

# JADO

REVISTA JURÍDICA ALDIZKARI JURIDIKOA LAW REVIEW

Academia Vasca de Derecho  
Zuzenbidearen Euskal Akademia

Ilustre Colegio Notarial del País Vasco  
Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Prestua

Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia  
Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsua

32 ENERO-DICIEMBRE  
2024  
URTARRILA-ABENDUA  
AÑO XIX. URTEA



Ilustre Colegio Notarial  
del País Vasco

Euskal Herriko Notario  
Elkargo Txit prestua



**AVD·ZEA**

Academia  
Vasca de  
Derecho

Zuzenbidearen  
Euskal  
Academia



2003  
2023



Ilustre Colegio de  
la Abogacía de Bizkaia

Bizkaiko Abokatuen  
Elkargo Ohoretsua

*JADO* es una revista jurídica  
publicada conjuntamente por  
la Academia Vasca de Derecho,  
el Ilustre Colegio Notarial del País Vasco y  
el Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia.

Se edita con carácter anual, y recoge  
los trabajos y actividades promovidos  
por las tres instituciones.

La correspondencia con *JADO* debe  
dirigirse a la Secretaría de la Academia:

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

El contenido del boletín se halla  
publicado en formato informático en  
[www.avd-zea.com](http://www.avd-zea.com)

*JADO* da Zuzenbidearen Euskal  
Akademiaren; Euskal Herriko Notario  
Elkargo Txit Prestuaren eta Bizkaiko  
Abokatuen Elkargo Ohoretsuaren  
aldizkari juridikoa.

Urtean behin argitaratzen da, eta  
bertara biltzen dira hiru erakunde  
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

Aldizkariaren edukia euskarri  
informatikoan argitaratuta dago,  
[www.avd-zea.com](http://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](mailto:secretaria@avd-zea.com)

Diseño / Diseinua  
[www.ikeder.es](http://www.ikeder.es)

ESTA REVISTA SE INCLUYE SISTEMÁTICAMENTE EN LAS BASES DE DATOS DIALNET Y LATINDEX  
INCLUIDA EN LA RED DE BIBLIOTECAS UNIVERSITARIAS (REBIUN)

ALDIZKARI HAU 'DIALNET' ETA 'LATINDEX' IZENEN DATU-BASEETAN BARRURATUTA DAGO  
RED DE BIBLIOTECAS UNIVERSITARIAS SAREAN BARRURATUTA (REBIUN)

DIRECTOR  
ZUZENDARIA  
DIRECTOR

Andrés María URRUTIA BADIOLA  
*Notario/Academia Vasca de Derecho*

DIRECTORA ADJUNTA  
ZUZENDARI LAGUNTZAILEA  
ASSISTANT DIRECTOR

Vega María ARNÁEZ ARCE  
*Profesora de Derecho Administrativo  
Universidad de Deusto*

CONSEJO DE REDACCIÓN  
IDAZKETA BATZORDEA  
EDITORIAL BOARD

José Miguel GOROSTIZA VICENTE  
*Abogado/Academia Vasca de Derecho*

Elixabete PIÑOL OLAETA  
*Abogada/Academia Vasca de Derecho*

Diego María GRANADOS DE ASENSIO  
*Decano del Ilustre Colegio  
Notarial del País Vasco*

Carlos FUENTENEbro ZABALA  
*Decano del Ilustre Colegio  
de la Abogacía de Bizkaia*

Francisco Javier ARRIETA IDIAKEZ  
*Profesor Titular de Derecho del  
Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Deusto*

Borja IRIARTE ÁNGEL  
*Magistrado TSJPV*

CONSEJO ASESOR INTERNACIONAL  
NAZIOARTEKO BATZORDE AHOLKULARIA  
INTERNATIONAL REFERENCE COMMITTEE

Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ (†)  
*Catedrático emérito de Derecho Civil  
Universidad de Deusto  
Abogado*

Jesús DELGADO ECHEVERRÍA  
*Catedrático emérito de Derecho Civil  
Universidad de Zaragoza*

Gema TOMÁS MARTÍNEZ  
*Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de Deusto  
Decana de la Facultad de Derecho  
de la Universidad de Deusto*

Francisco LLEDÓ YAGÜE  
*Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Deusto  
Abogado*

Santiago LARRAZABAL BASAÑEZ  
*Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Deusto*

Alberto ATXABAL RADA  
*Catedrático de Derecho Financiero y  
Tributario  
Universidad de Deusto*

Juan José ÁLVAREZ RUBIO  
*Catedrático de Derecho Internacional  
Privado  
Universidad del País Vasco*

José Luis IRIARTE ÁNGEL  
*Catedrático de Derecho Internacional  
Privado  
Universidad Pública de Navarra*

Eusebio LLAMAS POMBO  
*Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Salamanca*

Sylvie MONJEAN-DECAUDIN  
*Professeure à l'UFR LEA  
Sorbonne Université*

Óscar MONJE BALMASEDA  
*Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Deusto  
Abogado*

Joseba Josu SAGASTI AURRECHOECHEA  
*Profesor Titular de Derecho Mercantil  
Universidad del País Vasco*

Josune LÓPEZ RODRÍGUEZ  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho  
del Trabajo y la Seguridad Social  
Universidad de Deusto*

Francisco PEREIRA COUTINHO  
*Associate Professor  
Nova University of Lisbon. School of Law*

João ZENHA MARTINS  
*Associate Professor  
Nova University of Lisbon. School of Law*

Alkain ORIBE MENDIZABAL  
*Abogada*

Jesús FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ  
*Abogado*

Vicente María DEL ARENAL OTERO  
*Notario de Bilbao*

Francisco Javier OÑATE CUADROS  
*Notario de Donostia-San Sebastián*



LECCIONES MAGISTRALES / HITZALDI HAUTATUAK /  
MASTER LESSONS

- [3-16] DELGADO ECHEVERRIA, J.: *Revisión de las leyes franquistas de Derecho civil. Manuel Injujo enjuicia esta legislación en una «Ponencia de Justicia» redactada para la Unión de Fuerzas Democráticas (UFD), en París, diciembre de 1962.*
- [17-48] REY MARTÍNEZ, F.: *La igualdad jurídica: viejos problemas, nuevas soluciones.*

ESTUDIOS / AZTERLANAK / FIELD STUDIES

- [51-97] FERNÁNDEZ BILBAO, J.; OÑATE CUADROS, F.J.: *Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio.*
- [99-163] ABAJO AREITIO, C.: *Alcance y límites de la utilización de videocámaras por las FCSE con especial referencia a las bodycam en la ertzaintza.*
- [165-219] GOROSTIZA ETXEBERRIA, L.: *Emakumearen posizio juridikoa baserriaren transmisioan: Bergarako eta Zestoako kasuen azterketa.*
- [221-273] ETXEBARRIA ETXEITA, I.J.: *La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi.*
- [275-324] IRIARTE ÁNGEL, B.: *Autonomía de la voluntad. Decisiones para el final de la vida. La regulación de las voluntades anticipadas o instrucciones previas.*

NOTAS / OHARRAK / EXPLANATORY NOTES

- [327-338] GARCÍA VICENTE, F.: *La situación actual del Derecho aragonés.*
- [339-372] BRANCOS I NÚÑEZ, E.: *De la compilación del Derecho Civil especial de Cataluña al código de Derecho Civil de Cataluña.*
- [373-384] TORRE DÍEZ, S.: *Presente y futuro del Derecho Civil vasco.*
- [385-402] PÉREZ HERNÁNDEZ, E.: *Contratación en el sector público y normalización lingüística en Euskadi.*
- [403-414] LANDA MENDIBE, J.: *Normativa a cumplimentar para que la convocatoria de un proceso selectivo recoja la exigencia de un perfil lingüístico. Valoración de la última Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.*
- [415-427] TORRE DÍEZ, S.: *Situación jurisprudencial actual de la implementación del euskera como lengua de las administraciones públicas vascas y valoración de la misma.*
- [431-462] *Resúmenes de los Seminarios del Decanato de Registradores del País Vasco.*

BIBLIOGRAFÍA / BIBLIOGRAFIA / BIBLIOGRAPHY

- [465-467] URRUTIA BADIOLA, A.: *In the Realm of Legal Terminology.*
- [469-472] GARCÍA ROS, J.J.: *Recensión del libro “El régimen tributario del Derecho Civil Vasco. La fiscalidad del poder testatorio, de los pactos sucesorios, de la comunicación foral y de la troncalidad en Territorio Común y en los Territorios Forales del País Vasco”.*

- [475-483] NORMAS DE PUBLICACIÓN / ARGITALPENERAKO  
ARAUAK / PUBLICATION STANDARDS

LECCIONES MAGISTRALES/  
HITZALDI HAUTATUAK/  
MASTER LESSONS



# Revisión de las leyes franquistas de Derecho civil. Manuel Irujo enjuicia esta legislación en una «Ponencia de Justicia» redactada para la Unión de Fuerzas Democráticas (UFD), en París, diciembre de 1962<sup>1</sup>

Jesús DELGADO ECHEVERRÍA

Catedrático Emérito de Derecho Civil de la Facultad  
de Derecho de la Universidad de Zaragoza

Agradezco de corazón a la Academia Vasca de Derecho que haya querido considerarme uno de los suyos al atribuirme la condición de socio de honor. Os agradezco que hayáis querido tratarme como uno de vosotros, uno más en el amor y el estudio del Derecho civil foral vasco. Tanto más cuanto que esta Academia, que ahora es también la mía, es una asociación de personas particulares, formada por académicos socios que libremente han concurrido a formarla y contribuyen voluntariamente a sus tareas, que son muchas y socialmente eficaces.

En mi caso es sin duda el estudio del Derecho civil vasco lo que me ha traído aquí, pero este acercamiento no se explicaría sin algunos nombres propios que no quisiera olvidar en este momento.

---

<sup>1</sup> Este texto se corresponde con la intervención de su autor en el acto de nombramiento como socio de honor de la Academia Vasca de Derecho. El acto se celebró en el Palacio de la Diputación Foral de Bizkaia el día 10 de mayo de 2024.

Creo que fue en 1978 la primera ocasión en que acudí a una reunión de juristas vascos, la «Semana de Derecho foral» organizada por la sección de Vizcaya y Álava del Instituto Español de Derecho Foral. Vine de la mano de mi maestro, José Luis Lacruz Berdejo, y de Adrián Celaya, con quien ya habíamos coincidido en Jornadas organizadas por el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés (antecesor del Instituto) celebradas en Jaca en veranos anteriores.

Participé también, como ponente, en las VI Jornadas «Vizcaya ante el siglo XXI» en 1986. Así que puedo decir, permitidme la broma, que estoy en estas cosas antes que la mayoría de vosotros. Cosas de la edad.

Unos años más tarde tuve ocasión de impartir varios cursillos de doctorado en la Universidad de Deusto, en los que tuve el atrevimiento de explicar el Fuero de Vizcaya a juristas vizcaínos. En estos cursos conocí a Andrés Urrutia, y de ellos salieron algunas tesis doctorales: yo dirigí las de Itziar Monasterio (que fue, en realidad, quien me trajo a Deusto), Covadonga Martínez de Velasco y Lorenzo Goicoetxea; y estuve años más tarde en el Tribunal de la de Andrés Urrutia. No estoy alegando méritos, pues el nombramiento de socio de honor es cuestión de gracia, sino recordando a personas que significan mi mejor vínculo personal con vosotros.

A vuestra gracia quería corresponder con un estudio particular de una cuestión de Derecho civil vasco o desde un punto de vista vasco, uniéndolo así mi esfuerzo al que realizáis todos los días del año en los trabajos de la Academia. Diversas circunstancias me han llevado al tema que os ofrezco, que era desconocido para mí hace unos meses. Voy a comentar un documento, que se presentó como «Ponencia de Justicia» en el seno de la «Unión de Fuerzas Democráticas» (UFD), alianza firmada el 4 de junio de 1961 por el Partido Socialista Obrero Español (PSOE), Partido Nacionalista Vasco (PNV), Unión General de Trabajadores de España (UGTE), Acción Nacionalista Vasca (ANV) y Solidaridad de Trabajadores

Vascos (STV-ELA), como fuerzas democráticas en el exterior. Estuvo el documento preparado para la firma por Izquierda Republicana de Cataluña, que rehusó en el último momento. De las fuerzas del interior firmaban la Izquierda Demócrata Cristiana (IDC) (Manuel Giménez Fernández y Jesús Barros de Lis) y Acción Republicana Democrática Española (ARDE) (José Maldonado). No firmó la CNT, ocupada entonces en uno de sus episodios de escisiones. En cuanto al Partido Comunista, de gran influencia en el interior, quedaba expresamente excluido y rechazado por las que se consideraban «fuerzas democráticas».

El documento ciclostilado, con fecha de 8 de diciembre de 1962, comienza de este modo:

## UNIÓN DE FUERZAS DEMOCRÁTICAS

### PONENCIA SOBRE LEYES FUNDAMENTALES Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En el anteproyecto de Estatuto de Gobierno provisional se prevé la necesidad de que sea revisada la obra del régimen franquista en todos los departamentos de la administración. La alcurnia de algunas disposiciones obliga a que sobre ellas sean adoptados acuerdos iniciales, sin perjuicio de que aquella obra revisora sea acometida en su día sobre el conjunto de la legislación, incluidos los propios códigos y leyes de que vamos a ocuparnos. En esta ponencia solamente se trata los temas reputados más fundamentales.

Las disposiciones a las que se aludirá serán clasificadas de la manera que previene la base 15 del anteproyecto de Estatuto en derogadas, anuladas, reducidas a preceptos reglamentarios, válidas y subsistentes.

Las clasificaciones técnicas para acoger o, por el contrario, reprobar y rechazar las leyes franquistas estaban tomadas de la práctica de la Segunda República —de la que la oposición en el exilio se consideraba continua—

dora—, aplicada en 1931 a la legislación de la Dictadura de Primo de Rivera. Ahora, en 1962, el problema era mucho mayor, pues había que revisar legislación de veinticinco años de una dictadura que había legislado abundantemente.

El texto ciclostilado ocupa 18 densas páginas y no tiene índice. La materia se divide en 23 secciones, de las que las quince primeras se dedican a las modificaciones del Código civil y de la 16 a la 18 a otras leyes de Derecho civil, de modo que es a esta rama del Derecho a la que se presta mayor atención. Las secciones son las siguientes:

1. Título Preliminar. Derecho Foral
2. Libro Primero del Código civil. Nacionalidad y doble ciudadanía
3. Mayor edad
4. Matrimonio
5. Divorcio
6. Matrimonio, patria potestad, adopción, ausencia, tutela, consejo de familia, usufructo, testamentos, legítimas, viudedad, hijos, abintestato, donaciones y dotes
7. Derechos de la mujer
8. Ausencia
9. Matrimonios anulados
10. Registro civil
11. Libro de familia
12. Libro segundo del Código civil. Propiedad horizontal
13. Libro Tercero del Código civil. Concentración parcelaria
14. Explotaciones familiares mínimas

15. Libro cuarto del Código civil. Concurrencia y prelación de créditos
16. Arbitraje
17. Hipoteca inmobiliaria y prenda sin desplazamiento
18. Arrendamientos
19. Código Penal
20. Justicia Municipal
21. Depuración de Magistrados y Jueces
22. Responsabilidades
23. Genocidio administrativo<sup>2</sup>

En el mismo Anteproyecto de Estatuto del Gobierno Provisional que preveía la necesidad de revisión de la obra del régimen franquista se derogaban o anulaban algunas piezas principales de aquella obra: Ley de Responsabilidades políticas, la de Represión de la Masonería y el Comunismo, con todas sus derivaciones, así como las disposiciones adoptadas contra Regiones, Provincias, Municipios, Entidades políticas, sociales o económicas de todo tipo. También declaraba nulas la Ley de 17 de julio de 1942, sobre las llamadas Cortes Generales, la Ley de sucesión de 28 de julio de 1947; y «el llamado Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945».

Obviamente, en este acto solo podemos ocuparnos brevemente de alguno de estos temas: Derechos forales y matrimonio.

Antes de entrar en ellos, adelanto una impresión de conjunto: salvo en temas que acabo de indicar (Derechos forales, matrimonios) y algún otro,

---

<sup>2</sup> Puede notarse que la ponencia no se ocupa para nada del Derecho mercantil, ausencia que no se justifica en modo alguno por su falta de interés (la ley de sociedades de responsabilidad limitada es testigo suficiente).

la Ponencia considera que la mayor parte de las leyes de la dictadura franquista en materia de Derecho civil son aceptables e incluso mejores que las anteriores por ellas derogadas. Así, las leyes sobre nacionalidad y doble ciudadanía, sobre mayoría de edad; patria potestad, adopción, ausencia, tutela, consejo de familia, usufructo, testamentos, legítimas, viudedad, hijos, abintestato, donaciones y dotes, es decir, la gran reforma de 1958, excepto lo atinente al sistema matrimonial; la ley de 1961 sobre derechos de la mujer (como la anterior, impulsadas desde la Sección Femenina de la Falange); ausencia; registro civil, excepto lo relativo a sus relaciones con el libro de bautismos y las limitaciones en la imposición de nombres propios, que habían de hacerse necesariamente el lengua castellana (esto forma parte de lo que Ponencia llamará «genocidio administrativo»); libro de familia, propiedad horizontal; concentraciones parcelarias y explotaciones familiares mínimas, cuya orientación considera buena, pero critica la centralización en la toma de decisiones por los poderes públicos; concurrencia y prelación de créditos; arbitraje de 1953, que alaba, en particular el de equidad, e incluso indica como posible —para mí, altamente improbable— que se haya inspirado la ley de 1953 en el criterio esbozado por normas de la República en guerra, en su época de ministro, sobre Tribunales de equidad (es notable que esta de 1953 sea de todas las aludidas la más criticada por los civilistas del régimen); hipoteca inmobiliaria y prenda sin desplazamiento.

