek eman zituzten.

Los premiados fueron/ Saridunak:

Derecho privado vasco, en euskera:

Don Jon Hernani Iriarte con el trabajo titulado: “7/2015 Legeko Etxebizitzaren erabileraren mugak irizpideak eta interpretazio desberdinak”.

Euskal zuzenbide pribatua, euskaraz:

Jon Hernani Iriarte jauna “7/2015 Legeko Etxebizitzaren erabileraren mugak irizpideak eta interpretazio desberdinak” lanarekin.

Derecho privado vasco, en castellano:

Doña Ane Basterretxea Dañobeitia con el trabajo titulado: “El cónyuge viudo y, en su caso, el miembro superviviente de la pareja de hecho: análisis de la legítima y otras instituciones que modifican su posición. Diferencias entre el Derecho civil vasco y el Derecho de territorio común”.

Euskal zuzenbide pribatua, gaztelaniaz:

Ane Basterretxea Dañobeitia andrea “El cónyuge viudo y, en su caso, el miembro superviviente de la pareja de hecho: análisis de la legítima y otras instituciones que modifican su posición. Diferencias entre el Derecho civil vasco y el Derecho de territorio común” lanarekin.

Derecho público vasco, en euskera:

Quedó desierto.

Euskal zuzenbide publikoa, euskaraz:

Hutsik geratu zen.



Derecho público vasco, trabajo en castellano:

Doña Teresa Estéfano Álvarez con el trabajo: “Situación actual del Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Incidencia en el País Vasco”.

Euskal zuzenbide publikoa, gaztelaniaz:

Teresa Estéfano Álvarez andrea “Situación actual del Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Incidencia en el País Vasco” lanarekin.



23/10/2018

Acto de Apertura del curso 2018/2019 de la Academia Vasca de Derecho

El jueves, 18 de octubre, tuvo lugar en la sede del Ilustre Colegio Notarial del País Vasco (Bilbao, Henao, 8), con numerosa asistencia de público, la lección inaugural de apertura del curso 2018/2019 de la Academia Vasca de Derecho bajo la presidencia del Consejero de Gobernanza Pública, don Josu Erkoreka Gervasio, del Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, don Juan Luis Ibarra Robles, del Decano del Ilustre Colegio Notarial del País Vasco, don Diego María Granados Asensio y del presidente de la Academia Vasca de Derecho, don Andrés Urrutia Badiola. En el acto, la Magistrada y Vicepresidenta del Tribunal Constitucional doña Encarnación Roca Trías, dictó la lección inaugural 'Familia y derechos fundamentales'.

2018/2019 ikasturtearen irekiera ekitaldia Zuzenbidearen Euskal Akademian

Ostegunean, urriaren 18an, Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Prestuaren egoitzan (Bilbo, Henao kaleko 8. zk.) egin zen, bertan jendarte zabala zegoela, Zuzenbidearen Euskal Akademiaren 2018/2019 ikasturtea irekitzeko ekitaldia. Ekitaldiaren mahaiburuak izan ziren, besteak beste, Gobernantza Publiko eta Autogobernuko sailburua, Josu Erkoreka Gervasio jauna, Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiko lehendakaria, Juan Luis Ibarra Robles jauna, Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Prestuaren dekanoa, Diego María Granados Asensio jauna eta Zuzenbidearen Euskal Akademiaren lehendakaria, Andres Urrutia Badiola jauna. Ikasturtea irekitzeko hitzaldia Encarnación Roca Trías Konstituzio Auzitegiko magistratu eta buruorde andreak, eman zuen 'Familia y derechos fundamentales' izenburuarekin.





11/12/2018

Jornada: ‘Contribución de las empresas y las administraciones públicas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral para conseguir la igualdad efectiva entre mujeres y hombres con fundamento en la corresponsabilidad’

La Academia Vasca de Derecho, el Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia y la Diputación Foral de

Jardunaldia: ‘Enpresek eta administrazio publikoek nola lagun dezaketen norberaren, familia-ko eta laneko bizitza uztartzen, emakumeen eta gizonen arteko berdintasuna eragingarria izan dadin, ardurakidetasuna oinarri’

Zuzenbidearen Euskal Akademiak, Bizkaiko Abokatutzaren Elkargo Ohoretsuak eta Bizkaiko Foru Al-



Bizkaia han organizado la Jornada ‘Contribución de las empresas y las administraciones públicas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral para conseguir la igualdad efectiva entre mujeres y hombres con fundamento en la corresponsabilidad’ que ha tenido lugar en el Salón de Actos del Colegio de la Abogacía de Bizkaia el día 18 de diciembre.

dundiak, jardunaldi bat antolatu dute abenduaren 18an. Jardunaldiaren leloa ‘Enpresek eta administrazio publikoek nola lagun dezaketen norberaren, familiako eta laneko bizitza uztartzen, emakumeen eta gizonen arteko berdintasuna eragingarria izan dadin, ardurakidetasuna oinarri’ da eta Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsuaren egoitzaren Ekitaldi Aretoan egin da.