En cuanto a los arrendamientos, la legislación, se dice, «forma una selva» en la que todo es «barullo» y «complicación». Habrá que revisarlo todo con buen conocimiento de la realidad, especialmente respecto de los arrendamientos rústicos, en que es aún más grave el desconocimiento de la realidad, al «tratarlos de la misma manera en Cataluña, el País Vasco, Asturias, Galicia, Extremadura, Murcia y Andalucía. Un cortijo andaluz y un caserío vasco no tienen de común más que, que ambos constituyen explotaciones de carácter agrario, pero desde el suelo hasta el cielo, pa-

sando por el hombre, todo está de acuerdo en el desacuerdo de los dos». Se impone, en consecuencia, descentralizar su regulación.

Aflora aquí una vez más la visión del Partido Nacionalista Vasco y del Gobierno Vasco en el exilio sobre la estructura territorial de España. En el pacto de la UFD no lograron introducir, tampoco en el anteproyecto de Gobierno provisional, el reconocimiento de la autonomía alcanzada por el Estatuto de 1936. Se evitaron términos como naciones o nacionalidades y todo quedó en un reconocimiento de la «personalidad de las distintas comunidades naturales». Esta fue una de las cuestiones pendientes en las reuniones de Múnich en aquel verano, y la razón principal por la que no habían firmado el pacto de UFD los partidos catalanes.

Este contexto es relevante para entender mejor lo que la Ponencia dice sobre Derechos forales, que es el tema en que me centraré. Las páginas sobre Derechos forales forman un texto complejo, de clara autoría de Manuel Irujo, cuya personalidad y trayectoria política dejan impronta personal en cuanto allí se dice. El estellés Irujo, defensor en la República del Estatuto vasco-navarro, había sido diputado foral de Navarra y buen conocedor de su derecho foral público y privado. Después de la guerra siguió con atención las evoluciones de este y, en general de los Derechos forales. Su estrecho contacto con su sobrino Estanislao Aranzadi le facilitaba información de las novedades legislativas (de hecho, Estanislao le proporcionó una lista con las leyes nuevas que él enjuicia en la Ponencia) y, en particular, le tuvo al tanto del proyecto de Compilación del Derecho navarro que la Diputación concluyó en 1960 y le incitó a participar en la información pública, cosa que hizo Irujo desde el exilio parisino, después de consultar a su partido sobre la conveniencia de hacerlo.

El tono de la Ponencia es distinto al mantenido en el informe que presentó Irujo en 1948 al VII Congreso de Estudios Vascos celebrado en Biarritz sobre el «estado actual del problema de las legislaciones civiles fo-

rales en España». Considera en este escrito de 1948 que en el Congreso de Zaragoza de 1946 se hizo patente «la pervivencia del sentimiento foralista, profundamente arraigado, y la resistencia más tenaz que nunca de la regiones forales a la nivelación de su Derecho Civil con el común o de Castilla»; sentimiento que no se reflejó plenamente en las conclusiones y que fue desvirtuado por el Decreto de 23 de mayo de 1947, que regula la formación de las Comisiones Compiladoras como un paso para la unificación en un Código civil General. Conocía entonces Irujo que los foralistas que impulsaron el Congreso vieron con desagrado la forma en que el ministro de Justicia, el falangista Raimundo Fernández-Cuesta, había tergiversado aquellas conclusiones y que por ello elaboraron un escrito dirigido al Ministro pidiendo rectificación. Para aprobarlo, viajaron sus representantes al Monasterio de Montserrat y allí tuvieron reunión formal y simbólica, de la que levantaron acta. No concurrieron foralistas de Vizcaya, Álava o Guipúzcoa, lo que hace más notable que Irujo presentara en Biarritz en 1948, como documento adicional núm. 3), el borrador del escrito dirigido al ministro. La actitud de Irujo ante los inicios de la formación de las Compilaciones es cautelosa, pero parece esperanzada. Para Andrés Urrutia, que dio a conocer esta comunicación de 1948, «la conclusión es agridulce».

Ahora, en 1962, aquel proceso codificador ya está muy avanzado, pues se han publicado las Compilaciones de Vizcaya y Álava (1959), Cataluña (1960) y Baleares (1961). Irujo entiende que la formación de estas se ha producido, en realidad, contra los Derechos forales, con intención unificadora, una vez «quebrada en doce años de forcejeo la resistencia opuesta al empeño». Sigue resistiendo Navarra, en la que, dice, «se mantiene una fuerte oposición a que el Derecho sancionado por Cortes, expresión de la soberanía popular, sea puesto a la aprobación del Gobierno de Madrid e integrado en un nuevo cuerpo legal que escape al conocimiento del país para el cual fue elaborado en el transcurso de los siglos».

Recuérdese que en UFD no concurren los partidos catalanes, ni fuerzas políticas específicamente aragonesas, baleares o gallegas. El punto de vista de la Ponencia es el vasco-navarro de Irujo, que termina considerando que estos apéndices forales (o los que se aprueben luego por los mismos cauces) habrán de reducirse «a preceptos reglamentarios, de aplicación mientras no sean modificados o derogados». No los declara derogados o anulados, porque considera útil su aplicación, pero expresa así el rechazo que le provoca su aprobación por el Estado español. Para el futuro, en la situación de Gobierno provisional, propone como cauce que «Las Diputaciones Generales, oyendo a los Ayuntamientos, Academias, Sociedades de Estudios, Universidades y Colegios de Abogados, notarios, procuradores y secretarios municipales, aprobarán las Compilaciones de Derecho civil de los respectivos países, las cuales, para que entren en vigor, habrán de ser sancionadas por el Gobierno, mientras no se hallen reunidas las Cortes, las cuales adoptarán acuerdo definitivo sobre el régimen futuro». Son disposiciones para la actuación del Gobierno provisional, cuyo Estatuto no prevé gobiernos autónomos de Cataluña y Euskadi.

En el análisis de Irujo, lo que más me llama la atención es su invocación del fantasma de un «Código civil de Franco». Ahora el mayor peligro para los derechos forales vendría del propósito del régimen de «confeccionar un nuevo Código civil que pudiera llamarse “Código de Franco”, como el francés se denominó “Código de Napoleón”». Este propósito se revelaría en dos Decretos, de 1938 y 1940, que creaban y ampliaban, respectivamente, la «Comisión General de Codificación».

El fantasma de un «Código civil de Franco» se ha aparecido alguna vez desde la guerra civil y quizás tuvo su última manifestación en la obra del catedrático de Derecho civil y teórico del franquismo Pascual Marín Pérez, señaladamente en su artículo «Unificación del Derecho civil español» (RGLJ, 1958), al final del cual indica la «necesaria, urgentísima e

inminente tarea del *Código civil de Franco*», como deber de la «España de la Cruzada». En los primeros años de la Dictadura, pudo aparecer como anhelo de emulación del hipotético *Código del Pueblo* alemán (pero español y, siempre, católico) de la pluma beligerante de Batlle. En los años sesenta, podría estar representado por el «Código general hispánico», sintagma propuesto por quien fue secretario del Congreso de 1946, Luis Martín-Ballester y Costea. Creo que no pasaron de figuras retóricas para algunas ocasiones festivas. Lo que no significa que no precisen un estudio detallado y contextualizado con el que hoy no contamos.

En hecho es que Irujo se toma en serio el «Código civil de Franco» como proyecto de la Comisión de Codificación, «obra emprendida [que] tropezó con los regímenes forales vigentes, que actuaron de “resistencia”».

Y así lo comenta en privado, en una larga carta dirigida desde París, el 20 de junio de 1961, a Ramón Sáinz de Varanda, entonces profesor adjunto de Derecho Político en Zaragoza, miembro de la Academia Aragonesa de Estudios Europeos y luego, en la democracia, primer alcalde socialista de Zaragoza y Senador.

«Celebro mucho que ahí le den aire, mucho aire, a lo del famoso apéndice. Yo, en la comunicación que remití, cuya copia envié a usted, procuré plantear el problema, sin desdibujar lo navarro, bajo el aspecto de “autóctono” frente al Código de Napoleón. Pero es que, el pollo del Pardo no quiere ser menos que Napoleón y aspira a dejar tras sí un nuevo Código, que sea modelo que copie, al menos, el mundo ibero-americano. Y como tiene al lado insensatos y serviles que le llevan el aire...».

La larga carta contiene información política sobre personas y grupos en vísperas de la que iba a ser, aquel noviembre, la reunión de Asamblea del Movimiento Europeo en Estrasburgo, pospuesta para junio del 62 en Múnich. A Múnich acudió Ramón Sáinz de Varanda (lo que le trajo problemas como capitán jurídico del Aire que era) y no acudió, aunque

estuvo anunciado como miembro de la comisión política, su amigo y correligionario de democracia cristiana José Luis Lacruz Berdejo<sup>3</sup> (de quien también hay alguna carta, por aquellas mismas fechas, en el Fondo Manuel Irujo).

La tesis doctoral de Sáinz de Varanda versaba sobre «La Ley Paccionada de Navarra y la vigencia de las normas forales sobre sucesión intestada». [Publicada por la Institución «Fernando el Católico», de la Diputación de Zaragoza, en 1954, había obtenido el Premio Olave de Navarra en 1952. Existe una reedición del año 1970 de la Institución Príncipe de Viana]. Había interesado especialmente a Irujo, que la citó como exponente de la «doctrina foral» navarra en su escrito dirigido a la información pública que la Diputación Foral abrió cuando presentó su proyecto de «Fuero Recopilado» en 1960.

«Que las leyes forales vigentes elaboradas por el Poder Legislativo de Navarra en el uso de su soberanía, sean reemplazadas por un Apéndice del Código Civil es muy grave y merece ser considerado en primer término; que haya quien se atribuya hoy las facultades y funciones de nuestras Cortes Soberanas para poner las manos en su obra legislativa es tema que bien merece estudio y deliberación; y que Navarra se exponga al trámite de este expediente sin tener la absoluta seguridad de que en Madrid va a respetarse escrupulosamente lo que como Proyecto definitivo sea concretado, es algo tan digno de ser considerado como los temas anteriores. Todo ello entraña el más profundo significado de lo que el propio proyecto denomina “Doctrina Foral”».

---

<sup>3</sup> En la reunión del Consejo Federal de 15 de mayo se fijaron los nombres de los componentes de la mesa de discusión presidida por Madariaga. En una de las dos comisiones en que se desdobló, la política (la otra era la económica) estaba formada por Gil Robles, un republicano pendiente de designar, Ridruejo y «el profesor Lacruz Berdejo, de Zaragoza». AMAT, Jordi, *La primavera de Múnich. Esperanza y fracaso de una transición democrática*, Barcelona, 2016, p. 250.

Estas declaraciones de principio se trasladan, resumidas, a la Ponencia. «En Navarra se mantiene una fuerte oposición a que el derecho sancionado por las Cortes, expresión de la soberanía popular, sea puesto a la aprobación del Gobierno de Madrid e integrado en un nuevo cuerpo legal que escape al conocimiento del país para el cual fue elaborado en el transcurso de los siglos».

La «Doctrina Foral» que invoca en su escrito de 1960 a la Diputación se concreta en las obras, que cita y glosa por este orden, de Rafael Aizpún Santafé (vocal a la sazón de la Comisión General de Codificación) y Francisco Javier de Arvizu. Doctrina que, dice, reitera Julio Gúrpide Beope y vulgariza Raimundo Aldea Eguilaz. Termina así la enumeración: «El tema se encuentra amplia y jurídicamente tratado por Don Ramón Sáin de Varanda, Premio Olave de 1952, en su obra» citada.

Volvamos al Código civil. Si, en el siglo XIX, desde el punto de vista foralista, el riesgo era un Código excluyente o que prescindiera de los Derechos forales, en 1962 el peligro parece ser un Código civil que los incluya (sea o no «de Franco»). Aún no hemos estudiado adecuadamente (como historia, no solo como memoria) el proceso Compilador lanzado por el Congreso de Zaragoza de 1946 y culminado con la gran reforma del Título Preliminar del Código civil en 1974. La Constitución de 1978 abre una nueva etapa en que es difícil discernir lo que hay de ruptura y lo que supone de continuidad. Pero lo que ocurre mucho antes, y la Ponencia de 1962 corrobora sin siquiera plantearlo, es que aquel Código civil decimonónico, ya viejo de nacimiento, burgués, liberal y afrancesado, que fue recibido con críticas que se prolongan en la Segunda República y, por razones no muy distintas, por los intelectuales de Falange que citan a José Antonio, consigue muy pronto en la posguerra la aceptación y reconocimiento general.

A las críticas desde las cátedras universitarias, constantes desde la misma aprobación del Código, ponen fin las admoniciones de los catedráticos de la Central, De Castro (desde 1942) y Hernández Gil. En la Comisión de Codificación, cuyas normas constitutivas de 1937 y 1940 glosa Irujo para poner en guardia frente a un «Código de Franco», nunca se planteó la redacción de un nuevo Código (como sí se hizo, tempranamente, aunque sin éxito, con el mercantil). La consigna la da en 1942 el Ministro de Justicia Esteban Bilbao. Entre otras tareas, y no como preferente, habrá de abordar la Comisión también el Código civil «conservándolo en su estructura como verdadero monumento legislativo para introducir en él las reformas y adiciones que las circunstancias de los tiempos exigen contemplativamente a los principios que inspiran el nuevo régimen».

La tensión foral, la pluralidad de Derechos civiles coexistentes en España, acaba siendo el pilar más fuerte de la resistencia del Código Civil de 1889 a la abrasión del tiempo y a los impulsos de renovación. Impensable formular otro, sobre bases nuevas, que lo sustituya. Antes habría de resolverse «la cuestión foral». Mientras tanto, el monumento sólo admite restauraciones. Y no solo permanece la parte decimonónica que, obviamente, no es fruto de la dictadura franquista, sino también lo que ella añadió. Como hemos visto, en 1962 son aceptadas la mayoría de las reformas, estas sí franquistas, en esta Ponencia de la Unión de Fuerzas Democráticas. Veinte años más tarde, cuando con el primer gobierno socialista España ponía fin a la transición democrática, el monumento seguía intocable en su estructura, ahora remozado por un Título preliminar con tufos constitucionales, previsoramente insertado por el tardofranquismo al filo de la muerte del dictador. Cuarenta y seis años después de la Constitución de 1978, el Código civil de 1889 sigue ahí.

He comentado sólo un tema (sin duda, entre los dos o tres más relevantes) entre las dos docenas de los planteados en esta ponencia de 1962 de

autoría principal, si no exclusiva, de Manuel Irujo. Espero que haya despertado vuestro interés y que, con la contribución de otros juristas e historiadores, quizás de esta misma Academia en que habéis querido acogerme, mi contribución sea una pieza más del necesario estudio de la historia reciente de nuestros Derechos civiles y de nuestro Código civil. Conocimiento histórico muy necesario para preparar las decisiones políticas sobre el futuro de nuestros Derechos civiles y de nuestro Código civil.

# La igualdad jurídica: viejos problemas, nuevas soluciones<sup>1</sup>

Fernando REY MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid  
Valladolideko Unibertsitateko Zuzenbide Konstituzionaleko katedraduna

## 1. INTRODUCCIÓN: LA IDEA JURÍDICA DE IGUALDAD ES PARADÓJICA

Cualquier pretensión de abordar en profundidad el concepto jurídico de igualdad, uno de los centrales de cualquier ordenamiento jurídico, se enfrenta a desafíos poderosos. Los objetivos intelectuales excesivamente ambiciosos suelen volverse, como un bumerán, contra quienes temerariamente los establecen. Sobre el principio de igualdad se han escrito miles de páginas y se escribirán muchas más, y no sólo desde una perspectiva estrictamente jurídica. Se presenta, en el plano de la realidad social, una interesante paradoja: el concepto jurídico de igualdad es más potente y denso que nunca, pero su vigencia en el plano de los hechos se halla en trance de devaluación a partir de la crisis económica de 2007, agravada después por los efectos de la pandemia por la COVID-19. Así

---

<sup>1</sup> Este texto corresponde, en líneas generales, a la conferencia que el autor pronunció en la Lección inaugural del Curso 2023/2024 de la Academia Vasca de Derecho el día 21 de noviembre de 2023. Ello explica la carencia de referencias bibliográficas que, no obstante, pueden encontrarse en el libro *Derecho Antidiscriminatorio*, editorial Aranzadi y Thomson Reuters, Pamplona, 2023 (2ª edición).

como la crisis derivada de los ataques terroristas del fundamentalismo islámico en 2001 fragilizó los derechos de libertad en nombre de una sacrosanta invocación de la seguridad pública, la crisis económico-financiera ha percutido sobre los derechos de igualdad tal y como se venían entendiendo como ideal del Estado social contemporáneo. En definitiva, ambos tipos de crisis han socavado en cierta medida las bases ideológicas y fácticas del constitucionalismo actual. Esto es un rasgo original (pero no precisamente brillante) del siglo XXI: hasta entonces, la evolución del constitucionalismo había avanzado siempre, no sin dificultades, en clave progresiva, de extensión. En nuestra época se ha producido un retroceso significativo porque no apunta sólo a la existencia o no de recursos, es decir, a un problema de *cantidad* de Estado Social, sino a la propia existencia *ideológica* de tal forma de Estado y a su imagen maestra. No tenemos certeza alguna de que el Estado Social futuro sea más potente que los anteriores en el tiempo; más bien, se abre paso la sensación, trufada de ansiedad y miedo, de que cualquier tiempo pasado fue mejor. Efectivamente, el futuro no es ya lo que era, el constitucionalismo ha ido perdiendo por el camino su potencial emancipatorio y utópico y, a partir de ahí, se plantean dudas sobre su propia supervivencia y validez.

En esta conferencia intentaré plantear preguntas y respuestas con una intención mucho más modesta, la de hacer observar algunas paradojas que rodean a la idea jurídica de igualdad. Concretamente, identificaré, de entre todos los posibles, diez problemas que se plantean en la actualidad en torno a la igualdad y la prohibición de discriminación como conceptos jurídicos.

## 2. PRIMER PROBLEMA: ¿IGUALDAD FORMAL v. IGUALDAD SUSTANCIAL?

La contraposición entre la igualdad “formal” o “jurídica” y la igualdad “real” o de “oportunidades” es una idea común y rutinaria. Esta contraposición proviene del pensamiento de izquierdas del siglo XIX que, en el contexto de las luchas obreras de la época, criticaba la idea de igualdad estrictamente formal de los códigos civiles entre empleadores y trabajadores, que no captaba la enorme desigualdad de hecho existente entre ellos y el abuso y la explotación de los primeros sobre los segundos. Con el concepto de igualdad real, propuesto como aspiración ideal, se intentaba evocar una situación en la que empleadores y trabajadores mantuvieran una relación más equilibrada y, en general, un orden social en el que, por la decisiva intervención del Estado, los trabajadores tuviesen acceso a los derechos sociales básicos (trabajo, seguros sociales, vivienda, educación, protección de la salud, etc.) La Constitución española vigente, influida en este punto por la italiana, refleja esta diversidad conceptual, recogiendo en el art. 9.2 CE la igualdad “real y efectiva” de individuos y grupos, y la igualdad general en el art. 14 CE.

¿Cómo se relacionan actualmente la igualdad de oportunidades del art. 9.2 CE y la igualdad “formal” del art. 14 CE? Ya no estamos en el marco del Estado liberal decimonónico, sino en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). De momento, la cláusula de igualdad formal del art. 14 CE alberga al mismo tiempo una prohibición de discriminación que tiene un efecto intensamente protector de las personas que pertenecen a diversos grupos sociales, lo que casa mal con una idea de igualdad “formal”. Ciertamente, si se habla en términos políticos, es correcto contraponer la idea de una igualdad “jurídica”, la que se reconoce en la Constitución y en otros textos normativos, frente a la igualdad “real” entre los ciudadanos, que mediría, en la realidad, el distinto acceso y disfrute de unos y de otros de

los derechos fundamentales, sobre todo los sociales, y, por tanto, comprobar el grado de sinceridad o aplicación práctica de aquellos textos jurídicos.

Pero desde un punto de vista jurídico preciso, aunque igualdad real e igualdad formal son conceptos diferentes, ubicados en preceptos constitucionales diversos, no cabe contraponerlos: la igualdad real (art. 9.2 CE en relación con los principios rectores del Capítulo Tercero del Título I de la Constitución) implica el establecimiento de diversas diferencias de trato jurídico en favor de ciertos colectivos sociales (indicados por el texto constitucional, como la infancia, la juventud, la tercera edad, los discapacitados físicos y psíquicos, los consumidores, los desempleados, las familias, etc.), en función de criterios de desigualdad no sólo jurídicamente razonables y válidos (que enervan cualquier posible discusión sobre la validez de esa diferencia de trato jurídico —si bien puede subsistir la disputa— no sobre el “qué”, pero sí por el “cómo” y el “cuánto”), sino, vale decir, especialmente legítimos en cuanto expresamente queridos por el constituyente. Es decir, la igualdad real, en el Estado social, se ubica dentro del esquema conceptual de la igualdad formal: la igualdad “real” es una especie del género igualdad “formal” cuando entre en juego algún criterio de diferenciación de trato jurídico en favor de grupos sociales en desventaja querido por el constituyente o el legislador. Concurriendo criterios de desigualdad de trato como la infancia, la juventud, la vejez, la carencia de empleo, etc., el juicio de igualdad, esto es, de razonabilidad de las diferencias, se torna más fácil: cuentan a su favor con una presunción constitucional *iusis tantum* de validez. Las desigualdades jurídicas favorables a las personas y grupos con cualquier desventaja fáctica son constitucionalmente razonables, esto es, no discriminatorias. Y aún más: son queridas por el constituyente. Pero pensar que igualdad formal y real (como si la igualdad jurídica real —art. 9.2 CE— no fuera también “formal”) se contraponen, significa seguir comprendiendo el constitucionalismo contemporáneo a partir de las categorías del siglo XIX, por tanto, con un ajuar de ideas antiguas.

### 3. SEGUNDO PROBLEMA: ¿QUÉ RELACIÓN EXISTE ENTRE LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN?

En el ordenamiento español, la cláusula general de igualdad se alberga en el art. 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley”. Cualquier violación de este precepto supone, por tanto, una discriminación en sentido amplio prohibida por la Constitución.

Pero el art. 14 contiene algo más, alberga una prohibición de discriminación por diversas causas o rasgos o motivos específicos: “...sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. La lesión de este precepto provocaría una discriminación en sentido específico prohibida por la Constitución. Es preciso observar que el listado del art. 14b CE es abierto, no establece un *numerus clausus*, pero alude, expresamente, a diversos rasgos *sospechosos* de un cierto tipo de discriminación. En palabras del Tribunal Constitucional, esta cláusula “representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5)”. ¿Por qué el constituyente ha identificado precisamente esos rasgos, el género, la raza, etc. y no otros? La respuesta a esta pregunta es importante porque la Constitución protege más intensamente la prohibición de discriminación por género, raza, etc., que la igualdad en general.

La prohibición de discriminación especial se refiere sólo a aquellos supuestos en los que el criterio o rasgo de diferenciación de trato jurídico es la raza, el origen étnico, el sexo, la religión, la ideología, el nacimiento o cualquier otro que la experiencia histórica evidencie como proclives para configurar una diferencia peyorativa entre las personas, basada en

prejuicios gravemente odiosos para la dignidad de la persona. En estos supuestos la diferencia entre grupos sociales conlleva un riesgo muy alto de catalogar a alguno de ellos como inferior, como un no-participante en la vida social. La discriminación opera a partir de una generalización o estereotipo negativo, es decir, un prejuicio, ligado a un grupo, que se adjudica a una persona tan sólo por pertenecer a él. De ahí el carácter particularmente odioso de este tipo de discriminaciones. A una persona se la va a despedir, o no contratar, o negar el alquiler de un piso, o echar de una discoteca, etc. tan sólo por formar parte de un grupo social determinado, no por lo que ella haya hecho o no personalmente.

La noción de *estereotipo* proviene, precisamente, del mundo de la imprenta: un tipo fijo en metal que sirve para producir múltiples imágenes en materiales porosos y dúctiles (papel, tela, etc.). Los estereotipos proporcionan una visión altamente exagerada de unas pocas características; algunos son inventados, carecen de base real o se muestran verosímiles porque en una pequeña proporción pueden ser reales; en los estereotipos negativos, o prejuicios, las características positivas se omiten o infravaloran, no aportan ninguna información sobre sus causas; no facilitan el cambio y, sobre todo, no tienen en cuenta las diferencias entre individuos del mismo grupo. Los rasgos de pertenencia de estos grupos son, comúnmente, inmodificables por el miembro individual y no dependen de la libre elección del sujeto, de su mérito y trayectoria individual, y suelen ser, además, transparentes, de suerte que, normalmente, se produce una cierta *estigmatización social* por el hecho de la simple pertenencia a un grupo que uno no ha elegido, del que normalmente no se puede salir y cuya pertenencia no se puede ocultar.

Pues bien, el derecho de igualdad en general se satisface si la diferencia de trato es razonable, pero este criterio de la razonabilidad no sirve para las discriminaciones especiales, en las que el control judicial es más riguroso, nada menos que el principio de proporcionalidad. La lista del art. 14

CE menciona expresamente cinco rasgos: el nacimiento, la raza, el sexo, la religión y la opinión.

Ahora bien, como se indicaba, la lista del art. 14CE es una lista abierta. El Tribunal Constitucional ha ido descubriendo en la penumbra de la expresión “otra condición o circunstancia personal o social” diversos rasgos, entre otros, la edad, la discapacidad, la orientación e identidad sexuales o la discriminación por circunstancias familiares en el caso de menoscabo de una efectiva conciliación entre la vida privada o familiar y la laboral.

Así como el derecho de igualdad general (art. 14a CE) tiene un contenido jurídico bastante lábil, el de la prohibición de discriminación en sentido específico (art. 14b CE) lo tiene bien robusto y potente. En efecto, el derecho de igualdad general prácticamente equivale a la prohibición constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (que se produce cuando tratan jurídicamente de forma disímil situaciones de facto comparables), mientras que la prohibición de discriminación específica (por género, raza, etc.) tiene por contenido la igualdad de trato, esto es, la prohibición de las discriminaciones directas o de trato e indirectas o de impacto, y la igualdad de oportunidades, es decir, el mandato de acciones positivas. Es evidente la doble faz de este último derecho: la subjetiva/individual, en forma de las reglas de la igualdad de trato y la objetivo/institucional bajo la especie del principio de las acciones positivas. La diferencia, pues, entre la igualdad en general y las prohibiciones específicas de discriminación es de tal calado que un cierto sector de la literatura considera que estamos en presencia, en realidad, de dos derechos fundamentales diferentes. A mi juicio, sin embargo, igualdad general y prohibición de discriminación guardan una relación de género a especie: la prohibición de discriminación es una variedad del género igualdad cuando el criterio de desigualdad que concurre es uno de los “sospechosos” (género, etnia, etc.).

En cualquier caso, se puede observar que el concepto jurídico de igualdad (como ocurre, salvadas las distancias, con la libertad, la propiedad o la intimidad constitucionales) conoce diversos grados de densidad de contenido. Es una igualdad por escalas. Y esto, de hecho, provoca diversos niveles de protección. Teóricamente, los poderes públicos tienen que lograr al mismo tiempo la igualdad entre todos los ciudadanos sin distinción. Pero, en la práctica, las políticas de igualdad cuentan con recursos limitados y preferencias políticas legítimas a partir del pluralismo partidista. Esto significa que en la realidad se produce algo que en la teoría se niega: la jerarquización o priorización de la tutela de la igualdad de los grupos sociales directamente abarcados por la prohibición de discriminación en sentido estricto (mujeres, minorías sexuales, minorías étnicas, etc.) respecto de cualesquiera otros protegidos por la cláusula general de igualdad (ésta, realmente, protege individuos mientras que aquella protege a los individuos en cuanto miembros de un particular grupo social porque la discriminación proviene precisamente de esta pertenencia al grupo); y la jerarquización, dentro de las prohibiciones específicas de discriminación, de unos grupos respecto de otros, y, dentro del mismo grupo, de un determinado tipo de políticas frente a otras. Todo ello configura políticas de igualdad diversas en el tiempo y en el espacio político. Así pues, no es posible hablar de una sola política de igualdad, sino de una pluralidad de ellas.

#### 4. TERCER PROBLEMA: LA IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Rutinariamente, suele relacionarse la cláusula general de igualdad con el Estado de Derecho en cuanto supone la prohibición de arbitrio en la actuación de los poderes públicos y la igualdad de oportunidades con el Estado Social en la medida en que supone un mandato para aquellos en orden a proveer las condiciones para que todas las personas puedan

desarrollar un proyecto autónomo de existencia. Pero suele dejarse en la penumbra la conexión de la igualdad y, más específicamente, de la prohibición de discriminación, con la cláusula del Estado democrático.

La igualdad, desde la perspectiva del principio democrático, excluye que ciertas minorías o grupos sociales en desventaja, como las mujeres o los grupos étnicos, puedan quedarse “aislados y sin voz”. La igualdad constitucional postula la *igual dignidad social* de todos los ciudadanos: hay que rechazar toda creación o aplicación del Derecho que trate a algunos miembros de la comunidad como ciudadanos de segunda clase. En palabras del Tribunal Supremo norteamericano en *Zobel vs. Williams* (1982), se viola la igual ciudadanía “cuando la sociedad organizada trata a alguien como un inferior, como parte de una casta dependiente o como un no-participante”.

La teoría del proceso político, formulada en la nota a pie de página cuarta de la Sentencia *Carolene Products v. U.S.* (1.938, ponente: Stone), y retomada por John H. Ely, sostiene que la disposición constitucional de la igualdad concierne principalmente a la protección por los jueces de aquellos grupos minoritarios que son incapaces por sí mismos de defenderse en la arena política a causa de su privación de derechos o por sufrir estereotipos negativos. En definitiva, la igualdad constitucional pretende corregir el déficit de ciudadanía que pesa sobre los miembros de diversos grupos sociales. Este es otro criterio para, en mi opinión, dar preferencia a unas políticas antidiscriminatorias respecto de otras.

## 5. CUARTO PROBLEMA: PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN FRENTE A IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

En contra de lo que usualmente suele afirmarse, tampoco son equivalentes, según creo, el concepto de igualdad substancial o real (en realidad, como hemos visto, encajable en el esquema interpretativo general de la igualdad “formal”, con la particularidad de la explicitación por el constituyente de la razonabilidad de las eventuales diferencias jurídicas de trato —no sólo permitidas, sino, incluso, pretendidas—) y la prohibición de discriminación en sentido estricto. Y no lo son porque las diferencias jurídicas de trato adoptadas para lograr una igualdad de oportunidades en favor de cualquier colectivo social situado en cierta desventaja fáctica, son, en el sentido acuñado por R. Alexy, un *principio*, esto es, un mandato a los poderes públicos de optimización, dentro de las posibilidades técnicas y financieras; y las prohibiciones de discriminación en sentido estricto (por razón de raza, sexo, etc.) son una *regla*, más concretamente un auténtico derecho fundamental, es decir, un derecho subjetivo judicialmente exigible. El mandato de igualdad real del art. 9.2, en relación con los principios rectores del Capítulo Tercero (que informarán la actuación de los poderes públicos y sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen —art. 53.3 CE—), está condicionado por tres factores: (1º) Depende de las posibilidades financieras y técnicas del país en cada momento. (2º) Su desarrollo por las distintas mayorías políticas que se vayan sucediendo puede ser, en aplicación de las diversas concepciones ideológicas y estratégicas en presencia, muy diferente; y ello es legítimo, en virtud del principio democrático. Como toda la Constitución, pero más aún, el Capítulo Tercero no es un programa, sino un marco de posibilidades de actuación. (3º) Pero no sólo la determinación de “cómo” fomentar la igualdad real está abierta, sino,

incluso, la precisión de “qué” grupos sociales pueden ser beneficiarios de políticas de fomento (el Capítulo Tercero contiene, evidentemente, una lista abierta). De hecho, como observa Denninger uno de los puntos característicos del constitucionalismo actual es una nueva sensibilidad no por la igualdad, sino por la desigualdad. Frente a la tradición iluminista de la Modernidad, que postulaba la autonomía del individuo, la universalización de la razón y la igualdad de los ciudadanos, el *gusto por la diversidad* actual (propio de la postmodernidad) propone la salvaguarda de la identidad del individuo en el marco de un grupo limitado y circunscrito (*nuestro grupo*), una pluralidad de esferas particulares de valores (que cuestionan la validez de una razón universal) y el reconocimiento de la igualdad (abstracta) como desigualdad en sentido concreto: un derecho igual a la desigualdad. Esto se traduce en exigencias de prestaciones compensatorias difíciles de cumplir. Por el contrario, las prohibiciones de discriminación en sentido estricto ni deben hacerse depender de las posibilidades financieras y técnicas, ni deben estar en el centro de la polémica política de los partidos que compiten por la mayoría en el Parlamento (sino sustraída de ella por tratarse de derechos fundamentales genuinos) ni se debe poder referir a cualquier grupo social en desventaja, sino sólo a aquellos que, según la experiencia histórica, son víctimas de una profunda y arraigada discriminación, marginación u hostilidad sociales.