JADO

NORMAS DE PUBLICACIÓN
ARGITALPENERAKO ARAUAK
PUBLICATION STANDARDS

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Las personas interesadas en publicar materiales en la Revista *JADO-Boletín de la Academia Vasca de Derecho / Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria* deben tener en cuenta las observaciones siguientes a la hora de preparar los originales:

1. Los materiales deben ser originales e inéditos. Deben dirigirse al director de la Revista y hay que presentarlos por correo electrónico a la dirección siguiente: secretaria@avd-zea.com.

2. La extensión recomendada para los materiales, en el caso de los estudios, es de 10 a 25 páginas ISO A4 (es decir, aprox. de 21.500 a 56.000 caracteres), a 1,5 de interlínea, en soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable. En el caso de las notas, es de 5 a 10 páginas ISO A4 (es decir, aprox. como máximo 21.500 caracteres), a 1,5 de interlínea, en soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable.

3. Los plazos de presentación de originales finalizan habitualmente:

- el 30 de junio, para el número que se publica en diciembre;
- el 30 de diciembre, para el número que se publica en junio;

Los materiales se publicarán, preferentemente, en castellano y en euskera. Todo ello sin perjuicio de la publicación de números especiales y extraordinarios, cuya periodicidad se ajustará a la convocatoria correspondiente.

4. Los autores/ras deben indicar el título del texto, su nombre y apellidos, y el cargo o la profesión con que quieren aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.

5. Es necesario que los autores/ras aporten con el texto los datos suficientes para que la revista JADO se pueda poner en contacto con ellos de forma rápida (dirección, teléfonos y correo electrónico).

6. La revista JADO incluye un resumen de los textos publicados en la sección de estudios, que deben elaborar los autores/ras y presentar a la vez que el texto. La extensión máxima del resumen es de 1.000 caracteres (es decir, aproximadamente media página ISO A4, a 1,5 de interlínea). También hay que incluir una lista de palabras clave o descriptores de la materia (máximo 5).

7. Los textos deben ir precedidos de un breve resumen de los diferentes apartados en que se estructuran.

8. Se recomienda la utilización de notas a pie de página a fin de que los lectores de los textos puedan localizar las fuentes de las afirmaciones que se hacen o puedan ampliar el estudio de un punto determinado del artículo.

9. Se recomienda la inclusión de un apartado final de bibliografía, en que se recojan las obras utilizadas en la elaboración del texto o las que se consideran de referencia sobre la materia de que trata el texto.

10. Es necesario que los autores/ras organicen el contenido del texto con una introducción que defina el objeto, un desarrollo que incluya los datos y los argumentos que el autor considere oportuno aportar y una conclusión que presente una propuesta, una valoración o una reflexión final.

11. Se recomienda seguir el siguiente sistema en cuanto a la bibliografía citada:

Apellidos, Nombre, «Título del artículo», *Título de la Revista o del libro* (si el título de la revista es una sigla, no se debe escribir en cursiva), volumen, nº, ciudad de edición, editorial, año de publicación, páginas afectadas.

12. Las citas de las leyes deben seguir el modelo siguiente (o el modelo de citación usual en cada ordenamiento jurídico):

Ex.: Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.

Ad.: Hizkuntza Politikari buruzko urtarrilaren 7ko 1/1998 Legea.

13. Las siglas se tienen que escribir sin puntos, p.ej. LPL. La primera vez que aparezca en un artículo una sigla poco difundida, se tiene que escribir el nombre completo seguido de la sigla entre paréntesis.

14. La revista JADO publica los textos en la lengua original, si se trata de artículos escritos en castellano o euskera. Igualmente, se aceptarán textos en francés o inglés. Las palabras, expresiones y citas que aparezcan en una lengua diferente de la del texto deben escribirse en cursiva.

Los ejemplares de la revista se encuentran a disposición del público, en formato digital, en la siguiente dirección: <http://www.avd-zea.com>.

15. El autor o autores del texto ceden en exclusiva a la Academia los derechos de reproducción de los artículos publicados, incluidos soportes CD-rom, en Internet o por cualquier otro medio informático, así como su inclusión en bases de datos. Los textos publicados serán remunerados en la cuantía que se establezca por la Academia y cada autor recibirá 5 ejemplares de la Revista.

16. El Consejo de Redacción decidirá la publicación de los trabajos sobre la base de una evaluación, que en el caso de los estudios se realizará por evaluadores externos desconociendo la identidad del autor o autores. La evaluación tendrá en cuenta los siguientes criterios: la calidad y rigor de los argumentos presentados; la oportunidad y relevancia del artículo; y la creatividad, metodología, propuestas y aportaciones.

Se comunicará a los autores la decisión sobre publicación (en su caso, condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original) o no de los trabajos enviados, en un plazo inferior a 6 meses. Los

trabajos serán publicados como “Estudios” o como “Notas” según su naturaleza y extensión. Los autores de textos aceptados para su publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 10 días. Los originales enviados que no se considere conveniente publicar no serán devueltos al autor, ni se mantendrá correspondencia con ellos.

ARGITALPENERAKO ARAUAK

Norbaitek interesa baldin badu *JADO* aldizkarian, hau da, *Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkarian* materialak argitaratzeko, honako ohar hauek kontuan hartu beharko ditu, jatorrizkoak prestatzeko orduan:

1. Materialak jatorrizkoak eta argitaragabeak izan behar dira. Aldizkariaren zuzendariari helarazi behar zaizkio, eta, gainera, posta elektronikoz bidali behar dira honako helbide honetara: secretaria@avd-zea.com

2. Materialen neurriari dagokionez, gomendatzen da azterlanek 10-25 orrialde izatea; orrialdeok ISO A4 motakoak izan behar dira eta lerroartea 1,5ekoa izan behar da (beste modu batera esanda, azterlanek 21500-56000 karaktere izan behar dituzte, gutxi gorabehera). Azterlanak euskarri informatikoan eman behar dira, ahal bada, Word formatuan edo berrikusteko moduko antzeko formaturen batean. Gomendatzen da, bestalde, oharrek 5-10 orrialde izatea; orrialdeok ISO A4 motakoak izan behar dira eta lerroartea 1,5ekoa izan behar da (beste modu batera esanda, oharrek, gehienez ere, 21.500 karaktere izan ahal dituzte, gutxi gorabehera). Oharrak euskarri informatikoan eman behar dira, ahal bada, Word formatuan edo berrikusteko moduko antzeko formaturen batean.

3. Jatorrizkoak aurkezteko epeak data hauetan bukatu ohi dira:

- ekainaren 30ean, abenduan argitaratzen den zenbakiari dagokionez;
- abenduaren 30ean, ekainean argitaratzen den zenbakiari dagokionez;

Materialak gaztelaniaz eta euskaraz argitaratuko dira, batik bat. Horri guztiari kalterik egin gabe, zenbaki berezi eta ezohikoak argitara daitezke; deialdi egokiak argituko du zenbaki berezi eta ezohiko horien aldizkakotasuna.

4. Egileek adierazi behar dute zein den testuaren izenburua, zein diren haien izen-abizenak, eta zein kargu edo lanbiderekin identifikatu nahi duten euren burua, artikulua goiko aldean.

5. Egileek, testuarekin batera, zenbait datu eman behar dituzte (helbidea, telefonoak eta helbide elektronikoa), JADO aldizkaria ahalik azkarren eurekin harremanetan jar dadin.

6. JADO aldizkariak, azterlanei dagokien atalean, argitaratutako testuen laburpena jasoko du; laburpen hori egileek eurek prestatu behar dute, eta testuarekin batera aldizkariari helarazi behar diote. Laburpenak, askoz jota, 1000 karaktere izan ditzake (beste modu batera esanda, lerroartea 1,5ekoa izanik, laburpena ISO A4 motako orrialde erdikoa izan behar da, gutxi gorabehera). Orobat gaineratu behar dute egileek gaiari buruzko gako-hitzen zerrenda (gehienez ere, 5 gako-hitz izan daitezke).

7. Testuaren barruko atalak zein izan eta atal horiei buruzko aurkibide laburra jarri behar da testuaren hasieran.

8. Testuen irakurleei erraztu behar zaie egileek egindako baieztapenen iturriak bilatu ahal izatea, eta, orobat, artikulua puntu zehatz bati buruzko ikerketa sakontzea. Hori dela eta, oin-oharrak erabiltzea gomendatzen da.

9. Berebat gomendatzen da azken atala bibliografiari buruzkoa izatea. Atal horretan jaso behar dira testua prestatzeko erabili diren lanak edota testuaren gaiari buruz eredu garri izan daitezkeenak.

10. Egileek, testuaren edukia antolatzen dutenean, sarrera idatzi behar dute, testuaren xedea definitzeko; ondoren, gaia garatu behar dute, eta, garatze horretan, egileak egoki ikusten dituen datuak eta argudioak jaso behar dira; eta, bukatzeko, ondorioetan, proposamena, balorazioa edo azken hausnarketa egin behar da.

11. Bibliografia aipatzeko orduan, honako sistema hau erabiltzea gomendatzen da:

Abizenak, Izena, «Artikuluaren izenburua», *Aldizkariaren edo liburuaren izenburua* (aldizkariaren izenburua siglaren bidez eman bada, hori ez da etzanez idatzi behar), liburukia, zenbakia, argitaratze-hiria, argitaletxea, argitaratze-urtea, aipatu beharreko orrialdeak.

12. Legeak aipatzeko orduan, honako eredu hau bete behar da (edo, bestela, kasuan kasuko antolamendu juridikoan ohiko den eredu):

Ex.: Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.

Ad.: Hizkuntza Politikari buruzko urtarrilaren 7ko 1/1998 Legea.