Así pues, el mandato de acciones positivas o de igualdad de oportunidades a favor de los grupos especialmente protegidos por la prohibición de discriminación (mujeres, minorías étnicas y sexuales, etc.) no juega de igual modo que ese mismo mandato respecto de cualesquiera otros grupos. Primero, porque en el primer caso, junto con este principio, concurren las reglas o derechos subjetivos de la prohibición de discriminación directa e indirecta, que no operan respecto de los otros grupos sociales. Segundo, porque en relación con los grupos protegidos por la prohibi-

ción de discriminación, en un contexto de recursos escasos y en atención a las causas expuestas, se produce una auténtica regla de preferencia o prelación constitucional: tienen prioridad respecto del resto de políticas de igualdad. Con las políticas antidiscriminatorias es como si le pusieran dientes al principio general de la igualdad de oportunidades.

Por supuesto, las políticas antidiscriminatorias guardan un aire de familia y forman parte de las políticas de igualdad de oportunidades en general, pero son diferentes, lo que no siempre se comprende. Además, algunos de los rasgos protegidos por el Derecho Antidiscriminatorio específico son transversales, de modo que inevitablemente están presentes en la política general de igualdad de oportunidades. Pensemos, por ejemplo, en el género. Cualquier medida de igualdad de oportunidades debe considerar el enfoque de género. Pero el Derecho Antidiscriminatorio no puede convertirse en un capítulo más de las políticas del bienestar y de los servicios sociales en general. Entre otras razones, porque la lucha contra las discriminaciones específicas no persigue tan sólo, aunque también, mejorar las condiciones socio-económicas de los grupos afectados, sino que tiene, además y sobre todo, una dimensión de *lucha ideológica* contra los prejuicios sociales que causan la discriminación y de reconocimiento de la riqueza democrática derivada de la diversidad, el pluralismo y la tolerancia.

## 6. QUINTO PROBLEMA: LA IDEA DE IGUALDAD JURÍDICA ES DIFERENTE EN ESTADOS UNIDOS Y EN EUROPA

A partir de los años sesenta del siglo XX emergió en los Estados Unidos una nueva rama del Derecho, el Derecho antidiscriminatorio. En mi opinión, con permiso de la *Executive Order 10925* del presidente Kennedy de 6 de marzo de 1961, que acuña el concepto de *affirmative action*, el acta de nacimiento del Derecho Antidiscriminatorio se debe expedir el

2 de julio de 1964, en el preciso momento en el que el Presidente norteamericano Lyndon B. Johnson promulga la *Civil Rights Act*, en presencia de diversas autoridades y líderes, entre los que se encontraba Martin Luther King. Se trata de una de las leyes más importantes de la historia por el cambio social que provocó, por su influencia posterior y por su contexto histórico. Propuesta por el Presidente John F. Kennedy, prohibía cualquier discriminación racial, sexual, religiosa o por origen nacional en los ámbitos electoral, laboral, escolar, de los servicios prestados al público (hoteles, restaurantes, etc.), habilitando a las autoridades federales a garantizar la igual protección jurídica que establece para todos los ciudadanos la Decimocuarta Enmienda de la Constitución Federal (a todos se garantiza “la igualdad protección de las Leyes”) a lo largo del territorial nacional, también en los Estados del Sur.

La Ley fue impugnada por invadir competencias de los Estados, pero el Tribunal Supremo Federal falló a favor de su constitucionalidad considerando que el poder de comercio del Congreso federal abarca la regulación de los medios y las personas del comercio entre los Estados en Norteamérica. En Estados Unidos, la competencia sobre el comercio dentro de los límites estatales le corresponde a cada Estado, pero la regulación del comercio interestatal y de los pueblos originarios le compete a la Federación. En virtud de esta cláusula, el Tribunal Supremo Federal ha ido ampliando los poderes de la Federación, como ocurre, precisamente, en materia de prohibición de discriminación.

El Derecho antidiscriminatorio se fue desarrollando en los Estados Unidos y, en general, en el mundo anglosajón, durante los años setenta y ochenta y desde ahí se ha ido irradiando a todo el orbe, a menudo a partir del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Por su parte, el Derecho de la Unión Europea ha ido incorporando las categorías norteamericanas y las ha generalizado entre los Estados miembros. ¿Por

qué el Derecho Antidiscriminatorio surge precisamente en los Estados Unidos? Porque mientras la idea de igualdad en Europa es, a lo largo del siglo XIX y bien entrado el siglo XX, una idea fundamentalmente política que se refiere sobre todo a la pugna entre obreros y burgueses, en Estados Unidos, una sociedad más homogénea desde ese punto de vista, una sociedad de propietarios, la idea de igualdad es, más bien, de corte jurídico y se refiere, sobre todo, a aquellos que eran allí “los otros”: la población afrodescendiente que había sido esclavizada desde que en agosto de 1619 un barco apareciera en el horizonte cerca de Point Comfort en Virginia con 20 esclavos africanos. La cuestión de la igualdad racial se convierte de este modo en los Estados Unidos en uno de los temas centrales de su construcción como Nación, lo que puede comprobarse en su importancia decisiva en dos momentos críticos: como espoleta de su Guerra de Secesión (el Presidente A. Lincoln declara la libertad de todos los esclavos de la Confederación mediante una Orden Ejecutiva de 22 de septiembre de 1862 y más tarde se prohíbe la esclavitud en todo el país por la Enmienda Decimotercera, de 18 de diciembre de 1865), y como foco central del movimiento por los derechos civiles (1955-1968), que, conseguida ya 90 años antes la igualdad formal entre blancos y negros, reivindicó la igualdad real y la prohibición de segregación en lugares públicos.

A partir de su impronta norteamericana y antirracista en origen, el Derecho antidiscriminatorio se ha ido generalizando en todo el mundo; constituciones, leyes, sentencias y opiniones doctrinales han ido incorporando en su acervo común las categorías centrales: igualdad de trato, de oportunidades, discriminaciones directas, indirectas, rasgos protegidos, acciones afirmativas, interseccionalidad, acosos, etc. Ampliando, además, los rasgos especialmente protegidos desde el factor racial al de género (en la Unión Europea el camino ha sido el inverso: primero el género y después la etnia) y, desde ahí, a otros: orientación y discriminación de género, edad o discapacidad, principalmente.

En Europa, sin embargo, la idea tradicional de igualdad es diferente: es una idea sobre todo política y no jurídica y, por ello, a diferencia de lo que sucedía en Estados Unidos, no ha servido hasta hace poco para sostener y ganar demandas judiciales. En el siglo XIX la utilizó la burguesía primero como igualdad “formal”, para igualarse en derechos con la aristocracia (un derecho igual para todos frente a los regímenes diversos de los estamentos del Antiguo Régimen: tanto en el momento de dictar la norma, que habría de ser general por sus destinatarios y abstracta por su repetibilidad indeterminada, cuanto en el momento de su aplicación) y, más tarde, para defender la tesis de que obrero y amo eran totalmente iguales en orden a contratar libremente lo que quisieran, legitimando de este modo el abuso y la explotación laboral depredadora del capitalismo manchesteriano. A finales del XIX y en el siglo XX, la idea de igualdad la utilizó el movimiento obrero para defender la igualdad real o de oportunidades y así se fue creando la idea del Estado social con los derechos aparejados. La idea de igualdad en la tradición europea es, por tanto, una idea central, pero fundamentalmente de tipo político, no jurídico. Una idea que originariamente aparece en panfletos y documentos políticos y que, a lo sumo, se transforma en políticas públicas sociales, pero no en resoluciones judiciales; es una idea que se ha ido concretando jurídicamente no hace tanto: tras la Segunda Guerra Mundial en la cláusula del Estado social y la igualdad de oportunidades, esto es, en la declaración de la validez de los tratos jurídicos diferentes y favorables a todos aquellas personas y grupos que se encontraran en alguna situación de desventaja fáctica. La igualdad de oportunidades ha sido tradicionalmente, en Europa, desde el punto de vista jurídico no una “regla”, como en Estados Unidos, sino, más bien, un “principio”. Obsérvese, además, que la tradición norteamericana de la igualdad pone en énfasis en los individuos concretos, mientras que la europea responde a una lógica más bien grupal (desde, inicialmente, los obreros a muchos otros grupos: mujeres, minorías sexuales, religiosas, etc.).

El modelo norteamericano de la igualdad, por su parte, se construye no a partir de la división fundamental europea entre obreros y patronos, dado que aquella es una sociedad homogénea de burgueses o de personas que aspiran a serlo. En Estados Unidos la lucha social radical ha sido siempre la racial. El “otro” no ha sido el obrero, sino el afrodescendiente y después otras minorías étnicas y más tarde las mujeres. Desde la óptica norteamericana, tan individualista y tan atenta a la idea de libertad y de mérito estrictamente personales, el concepto de Estado social, esto es, de tratos jurídicos favorables a personas y grupos desventajados de hecho, es, simplemente, incomprensible y, como mínimo, altamente sospechosa.

Esta última afirmación se puede demostrar fácilmente con las confusiones derivadas del concepto de *affirmative action*, que fue acuñado inicialmente en Estados Unidos. En el derecho europeo y español, la igualdad de oportunidades se entiende como el mandato a los poderes públicos de que promuevan acciones positivas o tratos jurídicos diferentes y favorables a los ciudadanos en cualquier situación de desventaja fáctica. Tratos jurídicos mejores a personas que integran grupos sociales en situaciones de desventaja social, cultural, económica, política, etc. Es evidente su sentido redistributivo de bienes sociales (trabajo, educación, servicios sociales, etc.) entre los diferentes grupos dentro de una misma sociedad. Las acciones positivas son la verdadera medida del Estado social en general (art. 1.1 CE). Su código genético es “la igualdad real y efectiva” del art. 9.2 de nuestra Constitución, concretada más tarde en el catálogo de derechos y principios del Título I CE (sobre todo, aunque no sólo en su Capítulo III). Y las acciones positivas son de muy diversa naturaleza y de muy diferente intensidad. Una beca de estudios, de comedor o de transporte, una subvención para que jóvenes o mujeres emprendan alguna actividad empresarial, la gratuidad de servicios públicos como la educación obligatoria, la mayoría de prestaciones médicas y farmacéuticas en España, el derecho de la seguridad social, en fin, tantas y

tantas políticas de igualdad real que movilizan cuantiosos recursos públicos cotidianamente. De ahí que las acciones positivas no se den sólo en el ámbito del Derecho antidiscriminatorio: afectan a toda la población y a todas las políticas públicas.

La igualdad de oportunidades es un mandato constitucional de “parificación” y, por ello, legitima un derecho desigual. Por el contrario, la igualdad *de iure* entendida como contrapuesta radicalmente a la igualdad *de facto* (es decir, entender la igualdad como identidad de trato) actuaría como un instrumento de conservación del statu quo desequilibrado entre personas y grupos. Un entendimiento sedicentemente “neutro” de la igualdad no es ni mucho menos “neutral”. Y, curiosamente, no deja de resultar un trágico sarcasmo que se invoque precisamente a la igualdad (formal) para no permitir que brille la igualdad (real). Frente a esto se erige precisamente el Estado social: el mejor intento político conocido hasta la fecha de conciliar igualdad formal e igualdad real o de oportunidades (que ahora muchos llaman, algo imprecisamente, equidad), de modo que sean dos caras de la misma moneda y no dos principios reñidos. Pero sin olvidar, desde el punto de vista opuesto, que, si bien la igualdad jamás puede entenderse como una cláusula de conservación del *statu quo*, tampoco como un ariete transformador de la realidad sin procedimiento ni límite alguno; la idea de igualdad no puede convertir automáticamente cualquier deseo de parificación social en un derecho subjetivo.

La igualdad del Estado social es una igualdad substantiva, que no sólo incluye la igualdad de “trato”, sino también “de oportunidades” e, incluso, en algunas ocasiones, “de resultados” (“discriminación positiva”). Mientras que la igualdad de resultados, en la metáfora de la carrera, enfoca la línea de llegada, asegurando que todos los corredores (del grupo subordinado de que se trate) la alcancen, la de oportunidades apunta a la línea de salida, impidiendo que algunos de ellos comiencen la competi-

ción varios metros más atrás. Si se igualan las oportunidades, el desarrollo de la carrera, el resultado, dependerá del mérito y trayectoria de cada corredor individual. La igualdad de oportunidades no impide resultados desiguales, sino una carrera injusta. Tiene la innegable ventaja de que los miembros de la mayoría social no podrán impugnarla por trato preferencial hacia los miembros de las minorías, ya que lo único que hace (que no es precisamente poco) es asegurar una competición justa desde el inicio. Si, por ejemplo, no se garantiza una educación de alta calidad y equitativa para todos los miembros de la sociedad, incluidos los grupos rezagados, se está impidiendo que tales personas puedan llegar a ser en el futuro profesionales de éxito y ciudadanos plenos. De ahí que todas las medidas de educación inclusiva específicas que se adopten para los alumnos que sufran algún tipo de desventaja social no sólo no lesionan el derecho formal de igualdad, sino justo lo contrario: si no se establecieran, la igualdad constitucional se fragilizaría. En el marco del modelo de los Estados sociales europeos, no puede haber disputa jurídica sobre la validez de las acciones positivas. Otra cosa es la discusión política sobre cuáles serían las mejores políticas para alcanzar ese objetivo.

## 7. SEXTO PROBLEMA: LA DISTINCIÓN ENTRE ACCIONES Y DISCRIMINACIONES POSITIVAS

La idea de “acción positiva” es confusa ya desde su origen histórico, porque procede de la *affirmative action* del Derecho norteamericano, cuya acta de nacimiento es la *Executive Order 10925*, de 6 de marzo de 1961, del presidente John F. Kennedy. A través de esta norma, Kennedy crea el *Committee on Equal Employment Opportunity* (que en 1965 se transforma en la *Equal Employment Opportunity Commission* (la institución federal que aún hoy se ocupa de las políticas de igualdad: [www.eeoc.gov](http://www.eeoc.gov)) y ordena que todos los proyectos financiados con fondos federales “*take affirmative*

*action*” para asegurar la contratación y los derechos laborales de todas las personas sin discriminación racial. El problema deriva de que por *affirmative action* se ha traducido “acción afirmativa”, “acción positiva” e incluso (y en Estados Unidos, sobre todo) “discriminación positiva”, ya que algunas de las medidas adoptadas bajo ese nombre son, en realidad, “discriminaciones positivas” y no “acciones positivas”. Para un amplio sector social en Norteamérica, todas esas ideas son inquietantes porque favorecen a los miembros de la comunidad considerados por muchos como los más tramposos, vagos y advenedizos (a partir del balance de lo que el individuo aporta y lo que recibe de la comunidad). La idea de igualdad substancial carece de neutralidad; para no pocos, la idea de acción positiva se asimila a una clase de favoritismo incondicional garantizado a ciertos individuos simplemente a causa de su pertenencia a grupos socialmente en desventaja. Esta errónea asociación, ha contribuido a una reputación controvertida. De modo que no sorprende que en Estados Unidos todo trato diferente y mejor a quien se encuentre en desventaja, ya sea acción o discriminación positiva, sea mirado, en principio, con sospecha. En efecto, la línea dominante actual del Tribunal Supremo Federal, tal y como se muestra en la Sentencia sobre las políticas de admisión con mirada étnica de las universidades de Harvard y Carolina del Norte, de 29 de junio de 2023, es la interpretación indiferente al factor racial (*colorblind*).

Sin embargo, en la tradición europea continental, la validez de las acciones positivas (igualdad de oportunidades) no sólo no se discute, sino que las constituciones suelen promoverlas. Las dudas se contraen sólo al concepto de discriminaciones positivas (igualdad de resultados). Sólo a él, mientras que, en el modelo norteamericano, que tiende a identificar igualdad con identidad de trato, también las acciones positivas son “sospechosas” de lesionar la igualdad y, por tanto, de interpretación estricta. Y también este modelo norteamericano sin refinar y sin adaptación alguna al contexto cultural europeo es el que reciben las directivas de la Unión

Europea que fundan el Derecho antidiscriminatorio europeo. En efecto, el primer reconocimiento formal de la acción positiva en el derecho de la Unión Europea fue en el art. 2.4 de la Directiva, ya no vigente, 76/207 sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto del empleo, la promoción y las condiciones laborales (1976). Dicho precepto permitía a los Estados miembros “adoptar medidas para promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, sobre todo, removiendo las desigualdades que afectan a las oportunidades de las mujeres” en el ámbito laboral. Aunque el artículo aludía a la “igualdad de oportunidades”, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia fue perfilando el concepto de “acción positiva” como equivalente.

Más tarde, el art. 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2009) alude a la “plena igualdad en la práctica” entre mujeres y hombres en la vida laboral, aclarando que “el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”. Es interesante, sin duda, que se hable de *full equality*, “la plena igualdad”, pero la redacción del precepto sugiere que las acciones positivas (a las que no se nombra así) son una suerte de excepción de la igualdad de trato (que, de modo subyacente y por evidente influencia norteamericana, se confunde, a mi juicio, con la “identidad de trato” —ya sabemos que igualdad no es identidad—). Es evidente el pedigrí anglosajón, más que europeo-continental, del precepto. Invocar, además, el “sexo menos representado” tampoco ayuda en la configuración de una regla asimétrica porque claramente permite pensar que también los varones pueden ser discriminados por razón de sexo, como si en el mercado laboral no hubiera un desequilibrio en contra de las trabajadoras. Una redacción semejante se plasma en el art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea sobre igualdad entre mujeres y hombres.