13. Siglak punturik gabe idatzi behar dira; esate baterako, HPL. Erabiler urriko siglaren bat artikuluan lehen aldiz agertzen denean, izen osoa idatzi behar da, eta, ondoren, sigla jarri behar da kakotzen artean.

14. JADO aldizkariak jatorrizko hizkuntzan argitaratzen ditu testuak, baldin eta artikulua gaztelaniaz edo euskaraz idatzita badaude. Era berean, frantsesez nahiz ingelesez idatzitako testuak onartuko dira. Testuan hizkuntza zehatza erabilia, zenbait hitz, esamolde edo aipamen beste hizkuntza batean agertzen badira, horiek letra etzanez idatzi behar dira.

Aldizkariaren aleak jendearen esku jarriko dira, formatu digitalean, honako helbide elektronikoa honetan: <http://www.avd-zea.com>.

15. Testuaren egileak edo egileek modu eskusiboan lagatzen dizkiote Akademiari argitaratutako artikuluen gaineko erreprodukzio-eskubideak; lagatze horrek bere barruan hartzen ditu CD ROM euskarriak, Internet nahiz bestelako baliabide informatikoak, baita datu-baseetan sartzeko aukera ere. Argitaratutako testuak ordaindu egingo dira, Akademiak berak ezarritako kopuruarekin, eta egile bakoitzak aldizkariaren 5 ale jasoko ditu.

16. Erredakzio batzordeak erabakiko du zein lan argitaratzen den, eta, horretarako, lanen gaineko ebaluazioa egingo du; azterlanen kasuan, kanpoko ebaluatzaileek egingo dute hori, eta ebaluatzaileok ez dute jakingo nor diren egileak. Ebaluazioak kontuan hartuko ditu honako irizpide hauek: aurkeztutako argudioen kalitatea eta zorrozatasuna; artikuluaaren egokitasuna eta garrantzia; eta, halaber, sormena, metodologia, proposamenak eta ekarpenak.

Egileei jakinaraziko zaie, askoz jota 6 hileko epean, haiek bidalitako lana argitaratuko den (hala denean, jatorrizko bertsioan zenbait aldatuta eginez eta horren baldintzapean) edo ez den argitaratuko. Lanen izaera eta neurria aintzakotzat hartuta, lanok “azterlanak” edo “oharrak” izango dira. Behin testuen argitaratzea onartuta, egileei eskatu ahal zaie inprimatze-probak zuzentzea; proba horiek 10 eguneko epean itzuli beharko dira zuzenduta. Jatorrizkoak bidali arren, ez bada egokitzen jo horien argitalpena, ez zaizkio jatorrizko horiek egileari itzuliko, eta ez da egi-leokin posta-harremanik abiaraziko.

PUBLICATION STANDARDS

Those persons interested in publishing articles in the *JADO Review of the Basque Academy of Law / Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria* magazine must take into account the following points when drafting the original:

1. The articles must be original and unpublished. They should be addressed to the editor of the magazine and must be submitted by email to the following address: secretaria@avd-zea.com.

2. The recommended article length is, in the case of field studies that of 10-25 A4 pages (that is, approx. 21,500-56,000 characters), 1.5 spacing between lines, on electronic format, preferably in Word or Revisable Form Text. In the case of explanatory notes, 5- 10 A4 pages (that is, approx. a maximum of 21,500 characters), 1.5 spacing between lines, on electronic format, preferably in Word or Revisable Form Text.

3. The submission deadlines of original papers customarily ends on:

- 30th June, for the issue published in December;
- 30th December, for the issue published in June;

The articles will be published, preferably in Spanish and Basque that is, notwithstanding the publication of special and extraordinary issues, whose frequency is adapted to the corresponding tender.

4. The authors should indicate the manuscript title, name and surnames, and the job title or profession with which they wish to be identified by in the heading of the article.

5. It is necessary that authors furnish with the manuscript sufficient information so that the JADO magazine may get into touch with them quickly (address, telephone numbers and email)

6. The JADO magazine includes an abstract of all manuscripts published in the field studies section, which must be drafted by the authors and submitted at the same time as the manuscript. The maximum length of the abstract is 1,000 characters (that is, approximately half an A4 page, 1.5 spacing between lines). It must also include a list of key words or subject descriptors (max. 5).

7. The texts are preceded by a brief summary of the different sections which the article is structured.

8. The use of footnotes is recommended so that the readers of the manuscripts may locate the sources of the statements made or to broaden the scope of the field study of a specific point of the article.

9. The inclusion of a final bibliography is recommended, where the sources used in the drafting of the manuscript or those that are considered as references concerning the subject matter of the manuscript are compiled.

10. It is necessary that the authors organise manuscript contents with an introduction defining the purpose, and a chronology which includes the information and arguments that the author considers appropriate to do so and a conclusion that proffers a proposal, an assessment or a final deliberation.

11. The use of the following system in terms of the aforementioned bibliography is recommended:

Surnames, Name, «Article title», *Magazine or Book title* (if the title of the magazine is an acronym, it must not be written in italics), volume no., city of publication, publisher, year of publication, affected pages.

12. The citing of laws should follow the following model (or the usual model of citation in each legal framework):

Ex.: Law 1 /1998, of 7 January, on Political Linguistics.

Ad.: Hizkuntza Politikari buruzko urtarrilaren 7ko 1/1998 Legea.

13. The acronyms should be written without dots, e.g. LPL. The first reference to an acronym that appears in an article even if it is a little known acronym should always be written in full, followed by the abbreviation in parentheses after that first full reference,

14. The JADO magazine publishes the texts in the original languages, if it deals with articles written in Spanish or Basque. Likewise, texts in French or English are accepted. Words, phrases and quotations which appear in a different language to that of the text should be written in italics.

Copies of the magazine are available to the public, in digital format at the following address: <http://www.avd-zea.com>.

15. The author or authors of the text assign to the Academy the exclusive reproduction rights of the published articles, including CD-ROMs, on the Internet or by any other IT medium, as well as its inclusion into databases. The published texts will be paid an amount that is set by the Academy and each author will receive five copies of the Magazine.

16. The Publishing Committee will decide which papers are published on the basis of an evaluation system that in the case of studies shall be a blind evaluation carried out by external reviewers who are unaware of the identity of the author or authors. The evaluation shall take into account the following criteria: quality and precision of the arguments raised; the timeliness and relevance of the article; and the creativity, methodology, proposals and contributions.

Authors will be notified of the decision with regards to publication (where appropriate, subject to the introduction of changes with respect to the original version) or otherwise of the papers submitted, within a period of less than 6 months.

The papers will be published as “Field Studies” or as “Explanatory notes” according to its nature and length. The authors of the texts accepted for publication may be required to correct the printing proofs, which must be returned within 10 days. Submitted originals that are rejected as not suitable for publication will not be returned to the author, nor will correspondence be entered into with same.

PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA
VASCA DE DERECHO*
ZUZENBIDEAREN EUSKAL
AKADEMIAREN ARGITALPENAK*
PUBLICATIONS LIST OF THE
BASQUE ACADEMY OF LAW

* El catálogo de publicaciones de la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia se halla disponible, igualmente, en www.avd-zea.com.

Zuzenbidearen Euskal Akademiaren argitalpen-katalogoa eskura dago, halaber, www.avd-zea.com webgunean.

PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO

BOLETÍN

- Boletín nº 0, junio de 2003, 47 págs. Contiene los Estatutos de la Academia.
- Boletín nº 1, noviembre de 2003, 72 págs.
- Boletín nº 2, junio de 2004, 88 págs.
- Boletín nº 3, septiembre de 2004, 100 págs.
- Boletín nº 4, diciembre de 2004, 110 págs.
- Boletín nº 5, marzo de 2005, 120 págs.
- Boletín nº 6, junio de 2005, 120 págs.
- Boletín nº 7, septiembre de 2005, 152 págs.
- Boletín nº 8, diciembre de 2005, 176 págs.
- Boletín nº 9, marzo de 2006, 184 págs.
- Boletín nº 10, noviembre de 2006, 188 págs.
- Boletín nº 11, diciembre de 2006, 198 págs.
- Boletín nº 12, marzo de 2007, 224 págs.
- Boletín nº 13, septiembre de 2007, 232 págs.
- Boletín nº 14, diciembre de 2007, 192 págs.
- Boletín nº 15, junio de 2008, 254 págs.
- Boletín nº 16, septiembre-diciembre de 2008, 336 págs.
- Boletín nº 17, septiembre de 2009, 346 págs.
- Boletín nº 18, diciembre de 2009, 324 págs.
- Boletín nº 19, mayo de 2010, 420 págs.
- Boletín nº 20, diciembre de 2010, 300 págs.
- Boletín nº 21, mayo de 2011, 313 págs.

- Boletín n° 22, diciembre de 2011, 301 págs.
- Boletín n° 23, junio de 2012, 404 págs.
- Boletín n° 24, junio de 2013, 372 págs.
- Boletín n° 25, diciembre de 2013, 528 págs.
- Boletín n° 26, diciembre de 2014, 490 págs.
- Boletín n° 27, enero-diciembre de 2015-2016, 708 págs.
- Boletín extraordinario n° 1, diciembre de 2004, 222 págs. Jornada sobre el poder testatorio y el artículo 831 del Código Civil.
- Boletín extraordinario n° 2, junio de 2006, 112 págs. Jornada sobre la implantación del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea.
- Boletín extraordinario n° 3, diciembre de 2006, 192 págs. Jornada sobre la Ley vasca para la igualdad de mujeres y hombres.
- Boletín extraordinario n° 4, junio de 2007, 254 págs. Jornada “Hacia la primera Ley Civil Vasca”.
- Boletín extraordinario n° 5, marzo de 2008, 144 págs. Jornada “El proyecto de Ley Civil Vasca: cuestiones prácticas”.