Las directivas de igualdad acogen textos similares: art. 3 de la Directiva de género; art. 6 de la Directiva 2004/113; art. 5 de la Directiva de igualdad racial y 7 de la Directiva de igualdad en el empleo por razón de raza, orientación sexual, edad, discapacidad y religión. Todas ellas se remiten a las “acciones positivas” permitidas por el principio de igualdad de trato (sin concretar forma o contenido: esto se reenvía a cada Estado).

El art. 6.7 de la Ley Integral 15/2022 se refiere a las “medidas de acción positiva”, que define como aquellas “diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social. Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan”. Esta definición es, a mi juicio, mucho más precisa conceptualmente que las de las directivas, sobre todo en su primera frase. Con la segunda, el legislador no ha evitado introducir, en la estela de la definición anglosajona de las directivas, un elemento de cautela (exigencia de temporalidad y de proporcionalidad) que no era necesario, salvo que, con mejor tino, se hubiera consagrado un artículo específico a las discriminaciones positivas. Entonces sí hubiera tenido todo el sentido. Mucho me temo que las confusiones conceptuales entre el modelo norteamericano y el europeo siguen estando vigentes. Como se demuestra también, por cierto, en la comparación en el tratamiento de las discriminaciones positivas en el derecho norteamericano y en el europeo. El modelo europeo acepta las discriminaciones positivas, como el norteamericano, también bajo sospecha, también bajo un escrutinio estricto, pero de un modo sensiblemente más generoso y abierto que el modelo norteamericano. Esto no es sorprendente dada la configuración fuertemente social del modelo europeo frente al norteamericano que, a priori, es más individualista y meritocrático.

Basta ver la discutible solución que, este mismo año, el Tribunal Supremo Federal ha proporcionado a la cuestión de si los sistemas de admisión de estudiantes de Harvard y North Carolina, que permiten tener en cuenta como elemento positivo (se habla de “plus” o de “tip”) su pertenencia a una raza minoritaria (sistemas, pues, *race-conscious*), son o no conformes con la cláusula de igual protección de la XIV Enmienda de la Constitución y con los precedentes del propio Tribunal. Se trata de dos casos acumulados y el recurrente es el mismo: una organización sin ánimo de lucro llamada *Students for Fair Admissions, Inc.* (en adelante, SFA), que, entre otros objetivos, se dedica a la litigación estratégica. El ponente de la Sentencia es el Presidente del TSF, el *Justice* John G. Roberts. Los tribunales de instancia, tanto la *District Court* como el *First Circuit*, aplicando la doctrina de la Sentencia *Grutter v. Bollinger* (2003), habían declarado la validez constitucional de los sistemas de admisión impugnados, pero el TSF falla que son inconstitucionales. A la Sentencia le acompañan tres opiniones concurrentes, de Thomas, Gorsuch y Kavanaugh, y dos opiniones discrepantes, de Sotomayor y Jackson.

El hilo argumental de la Sentencia es fácil de describir: (1) En primer lugar, se analiza el sistema de admisión de las dos universidades para identificar de qué modo la raza es determinante o no en el proceso, observando que lo es en grado sumo. (2) Después, el Tribunal interpreta el sentido constitucional de la cláusula constitucional de igualdad, en general, afirmando que la única lectura válida es la *colorblind*, y respecto de la admisión en centros estudiantiles, a la luz de los precedentes, sobre todo de las Sentencias *Regents of University of California v. Bakke* (1978) y de la ya citada *Grutter v. Bollinger* (2003), concluyendo que, de acuerdo con ellas, (3) las políticas de admisión conscientes del factor racial de las universidades de Harvard y de Carolina del Norte no cumplen ninguno de los requisitos de la jurisprudencia. Concretamente, no superan el estándar judicial del *strict scrutiny* (equivalente a nuestro juicio de proporcionali-

dad) porque no invocan ningún interés público *compelling* (convinciente), ni se articula una conexión clara (*narrowly tailored*) entre esas políticas y los beneficios educativos de la diversidad. Por otro lado, tampoco se cumplen los tres mandatos de la cláusula de igual protección: no utilizar la raza de alguien para perjudicarlo en un proceso de admisión universitaria, los poderes públicos no deben estereotipar racialmente y las eventuales medidas de *affirmative action* han de ser temporales, lo que no ocurre en el caso. En conclusión, el TSF falla que los sistemas de admisión impugnados lesionan la cláusula constitucional de igualdad de la XIV Enmienda.

Estoy en desacuerdo frontal con la tesis principal de la Sentencia, la lectura *colorblind* de la igualdad constitucional, esto es, su interpretación desde la indiferencia hacia el factor étnico según la cual, sería contraria a la igualdad constitucional toda regulación jurídica que diferenciase por la etnia de los destinatarios, sea de modo favorable o desfavorable a unos u otros. Esto presupone que toda desigualdad jurídica racial de trato es una discriminación inválida. Coincido, por el contrario, con las opiniones discrepantes de Sonia Sotomayor y de Ketanji Brown Jackson, que abrazan la interpretación de la igualdad constitucional desde la óptica del principio de anti-subordinación de ciertos grupos étnicos históricamente marginados. En efecto, ¿cómo no coincidir con Sonia Sotomayor cuando afirma: “Ignorar (jurídicamente) la raza no igualará una sociedad que es racialmente desigual”?

## 8. SÉPTIMO PROBLEMA: ¿QUÉ RASGOS DEBEN SER ESPECIALMENTE PROTEGIDOS POR EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO?

Ya hemos visto que nuestra Constitución, del mismo modo que otras o que el Derecho internacional de los derechos humanos aplicable, al-

berga una lista abierta de rasgos protegidos contra las discriminaciones. También hemos comprobado que, aunque se niegue, el derecho antidiscriminatorio tiene mayor densidad de contenido jurídico que la cláusula general de igualdad. O, dicho de otra manera, no es lo mismo para cualquier colectivo estar en la lista de los rasgos cuya discriminación se prohíbe constitucionalmente que no estar en ella. Pensemos, por ejemplo, en la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo. Obviamente, si existe, aunque sea de modo implícito, un reconocimiento constitucional de la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual, esto significa que se prohíbe todo trato jurídico diferente y peor derivado de la homosexualidad, de modo que la cuestión en relación con el reconocimiento o no del matrimonio homosexual ya no será la de justificar las razones que permiten su existencia, sino justo lo contrario: la de aportar los motivos que permitan demostrar muy persuasivamente que el matrimonio homosexual no puede equipararse al heterosexual.

Sin embargo, esta nítida diferencia entre igualdad general y prohibición de discriminación no es suficientemente comprendida ni por quienes no distinguen entre igualdad de oportunidades en general y la prohibición de discriminaciones en particular, ni por aquellos que, por la vía de añadir sin criterio rasgos *sospechosos* de diferenciación, acumulan tantos que no permiten diferenciar la cláusula general de igualdad de la cláusula de prohibición de discriminación y, lo que es peor, se devalúa el contenido jurídico de ésta (acentuando su dimensión de principio en detrimento de su carácter de regla). En el primer caso, la igualdad general absorbe todo el contenido del precepto constitucional; en el segundo, la prohibición de discriminación. En ambos, por defecto o por exceso, se diluye irremediamente el equilibrio que debe existir entre ambas cláusulas. Así pues, la determinación de los rasgos particulares a proteger especialmente se debe hacer con mesura.

El Derecho Antidiscriminatorio se origina en la tradición estadounidense de la lucha contra la discriminación racial. El Derecho europeo ha hecho hincapié, originariamente, en la lucha contra la discriminación de género. En cualquier caso, etnia y género forman los dos rasgos más característicos del Derecho Antidiscriminatorio, los primeros reconocidos, los más asegurados (el Derecho europeo actual se configura con seis rasgos, estos dos más otros cuatro: edad, discapacidad, religión/convicciones y orientación/identidad sexuales; pero sólo género y etnia se protegen más allá del ámbito laboral), los más comunes en los diversos ordenamientos nacionales y en el internacional. Cada uno de estos rasgos predetermina un derecho antidiscriminatorio particular, con caracteres comunes a todos los rasgos, pero también con elementos propios. No es lo mismo el derecho que protege frente a las discriminaciones por discapacidad, que el que lo hace respecto de la etnia o el género, etc. De hecho, en los diferentes ordenamientos, se tutela de manera bien distinta unos y otros rasgos. En España, por ejemplo, la discriminación por género, por orientación e identidad sexual y por discapacidad cuentan con un desarrollo importante, mientras que la discriminación racial se encuentra apenas *in statu nascendi*.

En definitiva, hay un Derecho Antidiscriminatorio general y otro particular respecto de los diversos rasgos a proteger; y éste derecho particular varía, a su vez, de país en país. Un elemento homogeneizador muy interesante en este punto es el Derecho internacional de los derechos humanos.

Por último, no es ocioso subrayar que el rasgo del género se encuentra en una situación especial respecto de los demás. Por un lado, porque las mujeres no son una minoría, sino la mayoría de la sociedad. Por otro lado, porque la discriminación que sufren las mujeres suele ser transversal y múltiple, de modo que se acumula a cualquier otro tipo de discriminación. Por ejemplo, la discriminación racial es mayor en relación con

las mujeres de la minoría étnica. Desde este punto de vista, el género es un rasgo particularmente protegido por el Derecho Antidiscriminatorio, pero, al mismo tiempo, éste debe contemplarse bajo un enfoque de género en todas y cada una de sus manifestaciones.

## 9. OCTAVO PROBLEMA: LA CONCURRENCIA Y/O EL CONFLICTO ENTRE RASGOS

Además de que no todos los rasgos se encuentran protegidos por el ordenamiento de modo idéntico, ocurre que, en ocasiones, dos o más rasgos pueden concurrir simultáneamente generando un tipo específico de discriminación, la discriminación múltiple o interseccional, o bien, planteando un conflicto entre ellos.

El concepto de discriminación múltiple es de acuñación reciente. La idea de que las personas pueden pertenecer a varios grupos en desventaja al mismo tiempo, sufriendo formas agravadas y específicas de discriminación fue reconocida y denominada por primera vez discriminación “multiple” o, más comúnmente, “interseccional” a finales de los años ochenta por algunas profesoras feministas afro-americanas de Estados Unidos. La más representativa ha sido Kimberlé Crenshaw, quien tuvo la oportunidad de plasmar su visión conceptual en el primer documento internacional que reconoce el fenómeno con su participación en la Conferencia de Naciones Unidas contra el Racismo celebrada en 2001 en Durban (Sudáfrica).

K. Crenshaw expone la idea de que la tendencia a tratar género y raza como categorías mutuamente excluyentes, impermeables entre sí podríamos decir, produce consecuencias problemáticas tanto en la teoría feminista como en las políticas antirracistas. Concretamente, nuestra autora entiende que al limitar el examen de las discriminaciones a

las experiencias de los miembros más privilegiados de las minorías (los hombres negros y las mujeres blancas), se margina del análisis a aquellas que sufren múltiples barreras que no pueden ser comprendidas como consecuencia de rasgos de discriminación aislados y, por tanto, las mujeres negras son “invisibilizadas”. El enfoque tradicional no tendría en cuenta adecuadamente la interacción entre raza y género y se limitaría a un limitado juego de experiencias. En consecuencia, no enfocaría “de modo suficiente la manera particular en que las mujeres negras se hallan subordinadas”. La tesis principal de Crenshaw es que las mujeres negras pueden ser discriminadas de formas semejantes, pero también distintas de las experimentadas por las mujeres blancas y por los hombres negros. ¿Cómo? De cuatro maneras: pueden ser discriminadas del mismo modo que las mujeres blancas; o que los hombres negros; o pueden sufrir una “discriminación doble” en razón de los efectos combinados que discriminan sobre las bases del sexo y de la raza; o, finalmente, pueden ser discriminadas en tanto mujeres negras, no por la suma de ambos factores (el racial y el sexual), sino específicamente por ser mujeres negras.

En realidad, a mi juicio, para que el concepto de discriminación múltiple sea operativo como objetivo de políticas públicas y como criterio de interpretación jurídica, es imprescindible acotarlo con precisión. En este sentido, creo que habría descartar, en primer lugar, la discriminación múltiple para describir las situaciones en las que una persona es discriminada sucesiva y no simultáneamente, en diversas relaciones sociales, por diversos rasgos sospechosos (género, etnia, discapacidad, etc.) Admitido que se trata de una discriminación en la que concurren diversos rasgos al mismo tiempo, tampoco, creo, tendría excesivo interés comprender en su contenido cualquier manifestación de este tipo, entre otras razones porque la lista de posibles combinaciones sería demasiado larga (por ejemplo, mujeres de minorías étnicas, mujeres discapacitadas, mujeres homosexuales y transexuales, mujeres mayores, mujeres dentro de confesiones religiosas,

discapacitados de minorías étnicas, mayores discapacitados, jóvenes homosexuales, etc.), sobre todo si se toman en consideración no sólo dos rasgos, sino tres o más. Si todo es discriminación múltiple, nada lo es, en realidad. Un concepto demasiado extenso pierde inevitablemente intensidad.

Aunque esta cuestión apenas ha sido estudiada (entre otras cosas porque el concepto es todavía más doctrinal y político que normativo y judicial), y, por tanto, todavía tampoco hay acuerdo en la literatura sobre el sentido y alcance de la discriminación múltiple, a mi juicio, la utilidad del concepto pasaría por su utilización sólo en los supuestos en los que concurren dos o más rasgos sospechosos configurando una discriminación específica que no sufren ni los miembros del grupo mayoritario, ni (y esto sería realmente lo peculiar del concepto) los miembros de la mayoría “privilegiada” del grupo minoritario. En otras palabras, la discriminación múltiple sólo debería utilizarse para identificar los casos en los que exista “una minoría (invisible y peor tratada) dentro de la minoría”. No es casual, en este sentido, que el concepto haya sido acuñado en la literatura feminista afro-americana de los Estados Unidos en relación precisamente con las mujeres de las minorías étnicas, que sufrirían una discriminación común a la de los varones de la minoría, pero también una discriminación por parte de éstos. Esta visión más estricta del concepto de discriminación múltiple provocaría una lista más corta de supuestos, empezando, como se ha dicho, por las mujeres de las minorías étnicas (piénsese en España en las mujeres gitanas y en las mujeres inmigrantes sin recursos, destacadamente las que ejercen la prostitución). Otro ejemplo podría ser el de los homosexuales (tanto mujeres como varones) de las minorías étnicas.

Pero los rasgos particularmente protegidos por el Derecho Antidiscriminatorio no sólo pueden presentarse de modo simultáneo configurando una discriminación específica, sino que también pueden concurrir en el caso planteando un conflicto entre ellos. Un caso que he tenido oportunidad de estudiar en otro lugar es el de las escolares musulmanas que

deciden llevar pañuelo en la cabeza en los centros educativos públicos. En este supuesto pugnan el derecho a no sufrir discriminación por razón de género (el sentido ideológico del pañuelo es claramente machista) y el derecho a no sufrir discriminación por motivos ideológicos y religiosos. O pensemos en el caso de profesores homosexuales en centros educativos de confesionalidad religiosa que se oponga a la homosexualidad. O en los usos y costumbres de comunidades étnicas originarias en determinadas zonas de América Latina respecto de la igualdad de género. ¿Qué rasgo debe prevalecer en cada caso? Habrá que estar a las circunstancias del supuesto en particular y a la regla general de la ponderación entre derechos. Un caso interesante en este sentido es el decidido recientemente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Eweida v. Reino Unido*, de 27 de mayo de 2013. El Tribunal hizo prevalecer el derecho a no sufrir discriminación por orientación sexual a costa de las ideas religiosas tanto en el caso del señor G. McFarlene, un consejero matrimonial de Bristol que fue despedido por negarse a aceptar, debido a sus fuertes convicciones religiosas, en su terapia a parejas homosexuales, como de la señora L. Ladelle, también suspendida en su empleo por el Ayuntamiento de Irlington al negarse a registrar, por el mismo motivo que el señor McFarlene, a parejas homosexuales en el Registro municipal. No puedo detenerme en el análisis de este caso y en el de otros, pero, obviamente, emerge aquí un problema conceptual muy interesante en relación con los *competing rights*.

## 10. NOVENO PROBLEMA: LA DIFERENCIA ENTRE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA O DE IMPACTO Y LA ACCIÓN POSITIVA O IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

Uno de los conceptos más interesantes y más desafiantes del Derecho Antidiscriminatorio es, precisamente, el de discriminación indirecta o de impacto (un trato jurídico diferente en atención a un rasgo neutro,

no sospechoso, pero que impacta de un modo desproporcionadamente negativo sobre un grupo social en desventaja protegido por la cláusula constitucional específica de prohibición de discriminación). Se trata de un supuesto de discriminación por indiferenciación o igualación.

A veces se confunde la discriminación indirecta con la discriminación directa pero oculta (esto suele hacerse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español). Cuando un empresario se niega a contratar a una gitana como cajera de su supermercado por ser gitana, pero oculta su verdadera razón para hacerlo, alegando, por ejemplo, que el puesto acaba de cubrirse por otra persona, no incurre en una discriminación indirecta, sino en una groseramente directa, aunque oculta.