COLECCIÓN ABEURREA

1. *Señores de Bizkaia. De Don Diego López de Haro V a Isabel la Católica.* Por Adrián Celaya Ibarra. 500 págs.
2. *Así nació Bizkaia. De Arrigorriaga al Fundador de Bilbao.* Por Adrián Celaya Ibarra. 344 págs.
3. *El Derecho Vasco.* Por Jesús Galíndez; con introducciones de Adrián Celaya Ibarra y Santiago Larrazabal Basañez. XXVI + 232 págs.
4. *Los Fueros de Bizkaia.* Por Adrián Celaya Ibarra. 285 págs.
5. *El Consulado de Bilbao y sus ordenanzas de Comercio de 1737.* Por Javier Divar Garteiz-Aurrecoa, 136 págs.
6. *José Miguel Azaola. El genio personalista.* Por Adrián Celaya Ibarra, Juan Aguirre, Miguel Unzeta Uzcanga y Alfonso C. Sanz Valdivieso. 272 págs.

7. *No excediendo sino moderando*. Por Jody Guetta. 198 págs.
8. *Las ordenanzas de Bilbao de 1593*. Por Andrés E. de Mañarcua. V + 116 págs.
9. *The Biscayan tradition and its place in western political theory*. Por José María Ramón de Gamboa. 213 págs.
10. *El Estado plurinacional*. Por J. Gabriel de Mariscal. 259 págs.
11. *Zuzenbide erromatarra, Europaren historian zehar*. Por Peter G. Stein. 170 págs.
12. *Código, Compilación y Fuero Civil*. Por Andrés M. Urrutia. 322 págs.
13. *Euskara Foru Aldundien zirkularretan: Bizkaia (1917-1919) Gipuzkoa (1918-1923)*. Por Andrés M. Urrutia Badiola (ed.), 487 págs.
14. *Haciendo memoria*. Por Ricardo de Ángel Yagüez. 384 págs.

COLECCIÓN CLÁSICOS DE DERECHO VASCO (REPRODUCCIÓN EN FACSIMIL)

1. *Derecho Civil de Vizcaya*, por Rodrigo Jado y Ventades, reproducción de la segunda edición publicada en 1923, con una introducción de Adrián Celaya Ibarra, XXX + 676 págs.
2. *Actas de las sesiones celebradas por la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya (1902)*, con una introducción de Andrés Urrutia Badiola, XXVI + 277 págs.
3. *La Troncalidad en el Fuero de Vizcaya (1898)*, por Luis Chalbaud con una introducción de Javier Chalbaud, XIX + 137 págs.
4. *Estudios Jurídicos del Fuero de Vizcaya (1918)*, por José Solano y Polanco, con una introducción de José Miguel Gorostiza Vicente, XXXII + 376 págs.
5. *Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya en lo civil dentro y fuera del Señorío de aquel nombre (1899)*, por Carlos de la Plaza y Salazar, dos tomos en un volumen, con una introducción de Adrián Celaya Ibarra, XXXI + 250 + 288 págs.
6. *Derecho Privado de Vizcaya (1903)*, por Diego Angulo Laguna, con una introducción de José M^a Arriola Arana, XXVIII + 275 págs.

7. *El Derecho Civil de Bizkaia antes del Código Civil*, con textos de Antonio de Trueba, Miguel de Unamuno, Ángel Allende Salazar, Manuel Lecanda y la Sociedad de Economía Social de París. Con una introducción y comentarios de Adrián Celaya Ibarra, 232 págs.
8. *Fuero de las M.N. y L. Encartaciones* (1916), por Fernando de la Quadra Salcedo, con una introducción de Adrián Celaya Ibarra y una semblanza biográfica por Ángel M^a Ortiz Alfau. 2^a edición, 1899. XX + 264 págs.
9. *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, por Álvaro Navajas Laporte, con una introducción de José María M. Aycart Orbeago, XIX + 290 págs.

COLECCIÓN LANBIDEAK

1. *Becas: Una cuestión de contornos*, por Francisco Javier Arrieta Idiakez. 135 págs.
2. *El respaldo europeo al Concierto Económico Vasco*, por Iñaki Alonso Arce, 454 págs.
3. *Manual práctico de Derecho Civil Vasco*, por Jesús-Javier Fernández de Bilbao y Paz, 368 págs.
4. *Diccionario Terminológico de Derecho civil foral vasco. Con equivalencias en lengua francesa y en lengua vasca*, por Andrés M. Urrutia Badiola, 219 págs.
5. *La ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco*, Andrés M. Urrutia Badiola (dir./coord.), 551 págs.
6. *Familia eta Oinordetza Zuzenbidea*, por Andrés M. Urrutia Badiola, 349 págs.
7. *Ondareari buruzko zuzenbide berezia*, por Andrés M. Urrutia Badiola, 299 págs.
8. *Derecho Financiero y Tributario Fiscal Vasco. Parte General*, por Alberto Atxabal Rada y José Javier García Ross, 392 págs.
9. *Praxis de Derecho Civil Vasco*, por dir./coord. Andrés M. Urrutia Badiola, 591 págs.

COLECCIÓN IUSPLAZA

1. *Leyes Civiles Vascas / Euskal Lege Zibilak*. Ed./arg. Andrés M. Urrutia Badiola. 300 págs./or.
2. *Leyes Civiles: Bienes Inmuebles / Lege Zibilak: Ondasun higiezinak*. Ed./arg. Andrés M. Urrutia Badiola. 348 págs./or.

OTRAS OBRAS EN LAS QUE HA COLABORADO LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO

- *Dufau bi anaiak*, por Henri Duhau, con una introducción de Andrés Urrutia, publicado por Elkar, 356 págs.
- *Propuesta de Ley civil vasca*, por la Academia Vasca de Derecho y el Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia. Bilbao, 2012.
- *Adrián Celaya, Semblanzas, Oroituz*, por Andrés M. Urrutia Badiola (ed.), 108 págs + imágenes.

ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIAREN ARGITALPENAK

ALDIZKARIA

- 0. zk., 2003ko ekaina, 48 or. Akademiaren barne-araudia dakar.
- 1. zk., 2003ko azaroa, 72 or.
- 2. zk., 2004ko ekaina, 88 or.
- 3. zk., 2004ko iraila, 100 or.
- 4. zk., 2004ko abendua, 110 or.
- 5. zk., 2005eko martxoa, 112 or.
- 6. zk., 2005eko ekaina, 120 or.
- 7. zk., 2005eko iraila, 152 or., euskaraz oso-osorik.
- 8. zk., 2005eko abendua, 176 or.
- 9. zk., 2006ko martxoa, 184 or.
- 10. zk., 2006ko azaroa, 188 or., euskaraz oso-osorik.
- 11. zk., 2006ko abendua, 198 or.
- 12. zk., 2007ko martxoa, 224 or.
- 13. zk., 2007ko iraila, 232 or., euskaraz oso-osorik.
- 14. zk., 2007ko iraila, 192 or.
- 15. zk., 2008ko ekaina, 254 or.
- 16. zk., 2008ko iraila-abendua, 336 or.
- 17. zk., 2009ko iraila, 346 or.
- 18. zk., 2010eko martxoa, 324 or.
- 19. zk., 2010eko maiatza, 420 or.
- 20. zk., 2010eko abendua, 300 or.
- 21. zk., 2011ko maiatza, 313 or.

- 22. zk., 2011ko abendua, 301 or.
- 23. zk., 2012ko ekaina, 404 or.
- 24. zk., 2013ko ekaina, 372 or.
- 25. zk., 2013ko abendua, 528 or.
- 26.zk., 2014ko abendua, 490. or.
- 27. zk., 2015-2016 urtarrila-abendua, 708 or.
- 1. zenbaki berezia, 2004ko abendua, 222 or. Gaia: Oinordetza-zuzenbidea: Testamentu-ahalordea eta Kode Zibilaren 831. artikuluko arauketa berria.
- 2. zenbaki berezia, 2006ko ekaina, 112 or. Gaia: Europako Kooperatiba-Sozietatearen Estatutua ezartzea.
- 3. zenbaki berezia, 2006ko abendua, 192 or. Gaia: Emakumezkoen eta gizonezkoen arteko berdintasunari buruzko euskal legea.
- 4. zenbaki berezia, 2007ko ekaina, 254 or. Gaia: Euskal Lege Zibil Berria.
- 5. zenbaki berezia, 2008ko martxoa, 144 or.; gaia: Euskal Lege Zibilaren proiektua: arazo praktikoak.

ABEURREA BILDUMA

1. *Señores de Bizkaia. De Don Diego López de Haro V a Isabel la Católica.* Egilea: Adrián Celaya Ibarra, 500 or.
2. *Así nació Bizkaia. De Arrigorriaga al Fundador de Bilbao.* Egilea: Adrián Celaya Ibarra, 342 or.
3. *El Derecho Vasco.* Egilea: Jesús Galindez; sarrerak: Adrián Celaya Ibarra eta Santiago Larrazabal Basañez, XXVI + 232 or.
4. *Los Fueros de Bizkaia.* Egilea: Adrián Celaya Ibarra. 285 or.
5. *El Consulado de Bilbao y sus ordenanzas de Comercio de 1737.* Egilea: Javier Divar Garteiz-Aurrecoa, 136 or.
6. *José Miguel Azaola. El genio personalista.* Egileak: Adrián Celaya Ibarra, Juan Aguirre, Miguel Unzeta Uzcanga eta Alfonso C. Sanz Valdivieso. 272 or.
7. *No excediendo sino moderando.* Egilea: Jody Guetta. 198 or.