El concepto de discriminación indirecta es muy interesante porque permite controlar defectos estructurales o sistémicos de la regulación normativa de la igualdad; por ejemplo, si se exige el mismo periodo de años cotizados a la seguridad social a hombres y mujeres, es evidente que esto perjudica claramente a las mujeres trabajadoras porque estadísticamente se puede probar que, en su conjunto, ellas tienen una vida laboral más corta, trabajos más precarios y son las que asumen casi en exclusiva las medidas de conciliación (excedencias, trabajo con horario reducido, etc.) El concepto de discriminación indirecta permite, pues, una interpretación judicial más incisiva y activista contra cualquier tipo de discriminación presente en el ordenamiento y, por ello, una discriminación institucional.

Un problema conceptual específico de la discriminación indirecta es su difícil distinción con las acciones positivas en algunos casos. Acción positiva y discriminación indirecta se refieren a grupos más que a individuos y atienden a los efectos reales de una determinada práctica, norma o medida. Por ejemplo, las cuotas electorales de género pueden considerarse una medida contra las discriminaciones indirectas que se producen invariablemente en la selección de líderes políticos por los partidos, pero

también una medida de acción positiva para lograr esa misma finalidad de asegurar la igualdad de mujeres y hombres en los procesos de toma de decisiones (al menos desde el punto de vista material, porque, formalmente, la cuota se puede presentar como una regla bidireccional idéntica para mujeres y hombres). No resulta indiferente catalogar una medida de una u otra forma, porque la prohibición de discriminaciones indirectas es un auténtico derecho subjetivo exigible judicialmente, mientras que las acciones positivas tienen la naturaleza de un principio, con una densidad jurídica menor, por tanto. Si se considera la cuota electoral de género como una medida contra una discriminación indirecta (ésta es mi opinión), en tanto subsista la desproporción entre mujeres y hombres en la política (tal como se demuestra estadísticamente), sería inconstitucional suprimir dicha cuota. Pero si se considera una acción positiva, podría establecerse y también derogarse libremente, porque entraría dentro del margen de configuración legislativa. Aunque la distinción pueda resultar difícil en algunas ocasiones, sin duda cabe diferenciar las acciones positivas, con su requerimiento de tratar jurídicamente mejor a grupos sociales en desventaja fáctica, y la prohibición de las discriminaciones indirectas, con su exigencia de tratar de modo diferente a los diversos destinatarios de una norma o práctica si alguno de ellos sufre un impacto desproporcionadamente adverso en comparación con los demás.

## 11. DÉCIMO PROBLEMA: LAS GARANTÍAS DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

El problema principal del Derecho Antidiscriminatorio es el problema de la eficacia de sus garantías porque los derechos valen lo que valgan en la realidad sus instrumentos de aseguramiento. El Derecho de la Unión Europea ha proporcionado un marco bien preciso y amplio de garantías, desde las procesales (existencia de procedimientos administrativos y ju-

diciales; legitimación procesal de asociaciones; inversión de la carga de la prueba; protección frente a posibles represalias por denunciar la discriminación; existencia de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias) a las instituciones: organismos de igualdad, con la importante función de prestar asistencia a las víctimas, pero también de realizar investigaciones y emitir informes y recomendaciones. Los Estados añaden, por supuesto, las garantías penales contra la discriminación.

Evidentemente, en este punto de las garantías se plantean numerosos problemas, cuyo análisis excede el propósito de esta conferencia. En España, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación viene a colmar el déficit de garantías, sobre todo con la creación de la nueva Autoridad independiente para la igualdad de trato y la no discriminación, que apunta en la buena dirección.

ESTUDIOS/  
AZTERLANAK/  
FIELD STUDIES



# Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio

Francisco-Javier OÑATE CUADROS  
Notario

Jesús J. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ  
Abogado y Doctor en Derecho

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 4/01/2024

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 24/07/2024

**Resumen:** El presente trabajo tiene por objeto el estudio de una cuestión de especial relevancia e interés en relación con una institución característica del Derecho Civil Vasco como es el poder testatorio y la sucesión por comisario, al amparo de lo dispuesto en la vigente Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

**Palabras clave:** adquisición de bienes; poder testatorio; sucesión por comisario.

**Komisarioak ondasunak eskuratzea testamentu-ahalordea egikaritzeko zain dagoen jarauntsirako**

**Laburpena:** Lan honen xedea da garrantzi eta interes bereziko gai bat aztertzea, Euskal Zuzenbide Zibilararen ezaugarri den erakunde bati dagokionez: testamentu-boterea eta komisario bidezko oinordetza, indarrean dagoen Euskal Zuzenbide Zibilar buruzko ekainaren 25eko 5/2015 Legean xedatutakoaren babesean. Gako-hitzak: Ondasunak eskuratzea, testamentu-ahalordea, komisario bidezko oinordetza

**Gako-hitzak:** ondasunak eskuratzea; testamentu-ahalordea; komisario bidezko oinordetza.

**Acquisition of assets by the estate commissioner pending the exercise of the Power of appointment**

**Abstract:** The purpose of this work is to study an issue of special relevance and interest in relation to a characteristic institution of Basque Civil Law such as the Power of appointment, under the provisions of the in force Law 5/ 2015, of June 25, of Basque Civil Law. Key words: Acquisition of assets, Power of appointment, succession by mandate.

**Key words:** acquisition of assets; testamentary power; succession by commissioner.

*Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio*

**SUMARIO:** I.- INTRODUCCIÓN O PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. II.- INSCRIPCIÓN DE BIENES VÍA EL ART. 9 LH. III.- INSCRIPCIÓN DE BIENES VÍA EL ART. 20, AP. 3 LH. IV.- CONCLUSIONES.



## I. INTRODUCCIÓN O PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Ordena el art. 43.4 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco —LDCV— que “El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario, representante y administrador del patrimonio hereditario podrá disponer de los bienes o derechos hereditarios si el comitente le hubiera autorizado para ello o para atender a las obligaciones, cargas y deudas de la herencia, o cuando lo juzgue oportuno para sustituirlos por otros. La contraprestación obtenida se subrogará en el lugar de los bienes enajenados, salvo que se destine al pago de las obligaciones, cargas y deudas de la herencia”.

No estamos en presencia de un precepto aislado en el ordenamiento jurídico español. Al contrario, se hallan su inspirador art. 453 CDF Aragón<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> Artículo 453 CDF Aragón “Facultades de disposición.

1. El fiduciario podrá disponer a título oneroso de los bienes o derechos hereditarios sujetos a fiducia si el comitente le hubiera autorizado para ello, o para atender el pago de las obligaciones y cargas señaladas en el artículo 451, o cuando lo juzgue conveniente para sustituirlos por otros. En las fiducias colectivas, a falta de instrucciones del causante, el acuerdo sobre la disposición se tomará por unanimidad.
2. La contraprestación obtenida quedará subrogada en lugar de los bienes enajenados, salvo que se haya destinado al pago de las deudas y cargas del caudal pendiente de asignación.
3. El fiduciario o fiduciarios no administradores darán cuenta al administrador de toda enajenación que hayan realizado y, en su caso, de los bienes adquiridos que han sustituido a los enajenados”.

cuya redacción es igualmente similar al art. 424-4.2 CCCataluña<sup>2</sup> y a la interpretación que se hace de la ley 287 CDFNavarra<sup>3</sup>.

Dicho lo cual, aunque es común en la práctica bancaria la titulación de productos a nombre de una herencia yacente, sin embargo, la inscripción de inmuebles a favor de la misma pendiente el ejercicio del poder testatorio, aunque voluntaria, es hoy en día prácticamente necesaria a tenor del disfrute del principio de legitimación registral (art. 38 LH).

Igualmente, en la práctica registral en Bizkaia es común que, fallecido uno de los cónyuges bajo régimen de comunicación foral de bienes habiendo otorgado poder testatorio, practicada la división de dicho caudal conyugal por el cónyuge superviviente quede la mitad indivisa a nombre de

<sup>2</sup> Artículo 424-4 CCCataluña “Administración de la herencia.

1. Mientras no se defiere la herencia, esta queda bajo la administración de la persona o personas que el testador ha designado a tal efecto, con las facultades y limitaciones que este ha establecido o, si no ha establecido ninguna, con las propias de un albacea universal de entrega de remanente. La persona o personas designadas tienen derecho a percibir lo que les corresponda por sus trabajos y al reembolso de los gastos causados por el ejercicio del cargo.
2. Si el testador no ha designado a ninguna persona o la designación es ineficaz, la herencia debe ser administrada por el cónyuge o conviviente superviviente. El cónyuge o conviviente tiene, en este caso, la libre administración de la herencia y plenas facultades dispositivas sobre los bienes hereditarios para hacer actos de inversión, satisfacer necesidades de la herencia, atender a su subsistencia personal, a la de los hijos y a la de los descendientes, y pagar deudas, cargas y legítimas, con las limitaciones establecidas por el testador. Los bienes adquiridos por la realización de actos de inversión y los frutos y rentas no consumidos en dichas atenciones se incorporan a la herencia”.

<sup>3</sup> Ley 287. “Situación de dependencia. Siempre que los fiduciarios fueren el cónyuge, pareja estable o los ascendientes del causante, en tanto no hubieren cumplido enteramente su cometido, tendrán facultades de administración y disposición sobre los bienes de los que todavía no hayan dispuesto. Cuando se trate de otros fiduciarios, se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria entre los llamados, pero si alguno de estos es menor o es una persona para la que se han establecido medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad, se requerirá para los actos de disposición el consentimiento de los fiduciarios”.

la herencia pendiente el ejercicio de dicho poder puesto que el art. 142.1 LDCV (antiguo art. 106 Ley 3/1992) dispone que “Por excepción a lo dispuesto en el artículo 140, el cónyuge viudo nombrado comisario, podrá adjudicarse la mitad de todos y cada uno de los bienes, dejando la otra mitad para la sucesión del premuerto, sin perjuicio de las reservas sucesorias”.

Este mandato positivo de que la herencia pendiente el poder testatorio puede ser titular *ex novo* de bienes lo vemos ahora igualmente en el art. 43.4 LDCV. Sin embargo, nos encontramos con que la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio no tiene personalidad jurídica, dada su extinción por la muerte del causante (art. 32 CC)<sup>4</sup>.

Cierto es que el art. 9.e) LH admite la inscripción a favor de patrimonios separados que puedan ser titulares legalmente de derechos y obligaciones, mas la interpretación de la Dirección General de los Registros y del Notariado/Dirección General Seguridad Jurídica y Fe Pública, así como de los Registradores es más bien limitada a los supuestos en que específicamente hay habilitación normativa.

Así, GARCÍA GARCÍA<sup>5</sup> cita los Fondos de pensiones (art. 72.e) del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones aprobado por RD 304/20004, de 20 de febrero); el art. 38.3 Ley 35/2033, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, en relación con los fondos de inversión inmobiliaria; el art. 16.3 Ley 5/2015 a favor de fondos de titulación de activos. Y el art. 8 Ley 4/2033, de 18 de noviembre de patrimonios protegidos.

---

<sup>4</sup> “A favor de una personalidad jurídica especial de la herencia yacente y la posibilidad de inscripción de bienes a su favor, la RDGSJYFP de 01-03-2024, que cita la STS de 11-04-2000. Dicha resolución es posterior a la primera versión resumida de este trabajo, publicada en Egiunea: revista del Colegio Notarial del País Vasco = Euskal Herriko Notario Elkargoaren aldizkaria, ISSN-e 2952-2749, N° 17 (julio-diciembre), 2023.

<sup>5</sup> GARCÍA GARCÍA, Manuel. *Legislación Hipotecaria y del Crédito Inmobiliario. Jurisprudencia y comentarios. Tomo I*. Civitas, Madrid, 2019, ISBN: 978-84-9197-973-9, pp. 300.

Fuera de dichos supuestos, siguiendo a DOMÍNGUEZ LUELMO<sup>6</sup>, cabe admitir otros casos de sujetos a cuyo favor pueden practicarse inscripciones sin tener personalidad jurídica, siempre que no constituyan situaciones de permanente pendencia. Así, según la RDGRN 28-02-1994 “Ni las titularidades en permanente situación de pendencia, ni aquellas en que la duración de tal situación, debiendo ser temporal, no esté predeterminada por la ley o la voluntad de las partes de suerte que ésta haya de inferirse «a posteriori», reúnen los requisitos de certeza que la publicidad registral demanda”. Según recopila dicho autor, la DGRN ha admitido excepcionalmente la existencia de casos de inscripciones o anotaciones transitorias, de mero puente, en favor de colectividades imperfectamente identificadas en su composición, pero plenamente articuladas para su funcionamiento y sin que por ello se resintieran los principios básicos de nuestro sistema registral, como fue el caso de inscripción de una adjudicación a favor de una comisión de acreedores de una entidad suspensa (RDGRN 28-01-1987), y la anotación de convenio de ejecución de sentencia a favor de la masa de una quiebra que resulta imperfectamente identificada en su composición por tal motivo, aunque plenamente articulada en cuanto a su funcionamiento (RRDGRN 30-01-2003 y 20-09-2005).

De hecho, en relación a las Comunidades de Propietarios, añade dicho autor la DGRN consideraba tradicionalmente que, al carecer de personalidad jurídica, no cabe la inscripción directa a favor de las mismas (sí a los copropietarios en proporción a sus cuotas, cfr. RDGRN de 03-07-2013 y 02-09-2013). Esto es, lo cual, si bien no impide que en algunos asientos —como la anotación preventiva en materias en que la comunidad tiene reconocida capacidad procesal— cal comunidad pueda ser titular registral, no es posible que, sin tal personalidad pueda ser propietaria de

<sup>6</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, “Título II (Art. 10)” en Andrés Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios a la Ley hipotecaria*, Aranzadi-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2019, ISBN: 978-84-1309-622-3, pp. 226 y 227.

un bien y, por ende, pueda ser titular registral del asiento de inscripción correspondiente. Posteriormente, dicho Centro Directivo admitió la inscripción a favor de Comunidades de Propietarios, después de reconocer su carácter de patrimonios separados (art. 9.e) LH y RDGRN de 12-02-2016), de modo que “permite no sólo practicar anotaciones preventivas de demanda y embargo a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, sino que permite también ser titular registral en opinión de dicho autor. Sin embargo, dicha Administración pública (p. ej. RDGRN/DGSJFP de 03-04-2018 y RDGSJFP de 27-05-2021) se han vuelto más restrictivas denegando la inscripción de bienes a favor de las comunidades de propietarios, volviendo a la posición anterior o tradicional.

Y sigue dicho autor: “Para el caso de la comunidad hereditaria, la RDGRN de 16-05-2003 establece: «es claro hoy para la jurisprudencia y la doctrina que la comunidad hereditaria excede de la clásica distinción entre comunidad romana o germánica y que, en realidad, estamos en presencia de un tipo especial de comunidad comprendida en el marco general de la comunidad de los artículos 392 y ss. del CC, y un principio de régimen orgánico que la erigen en categoría intermedia entre el condominio ordinario y la persona moral (...). La RDGRN 11-12-1998 determinó la forma de conciliar esa concepción de la comunidad hereditaria con el principio de especialidad en los términos previstos para los artículos 9 LH y 51.y 54 RH, al señalar respecto de las formas de cotitularidad, que no recaen sobre bienes individuales, sino sobre patrimonios, que «su reflejo registral debe acomodarse a sus específicas características, de modo que en la inscripción de cada uno de los singulares bienes que las integran, habrán de recogerse las circunstancias necesarias para que quede debidamente expresada la titularidad, naturaleza y extensión del derecho que se inscribe, esto es, practicando el asiento a favor de los cotitulares de la masa patrimonial en que aquélla se integra, con especi-

ficación de sus respectivas cuotas sobre el todo, en su caso, las especiales normas de gestión y disposición que conforme al título resulten aplicables». Es decir, no se admite la inscripción directa a favor de la comunidad hereditaria como tal.

Dicho lo cual, y con los antecedentes mencionados, exploraremos dos posibilidades de que el Registro de la Propiedad se abra a la inscripción de bienes a favor de la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio, vía el art. 9.e) y el art. 20, pfo. 4º LH.

## II. INSCRIPCIÓN DE BIENES A FAVOR DE LA HERENCIA PENDIENTE EL EJERCICIO DEL PODER TESTATORIO VÍA EL ART. 9.e) LH

Dispone el art. 9 LH: “El folio real de cada finca incorporará necesariamente el código registral único de aquélla. Los asientos del Registro contendrán la expresión de las circunstancias relativas al sujeto, objeto y contenido de los derechos inscribibles según resulten del título y los asientos del registro, previa calificación del Registrador. A tal fin, la inscripción contendrá las circunstancias siguientes: (...) e) La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción o, cuando sea el caso, el patrimonio separado a cuyo favor deba practicarse aquélla, cuando éste sea susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones”.