8. *Las ordenanzas de Bilbao de 1593*. Egilea: Andrés E. de Mañaricua. V + 116 or.
9. *The Biscayan tradition and its place in western political theory*. Egilea: José María Ramón de Gamboa. 213 or.
10. *El Estado plurinacional*. Egilea: J. Gabriel de Mariscal. 259 or.
11. *Zuzenbide erromatarra, Europaren historian zehar*. Egilea: Peter G. Stein. 170 or.
12. *Código, Compilación y Fuero Civil*. Egilea: Andrés M. Urrutia. 322 or.
13. *Euskara Foru Aldundien zirkularretan: Bizkaia (1917-1919) Gipuzkoa (1918-1923)*, Argitarazlea: Andrés M. Urrutia Badiola, 487 orr.
14. *Haciendo memoria*. Egilea: Ricardo de Ángel Yagüez. 384 or.

EUSKAL ZUZENBIDEAREN KLASIKOAK BILDUMA (FAK-SIMIL ITXURAN ARGITARATUAK)

1. *Derecho Civil de Vizcaya*. Egilea: Rodrigo Jado y Ventades; 1923an agertutako bigarren edizioaren berrargitalpena; sarrera: Adrián Celaya Ibarra; XXX + 676 or.
2. *Actas de las sesiones celebradas por la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya (1902)*; sarrera: Andres Urrutia Badiola, XXVI + 277 or.
3. *La Troncalidad en el Fuero de Vizcaya (1898)*. Egilea: Luis Chalbaud; sarrera: Javier Chalbaud, XIX + 137 or.
4. *Estudios Jurídicos del Fuero de Vizcaya (1918)*. Egilea: José Solano y Polanco; sarrera: José Miguel Gorostiza Vicente, XXXII + 376 or.
5. *Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya en lo civil dentro y fuera del Señorío de aquel nombre (1899)*. Egilea: Carlos de la Plaza y Salazar; liburuki bi ale bakar batean; sarrera: Adrián Celaya Ibarra, XXXI + 250 + 288 or.
6. *Derecho Privado de Vizcaya (1903)*. Egilea: Diego Angulo Laguna; sarrera: José M^a Arriola Arana, XXVIII + 275 or.
7. *El Derecho Civil de Vizcaya antes del Código Civil*; Testuak: Antonio de Trueba, Miguel de Unamuno, Ángel Allende Salazar, Manuel Lecanda

eta “Sociedad de Economía Social de París”; Sarrera eta iruzkinak: Adrián Celaya Ibarra, 232 or.

8. *Fuero de las M.N. y L. Encartaciones* (1916). Egilea: Fernando de la Quadra Salcedo; Sarrera: Adrián Celaya Ibarra; Biografía laburra: Ángel M^a Ortiz Alfau. 2, argitaraldia, 1899. XX + 264 or.

9. *La ordenación consuetudinaria del caseío en Guipúzcoa*. Egilea: Álvaro Navajas Laporte; sarrera: José María M. Aycart Orbeago, XIX + 290 or.

LANBIDEAK BILDUMA

1. *Becas: Una cuestión de contornos*. Egilea: Francisco Javier Arrieta Idiakez. 135 or.

2. *El respaldo europeo al Concierto Económico Vasco*. Egilea: Iñaki Alonso Arce, 454 or.

3. *Manual práctico de Derecho Civil Vasco*. Egilea: Jesús-Javier Fernández de Bilbao y Paz, 368 or.

4. *Diccionario Terminológico de Derecho civil foral vasco. Con equivalencias en lengua francesa y en lengua vasca*. Egilea: Andrés M. Urrutia Badiola, 219 or.

5. *La ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco*. Andrés M. Urrutia Badiola (zuz./koord.), 551 or.

6. *Familia eta Oinordetza Zuzenbidea*. Egilea: Andrés M. Urrutia Badiola, 349 or.

7. *Ondareari buruzko zuzenbide berezia*. Egilea: Andrés M. Urrutia Badiola, 299 or.

8. *Derecho Financiero y Tributario Fiscal Vasco. Parte General*. Egileak: Alberto Atxabal Rada eta José Javier García Ross, 392 or..

9. *Praxis de Derecho Civil Vasco*. Zuz./koord. Andrés M. Urrutia Badiola, 591 or.

IUSPLAZA BILDUMA

1. *Leyes Civiles Vascas / Euskal Lege Zibilak*. Ed./arg. Andrés M. Urrutia Badiola. 300 págs./or.

2. *Leyes Civiles: Bienes Inmuebles / Lege Zibilak: Ondasun higiezinak*. Ed./arg. Andrés M. Urrutia Badiola. 348 págs./or.

AVD-ZEA-REN LAGUNTZAZ ARGITARATUTAKO LANAK

- *Dufau bi anaiak*. Egilea: Henri Duhau; sarrera: Andres Urrutia; argitaletxea: Elkar, 356 or.
- *Propuesta de Ley civil vasca*. Egileak: Zuzenbidearen Euskal Akademia eta Bizkaia Jaurreriko Abokatuen Bazkun Ohoretsua. Bilbo, 2012.
- *Adrián Celaya, Semblanzas, Oroituz*. Andrés M. Urrutia Badiola (arg.), 108 or. + irudiak.