Este precepto, introducido por la Ley 13/2015, de 24 de junio tardó catorce años en remediar la anulación de los párrafos segundo a quinto del art. 11 RH por la STS, Sala 3ª, de 31-01-2001 el cual se quedó desde entonces en su actual redacción: art. 11 RH: “No serán inscribibles los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin personalidad jurídica”. Dicha anulación tuvo lugar por ser contrario al artículo 9.4 de la Ley Hipotecaria que exigía entonces que el titular registral esté dotado

*Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio*

de personalidad jurídica, mientras que el indicado art. 11 RH permitía inscripciones en favor de entidades con personalidad jurídica difusa. *A sensu contrario*, normas con rango de Ley formal como la propia Ley Hipotecaria y la LDCV sí pueden tener dicha habilitación normativa.

## **1. La herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio es un patrimonio separado**

Tanto la regulación substantiva como la adjetiva, a la luz de la doctrina, nos llevan a considerar que entre la apertura de la sucesión y el ejercicio del poder testatorio sobre el total caudal relicto, o sea, la ordenación sucesoria que haga el comisario, la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio es un patrimonio separado.

*1.1. Normativa substantiva que determina que la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio es un patrimonio separado.* Ha habido intentos de conceptualización de lo que sea un patrimonio separado. Como el de ALBALADEJO GARCÍA<sup>7</sup>, quien define el patrimonio separado como el supuesto en que “la ley establece que, de la totalidad de las relaciones que forman el patrimonio de una persona, se separe un grupo, constituyendo con él lo que se denomina un patrimonio separado, que queda aislado del resto, aunque, por lo general, no totalmente, sino sólo en determinados aspectos”. O’CALLAHAN MUÑOZ<sup>8</sup> entiende que es “una parte del patrimonio de una persona que es tratada por el Derecho, para ciertos efectos, como independiente (separado) del resto”. Ambas definiciones, amén de incurrir en el fallo de incluir lo definido en el definidor son excesivamente vagas.

---

<sup>7</sup> ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho civil. Tomo I, Vol. 2º*. Bosch, Barcelona, 1977, ISBN 84-7294.103-5, pp. 75.

<sup>8</sup> O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho civil. Tomo I*. EDERSA, Madrid, 2002, I.S.B.N.: 84-8494-048-9, pp. 447.

Nos parece más acertada la opinión de CASTÁN TOBEÑAS<sup>9</sup> quien pone de manifiesto que pese a la casi unanimidad con que se reconoce hoy la figura de los patrimonios separados, no hay coincidencia entre los autores en la apreciación del criterio que ha de servir para definirlos y comprobar su existencia. Por eso LACRUZ BERDEJO<sup>10</sup> entiende que “el patrimonio constituye un conjunto coherente de bienes” que se identifica “no por la individualidad de los objetos que lo componen, sino por su atribución a una persona o grupo a cuyas responsabilidades se halla sujeto y de los que recibe su existencia como tal (...) El patrimonio es siempre *de alguien*: requiere un sujeto actual o pretérito que sirva de denominador común a las titularidades que lo componen y las deudas que lo gravan. En sentido similar CASTÁN TOBEÑAS<sup>11</sup>.

Sus caracteres son según LACRUZ BERDEJO<sup>12</sup>, los siguientes, que se estudian paralelamente con la regulación de la figura de la sucesión por comisario de la LDCV:

1.1.1 Son creación del ordenamiento jurídico, como *numerus clausus* que no pueden extenderse a otros supuestos por analogía<sup>13</sup>. Como tal tenemos los art. 30 y ss. LDCV que son excepción a la prohibición de la delegación de ordenar la sucesión del art. 670 CC.

<sup>9</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral. Tomo I, Vol. 2*. Reus, Madrid, 1978, ISBN 84-290-11-09-9, pp. 639.

<sup>10</sup> LACRUZ BERDEJO, José-Luis. En José-Luis Lacruz Berdejo y Francisco Sancho Rebullida (aut.). *Elementos del Derecho civil, Tomo I, Vol. 3º*, Bosch, Barcelona, 1984. ISBN: 84-7294-169-8, pp. 71.

<sup>11</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral. Tomo I, Vol. 2*, obra cit., pp. 639.

<sup>12</sup> LACRUZ BERDEJO, José-Luis. *Elementos del Derecho civil, Tomo I, Vol. 3º*, obra cit., pp. 75 y 76.

<sup>13</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho civil. Tomo I*, obra cit., pp. 447.

*Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio*

1.1.2. La creación de estos patrimonios separados (y los patrimonios separados colectivos<sup>14</sup>) se verifica coincidiendo con una sucesión universal, es decir atribuyéndose los elementos y cargas del patrimonio de un golpe y sin necesidad de tradición, lo que impide la enajenación del mismo de golpe o en todo, pero sí de bienes concretos. Es decir, el patrimonio no es objeto de tráfico jurídico, fuera de la sucesión universal *mortis causa*. Los autores antes citados refieren ejemplos de patrimonios separados como la herencia aceptada a beneficio de inventario<sup>15</sup>, las reservas hereditarias<sup>16</sup>, sustituciones fideicomisarias<sup>17</sup> o la herencia indivisa<sup>18</sup>.

De ahí la el matiz de CASTÁN TOBEÑAS<sup>19</sup> de que la independencia del núcleo patrimonial de que se trate no quiere decir que surja una persona ideal o jurídica.

Lo que casa perfectamente con la figura que estudiamos porque el efecto fundamental del ejercicio del poder testatorio es la suspensión de la delación sucesoria a favor de los beneficiarios entre la muerte del causante y hasta el ejercicio o frustración del poder testatorio (art. 17.2 LDCV). Entre tanto, los eventuales beneficiarios de la ordenación sucesoria que haga el comisario en nombre del causante están en situación de mera expectativa, como dichos meros “sucesores presuntos” que ca-

<sup>14</sup> Por excelencia las sociedades conyugales disueltas y no liquidadas. Cfr. RDGSJFP de 24-10-2022 y las que cita.

<sup>15</sup> ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho civil. Tomo I, Vol. 2º*, obra cit., pp. 75. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho civil. Tomo I*, obra cit., pp. 446. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral. Tomo I, Vol. 2*, obra cit., pp. 640.

<sup>16</sup> ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho civil. Tomo I, Vol. 2º*, obra cit., pp. 75. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho civil. Tomo I*, obra cit., pp. 447.

<sup>17</sup> ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho civil. Tomo I, Vol. 2º*, obra cit., pp. 75. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho civil. Tomo I*, obra cit., pp. 447.

<sup>18</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral. Tomo I, Vol. 2*, obra cit. pp. 640.

<sup>19</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral. Tomo I, Vol. 2*, obra cit., pp. 639.

recen de cualquier derecho ni obligación ciertos o determinados sobre la herencia del causante, tanto en Derecho Civil Vasco como en el resto de los ordenamientos jurídicos autonómicos<sup>20</sup>. En consecuencia, la masa patrimonial como tal, como afirma la doctrina<sup>21</sup>, pendiente el ejercicio del cargo por el comisario, está en situación similar a la que acontece en toda sucesión *mortis causa*, un estado de pendencia vinculado a la falta de ejercicio del *ius delationis*.

<sup>20</sup> FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús-Javier. *La sucesión por comisario en la ley de derecho civil vasco: y otras figuras similares en el derecho civil autonómico español*. AVD-ZEA y Dykinson, Madrid, 2022. ISBN 978-84-1122-756-8, pp. 158 y 159. Por excepción los sucesores presuntos tienen las facultades de: (i) Exigir la formación de inventario y avalúo de los bienes hereditarios, incluso judicialmente (art. 34 LDCV). (ii) Derecho de los hijos y descendientes del causante a pedir alimentos contra la herencia (art. 38 LDCV). (iii) 3.2.3. Derecho de hijos y descendientes del causante a que el comisario promueva la constitución de la tutela o curatela a que deban quedar sometidos (art. 39 LDCV). (iv) Derecho de los legitimarios a vetar o autorizar los actos de disposición del comisario administrador y representante del patrimonio hereditario sobre bienes y derechos de cierta importancia (art. 43.5 LDCV). (v) se plantea alguna doctrina si los legitimarios, o por su defecto, los parientes con expectativas de ser llamados a la herencia podrían impugnar los actos dispositivos que defrauden la finalidad de la fiducia. (vi) El derecho de los sucesores forzosos y parientes tronqueros a impugnar las disposiciones testamentarias, inclusive el nombramiento del comisario.

<sup>21</sup> MONJE BALMASEDA, Óscar. *La Herencia Yacente*. Dykinson, Madrid, 2001. ISBN 84-8155-735-8, pp. 351. IRIARTE DE ÁNGEL, Borja, “Título II. De las sucesiones. Disposiciones preliminares (artículos 17 a 22)”, en Andrés-María Urrutia (dir./coord.), *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. AVD/ZEA y Dykinson, Bilbao, 2016. ISBN: 978-84-7752-591-2, obra cit., pp. 45. GALICIA AIZPURUA, Gorka-Horacio. “Capítulo XV. Delación hereditaria y sucesión legal en el País Vasco”, en Jacinto Gil Rodríguez (dir.) y Gorka Galicia Aizpurua (coord.), *Manual de Derecho Civil Vasco*. Atelier Libros, Barcelona, 2016. ISBN 978-84-16652-24-2, pp. 301. FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, en Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)”, en *La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, obra cit., pp. 71 y ss. Y *La sucesión por comisario en la ley de derecho civil vasco: y otras figuras similares en el derecho civil autonómico español*, obra cit., pp. 132.

*Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio*

1.1.3. Del patrimonio autónomo pueden salir bienes, que se enajenan a terceros; o bien adquiere otros el titular, o acaso cambian todos, y sin embargo conserva la masa su identidad que, como se ve, no depende de los singulares objetos que la componen (se suele hablar aquí de subrogación real. Este patrimonio está perfectamente delimitado a través del deber del comisario de formar inventario y avalúo del mismo de *motu proprio* o a instancia de los sucesores presuntos (art. 34 LDCV) o incluso vía la *separación de bienes* (art. 43.3 LDCV). Y el mismo puede mutar conforme al art. 43.4 LDCV<sup>22</sup>.

1.1.4. La separación jurídica de la masa autónoma frente al patrimonio personal de su titular o titulares permite mantener relaciones entre aquélla y éste, operándose desplazamientos de bienes, por negocio jurídico o por hecho y formándose un tejido de créditos y deudas entre ambos. Esto se puede ver en que los sucesores presuntos, pendiente de su designación (o no) por el comisario tienen derecho alguno contra la herencia y que este último puede autoasignarse bienes de la misma y contratar con ella<sup>23</sup>.

1.1.5. La administración del patrimonio autónomo suele estar sometida a reglas específicas, añadiendo CASTÁN TOBEÑAS<sup>24</sup> que generalmente implica facultades más amplias que las normales de un simple administrador. Así cabe citar la enumeración de los ap. 3 y 4 del art. 43 LDCV<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio. “Título IV de la fiducia sucesoria”, en José-Luis Merino Hernández (coord.), *Tratado de derecho de sucesiones aragonesas*. SONLIBROS, Zaragoza, 2006. ISBN 9788493472214, pp. 423: las facultades de disposición y el principio de subrogación real acercan la fiducia aragonesa al “trust” anglosajón.

<sup>23</sup> FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús-Javier. *La sucesión por comisario en la ley de derecho civil vasco: y otras figuras similares en el derecho civil autonómico español*, obra cit., pp. 168 y 172.

<sup>24</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral. Tomo I, Vol. 2*, obra cit., pp. 641.

<sup>25</sup> En dicha línea, CELAYA IBARRA, Adrián (“El testamento por comisario”. *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 25, N° 3, 1972, pp. 782); ASÚA GONZÁLEZ, Clara-Isa-

Efectivamente, estando el poder testatorio en fase de pendencia de su ejercicio, entre la muerte del causante y hasta el ejercicio o frustración del mismo, queda diferida la delación, por lo que es imprescindible que se regule la administración y representación de la herencia pendiente del ejercicio de poder testatorio. Recordemos que este patrimonio con titular transitoriamente indeterminado será la responsable de las deudas tanto las por ella generadas como las del causante, siendo posible que sea demandada (art. 6 LEC, 37 LDCV y art. 3.4 y 182.1 Ley Concursal)<sup>26</sup>, pues los administradores ordinarios de la misma, los herederos no han sido llamados a la herencia (art. 17.1, 19.2 y 21 LDCV y 999 CC)<sup>27</sup>.

---

bel (“Capítulo XVIII. La ordenación por comisario”, en Jacinto Gil Rodríguez (dir.) y Gorka Galicia Aizpurua (coord.), *Manual de Derecho Civil Vasco*. Atelier Libros, Barcelona, 2016. ISBN 978-84-16652-24-2, pp. 367) y la jurisprudencia (SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 13-02-2004 y sec. 5ª, de 01-12-2015) rechazan la posibilidad de que el comisario pueda ser removido por incumplimiento del cargo, pues es más que un administrador, postura que GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE; Mariano-Javier (“Especialidades Testamentarias: El poder testatorio”. En *El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992*. Aranzadi y Colegio Notarial de Bilbao, Bilbao, 1996. ISBN 84-8193-392-9, pp. 186) entiende reforzada por dos razones, porque el art. 40 Ley 3/1992 (actual art. 37 LDCV) separa ambas condiciones, la de administrador-representante del caudal y la de comisario; y porque el art. 48 Ley 3/1992 guarda silencio sobre el incumplimiento o cumplimiento negligente de sus funciones como causa de extinción del poder. Y concluye que, si el administrador no es el comisario, podrá ser removido del cargo. Si es el propio comisario, podría quizás privársele de la administración (aunque cabe la duda de a quién se le atribuiría entonces), pero siempre seguiría siendo comisario y, por tanto, la persona encargada de elegir heredero. También FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús-Javier. *La sucesión por comisario en la ley de derecho civil vasco: y otras figuras similares en el derecho civil autonómico español*, obra cit., pp. 277.

<sup>26</sup> Cfr. AAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 28-06-2011, la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 21-04-2004 y, sobre todo, la SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 11-05-2016.

<sup>27</sup> FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier, “Sección cuarta de la sucesión por comisario (artículos 30 a 46)”, en La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial, obra cit., pp.

*Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio*

1.2. *Normativa adjetiva que determina que la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio es un patrimonio separado.* En el ámbito procesal, fiscal y de la Seguridad Social tenemos frecuentes reconocimientos del carácter de la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio como patrimonio separado.

1.2.1. En el ámbito procesal: El ya aludido art. 6.1 LEC reconoce capacidad para ser parte, esto es, podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles (y por el carácter supletorio de la LEC ante los contencioso administrativos, penales, sociales y militares), no sólo las personas jurídicas (subap. 3º), si no, para lo que nos interesa (subap. 4º) “Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración”. La jurisprudencia concede legitimación procesal activa y pasiva al comisario y la deniega a los sucesores presuntos<sup>28</sup>.

1.2.2. En el Derecho tributario: El art. 34.4 de la Norma Foral 2/2005, de 10 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia<sup>29</sup> es idéntico al art. 35.3 LGT cuando dispone que tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un

---

75.Y La sucesión por comisario en la ley de derecho civil vasco: y otras figuras similares en el derecho civil autonómico español, obra cit., pp. 274.

<sup>28</sup> SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 7-04-2004, AAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 28-06-2011 y SAP de Bizkaia, sec. 3ª, de 03-07-2013 sobre falta de legitimación activa de la sucesora presunta en relación a acciones sobre los bienes hereditarios; y SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 01-12-2015 en general sobre la imposibilidad de los herederos presuntos de inmiscuirse en distintas cuestiones en que estaba interesado el causante.

<sup>29</sup> Art. 35.3 Norma Foral 2/2005, de 8 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Gipuzkoa y art. 35.6 Norma Foral 6/2005, de 28 de febrero, General Tributaria de Álava.

patrimonio separado susceptibles de imposición. Pero no viene en la LGT el siguiente art. 38.4 que eleva a la misma categoría de entidad obligada tributaria a la herencia que se encuentre pendiente del ejercicio de un poder testatorio, cuando impone el cumplimiento de las obligaciones tributarias materiales y formales al administrador de la misma. Y en el mismo sentido el art. 39.4 que define como “sucesores de personas jurídicas y de entidades sin personalidad” en las obligaciones tributarias pendientes de las herencias bajo «alkar poderoso» o pendientes del ejercicio de un poder testatorio se atribuirán a aquellas personas a las que se haya designado herederos en ejercicio del poder testatorio, o por las demás causas de extinción del mismo.

Efectivamente la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio tiene dicha consideración de entidad tributaria cara al cumplimiento de las obligaciones fiscales formales. De esta manera, el art. 26 del Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 205/2008, de 22 de diciembre, por el que se regulan las obligaciones tributarias formales del Territorio Histórico de Bizkaia dispone la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio de disponer de un número de identificación fiscal (NIF). Número de la mayor importancia, pues es sabido que el NIF es necesario para efectuar operaciones con transcendencia tributaria, presentación de declaraciones, comunicaciones o escritos ante la Administración Tributaria, apertura de cuentas o la realización de otras operaciones en Bancos (D.A. 6ª LGT) o la adquisición o transmisión de inmuebles (art. 254.2 LH).

Igualmente, desde el punto de vista de las obligaciones formales, el art. 54.2 de la Norma Foral (Bizkaia<sup>30</sup>) 4/2015, de 25 de marzo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones establece el deber de proceder a realizar dos liquidaciones, una, inmediata a la muerte del causante, sobre el im-

---

<sup>30</sup> Concordancia: art. 69 Norma Foral (Gipuzkoa) 2/2022, de 10 de marzo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Art. 38.2 Norma Foral (Álava) 11/2005, de 16 de mayo,

porte de la herencia no afectado por el poder, y las que correspondan a los sucesivos ejercicios de poder con carácter irrevocable o las adquisiciones derivadas de la extinción de dicho poder por cualquier otra causa. El carácter de patrimonio separado se hasta el punto que su art. 66.3 no sólo obliga al comisario a presentar la liquidación de la herencia que deberá incluir un inventario de los bienes de la herencia, sino que prohíbe la presentación de autoliquidación por los contribuyentes en tanto no se haya ejercitado el poder testatorio con carácter irrevocable, de manera parcial o total, o se produzca alguna de las demás causas de extinción del mismo. También se ve en que el comisario deberá comunicar a la Administración tributaria las alteraciones producidas en el inventario de los elementos patrimoniales que formen parte de la herencia que se halle pendiente del ejercicio de un poder testatorio, implique devengo del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (art. 73) o no (art. 74).

Y como tal patrimonio separado, mientras la regulación estatal exige a las herencias yacentes del Impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF, art. 8.3 Ley 35/2006, de 28 de noviembre), de modo que se imputa a sus miembros, la normativa fiscal foral sí prevé que sean sujetos pasivos de este impuesto (art. 12 Norma Foral 13/3013, de 5 de diciembre<sup>31</sup>), así como del Impuesto sobre el Patrimonio (art. 7.2 de la Norma Foral —Bizkaia<sup>32</sup>— 11/1991, de 17 de diciembre, del Impuesto sobre el Patrimonio), con matices, claro. Igualmente es sujeto pasivo del Impuesto

---

del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

<sup>31</sup> Concordancia: art. 12 de la Norma Foral 3/2014, de 17 de enero, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del Territorio Histórico de Gipuzkoa. Art. 10.3 Norma Foral (Álava) 33/2013, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

<sup>32</sup> Concordancia: art. 2. Tres de la Norma Foral (Gipuzkoa) 2/2018, de 11 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio. Art. 2. Tres de la Norma Foral (Álava) 9/2013, de 11 de marzo, del Impuesto sobre Patrimonio.

*Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio*

sobre Bienes Inmuebles (art. 5.1 de la Norma Foral -Bizkaia<sup>33</sup>- 9/1989, de 30 de junio) y la “plusvalía municipal” (art. 3.2 y 6.6. Norma Foral —Bizkaia<sup>34</sup>— 8/1989, de 30 de junio, del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana).

1.2.3. En el Concurso de acreedores: La herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio es un patrimonio separado desde el momento que el art. 570 del T.R. Ley Concursal ordena que “En caso de concurso de la herencia, corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que el juez pueda modificar esta situación”. Aquí habríamos de distinguir entre las facultades de administración y representación entre vivos que pasarían al administrador concursal y la de ordenar la sucesión, que queda reservada para el comisario (art. 36.1 LDCV), pues las primeras son elementos naturales de la sucesión por comisario, no esenciales<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Concordancia: art. 5.1 de la Norma Foral (Gipuzkoa) 12/1989, de 5 de julio, del Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Art. 5.1 Decreto Foral Normativo (Álava) 2/2021, del Consejo de Gobierno Foral de 29 de septiembre. Aprobar el texto refundido de la Norma Foral del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

<sup>34</sup> Concordancia: art. 3.1 y 6.4. Norma Foral (Gipuzkoa) 16/1989, de 5 de julio, del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Art. 3.1 y 8.4 del Decreto Foral Normativo (Álava) 4/2021, del Consejo de Gobierno Foral de 29 de septiembre. Aprobar el texto refundido de la Norma Foral del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús-Javier. *La sucesión por comisario en la ley de derecho civil vasco: y otras figuras similares en el derecho civil autonómico español*, obra cit., pp. 167.

## **2. La herencia pendiente del ejercicio del poder testatorio es un patrimonio separado susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones**

Aunque el art. 34.1 LDCV prevé la realización de inventario y avalúo de los bienes de la herencia, del caudal relicto, el mismo no va a ser estático, sino dinámico. No sólo por las pérdidas o destrucciones que verifique, sino porque dicho texto legal, y la legislación accesoria, está llena de referencias a su dinamismo. El siguiente art. 37.1 da libertad al causante para designar representante a quien desee con las facultades que le atribuya y las garantías que le imponga, lo que permite investirle con todas las propias del alkar poderoso o comisario viudo, inclusive las legales. Pero la habilitación normativa esencial para que el patrimonio separado herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio pueda “ser titular de derechos u obligaciones” es el art. 43.4 LDCV, a cuyo tenor, “El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario, representante y administrador del patrimonio hereditario **podrá disponer de los bienes o derechos hereditarios** si el comitente le hubiera autorizado para ello o para atender a las obligaciones, cargas y deudas de la herencia, o cuando lo juzgue oportuno **para sustituirlos por otros. La contraprestación obtenida se subrogará en el lugar de los bienes enajenados**, salvo que se destine al pago de las obligaciones, cargas y deudas de la herencia”.

Si la DGRN/DGSJyFP admitía las inscripciones de adjudicaciones en ejecuciones a favor de las comunidades de propietarios puesto que el art. 650.2 LEC, entre otros, aclara que el ejecutante puede ser adjudicatario, o en base al art. 142.1 LDCV (antiguo art. 106 Ley 3/1992) puede inscribirse a su favor la mitad indivisa que no correspondía al comisario cónyuge, parece obvio que la habilitación normativa para que la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio pueda ser titular registral de los inmuebles que adquiera parte de dicho precepto, que desmenuzamos.

2.1. *La herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio es susceptible legalmente de ser titular de obligaciones propias*: El art. 43.3 LDCV confiere al *alkar poderoso* ser representante y administrador del patrimonio hereditario 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 realizar cualesquiera de los actos propios de todo administrador, así como ejercer las facultades de gestión que el comitente le haya atribuido. Igualmente estará legitimado activa y pasivamente respecto de cualesquiera acciones referidas al patrimonio hereditario. Y el art. 43.4 añade que “podrá disponer de los bienes o derechos hereditarios si el comitente le hubiera autorizado para ello o para atender a las obligaciones, cargas y deudas de la herencia”.

De la misma manera, el art. 21.1.a) y c) distingue netamente entre lo que son las deudas del causante, las cargas de la herencia y las deudas generadas por la propia herencia<sup>36</sup>. Estas últimas, las deudas de la propia herencia como tales pueden ser definidas como las surgidas tras la muerte del causante, pero no intrínsecas al fenómeno de la sucesión sino como consecuencia de la propia existencia de un patrimonio subsistente en el tráfico jurídico. Son: los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas” (art. 21.1.a) LDCV. Y, 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”).

---

<sup>36</sup> FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús-Javier. “Deudas y herencia: una visión desde la Ley de Derecho Civil Vasco. *JADO*, *Boletín de la AVD-ZEA*, ISSN 1888-0525, Año 15, N°. 28, 2017, pp. 611 y 614 y ss.

2.2. *La herencia pendiente del ejercicio del poder testatorio es susceptible legalmente de ser titular de derechos propios*: El citado art. 43.4 LDCV, íntegro, afirma que “El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario, representante y administrador del patrimonio hereditario podrá disponer de los bienes o derechos hereditarios si el comitente le hubiera autorizado para ello o para atender a las obligaciones, cargas y deudas de la herencia, o cuando lo juzgue oportuno para sustituirlos por otros. La contraprestación obtenida se subrogará en el lugar de los bienes enajenados, salvo que se destine al pago de las obligaciones, cargas y deudas de la herencia”. Con lo que no sólo una, sino dos veces habla de ello:

Es claro que el comisario puede enajenar bienes de la herencia a su arbitrio y “sustituirlos por otros” también a su arbitrio. PARRA LUCÁN<sup>37</sup>, se plantea si los legitimarios, o por su defecto, los parientes con expectativas de ser llamados a la herencia podrían impugnar los actos dispositivos que defrauden la finalidad de la fiducia. Entendemos que dada su falta de legitimación procesal para ejercitar acciones sobre la herencia conforme a la jurisprudencia no cabría tal posibilidad en Derecho Civil Vasco. No obstante, recordemos que conforme al art. 43.5 LDCV “Si existieran legitimarios y los actos de enajenación a título oneroso realizados por el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario representante y administrador del patrimonio hereditario se refiriesen a bienes inmuebles, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos, será necesaria la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, siendo los legitimarios menores o incapaces, la autorización judicial”. Luego dichos legitimarios tampoco podrán inmiscuirse en los bienes que adquiera el comisario en sustitución de los enajenados, pues no hay prohibición al efecto.

---

<sup>37</sup> PARRA LUCÁN, María-Ángeles. “La fiducia sucesoria”. En Jesús Delgado Echeverría (dir.) y María-Ángeles Parra Lucán (coord.), *Manual de Derecho civil aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012. ISBN 978-84-92606-22-1, pp. 603.

### 3. La herencia pendiente del ejercicio de la fiducia es un patrimonio separado susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones en el Derecho civil autonómico español

El art. 453 CDF Aragón es más contundente, pero dice lo mismo en su ap. 2 “La contraprestación obtenida quedará subrogada en lugar de los bienes enajenados, salvo que se haya destinado al pago de las deudas y cargas del caudal pendiente de asignación” y el ap. 3 “3. El fiduciario o fiduciarios no administradores darán cuenta al administrador de toda enajenación que hayan realizado y, en su caso, de los bienes adquiridos que han sustituido a los enajenados”<sup>38</sup>.

De la misma manera, el art. 424-4.2 CCCataluña “El cónyuge o conviviente tiene, en este caso, la libre administración de la herencia y plenas facultades dispositivas sobre los bienes hereditarios para hacer actos de inversión, satisfacer necesidades de la herencia, atender a su subsistencia personal, a la de los hijos y a la de los descendientes, y pagar deudas, car-

<sup>38</sup> LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio. “Título IV de la fiducia sucesoria”, en José-Luis Merino Hernández (coord.), *Tratado de derecho de sucesiones aragonesas*, obra cit., pp. 422: “La doctrina, en interpretación del art. 113 derogado de la Compilación, se planteó el problema del destino de lo recibido en contraprestación a los bienes del caudal hereditario dispuesto por la comunidad hereditaria, si debería aplicarse a los mismos la subrogación real o por el contrario no se precisaba. Para concretar la cuestión se hacía necesario precisar las dos posibilidades del destino que se iba a dar a los bienes: si los actos dispositivos tenían la función de satisfacer obligaciones, se producía el autoconsumo y no se podría hablar de subrogación o si, por el contrario, el contravalor se daba en metálico para agilizar el patrimonio o se trataba de una permuta en la que un bien debía ocupar el lugar del desaparecido en el patrimonio al entender que había una subrogación real”. ESCOLÁN REMARTÍNEZ, Amadeo. *La Fiducia Sucesoria Aragonesa. Del «pacto al más viviente» hasta la problemática fiscal moderna*. Aranzadi-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2013. ISBN: 978-84-9059-052-2, pp. 210, admite que “Luego entonces, el fiduciario sin consentimiento expreso del comitente y cumpliendo con la ley, puede vender todo el patrimonio del causante y convertirlo en títulos valores, por ejemplo”.

*Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio*

gas y legítimas, con las limitaciones establecidas por el testador. Los bienes adquiridos por la realización de actos de inversión y los frutos y rentas no consumidos en dichas atenciones se incorporan a la herencia<sup>39</sup>.

También la ley 287 CDFNavarra<sup>40</sup> permite según la doctrina la adquisición de bienes por el fiduciario-comisario para la herencia. Esta facultad de disposición a título oneroso sobre los bienes hereditarios está sujeta a la modulación que fije el causante, siendo tradicional que éste autorice al fiduciario-comisario para disponer y consumir el producto de la venta en caso de necesidad. En otro caso, lo obtenido por la enajenación a título oneroso, como producto de la gestión de la herencia, quedará subrogado en el lugar de los bienes que salieren de la herencia, salvo que se hubiera destinado al pago de las deudas o cargas de ésta<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> POZO (del) CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*. Marcial Pons, Madrid, 2017. ISBN 978-84-9123-424-1, pp. 136: “incrementan el patrimonio relicto a favor de los descendientes elegibles”. PUIG FERRIOL, Luis. “Capítulo XI. Disposiciones fiduciarias”. En Luis Puig Ferriol y Encarnación Roca Trías (aut.), *Institucions del Dret Civil de Catalunya, Vol. III, Dret de Successions*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN 978-84-9876-409-3, pp. 276: “Esta posición del consorte superviviente se ha configurado como una legitimación legal para actuar sobre un patrimonio ajeno, sobre el que no tiene ningún tipo de titularidad (a menos que el cónyuge o conviviente premuerto les haya conferido el usufructo de la herencia), que le permite gestionar el patrimonio hereditario en su beneficio y de sus descendientes, y una legitimación para actuar como órgano ejecutor de la sucesión por la vía de pagar deudas, cargas y legítimas, pero sin que pueda hacer suyos los frutos y rentas no consumidas”.

<sup>40</sup> Ley 287. “Situación de dependencia. Siempre que los fiduciarios fueren el cónyuge, pareja estable o los ascendientes del causante, en tanto no hubieren cumplido enteramente su cometido, tendrán facultades de administración y disposición sobre los bienes de los que todavía no hayan dispuesto. Cuando se trate de otros fiduciarios, se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria entre los llamados, pero si alguno de estos es menor o es una persona para la que se han establecido medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad, se requerirá para los actos de disposición el consentimiento de los fiduciarios”.

<sup>41</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio. “Título XI. Los fiduciarios-comisarios”. En Enrique Rubio (dir.) y María-Luisa Arcos (coord.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil*

### III. INSCRIPCIÓN DE BIENES INMUEBLES A FAVOR DE LA HERENCIA PENDIENTE DEL EJERCICIO DEL PODER TESTATORIO

#### 1. Principio registral de especialidad: Determinación del titular registral

Acreditado que en la actualidad es pacífico el acceso al Registro de la propiedad de adquisiciones de inmuebles verificadas en favor de patrimonios sin personalidad jurídica en ciertos supuestos, resta superar otros obstáculos adicionales.

El primero de ellos es la inscripción de los bienes a favor de un patrimonio sin personalidad que carece de titular, ya que es precisamente el ejercicio del poder testatorio por parte del comisario el que determinará, dentro de las facultades conferidas en el instrumento público notarial rector de la sucesión, quién, cuándo y cómo hayan de determinarse dichos titulares, bien sobre el patrimonio en su conjunto, bien sobre determinados bienes que formen parte del mismo.

El principio de especialidad hipotecario exige que en la inscripción se hagan constar “*e) La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción.*” pudiendo practicarse también, como se ha visto, en favor de patrimonios sin personalidad jurídica en los casos en que puedan adquirir bienes con arreglo a las leyes.

El art. 51, regla 9ª RH desarrolla lo anterior señalando que: “*b) Si se trata de personas jurídicas, se consignarán su clase; su denominación; el número de identificación fiscal; la inscripción, en su caso, en el Registro*

---

*de Navarra.* Aranzadi, Cizur Menor, 2002. ISBN 84-8410-893-7, pp. 875. NANCLARES VALLE, Javier. “Capítulo 22. Disposiciones fiduciarias en el derecho sucesorio de Navarra”. En María-Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*. T. I. Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2011. ISBN 978-84-470-36040-0, pp. 883.

*Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio*

**correspondiente; la nacionalidad, si fuere una entidad extranjera, y el domicilio con las circunstancias que lo concreten.**”, exigencia que, con las debidas modulaciones, es aplicable a los patrimonios sin personalidad.

En los casos de pluralidad de titulares, deben hacerse constar las cuotas que correspondan a cada titular, art. 54 RH, si bien hay excepciones:

- Los bienes pertenecientes a la comunidad matrimonial de gananciales, conquistas, consorcio o comunicación foral de bienes (arts. 90 y ss. RH).
- Los bienes pertenecientes a comunidades en mano común o germánicas como los montes vecinales en mano común, que se inscriben genéricamente a favor de “los vecinos” de determinado municipio.
- Las inscripciones de cotos mineros (art. 62 RH), aprovechamientos de aguas a favor de comunidades de regantes (art. 64 RH) o de aguas privadas (art. 66 RH).

La Compilación Navarra admite la llamada comunidad solidaria sobre derechos reales (Ley 378), en que cada cotitular del derecho real puede ejercerlo por sí; la RDGRN 25-12-84 consideró que no era admisible en el derecho común respecto de los derechos reales, aunque sí de crédito; la admitió de forma “excepcional” RDGRN 15-02-2000 respecto del derecho real de hipoteca y probablemente hoy se admitiría siempre que hubiera una razón suficiente para justificar su utilidad en atención a las circunstancias del caso concreto.

La legislación hipotecaria contempla también las inscripciones en que el titular registral no se publica directamente, sino de forma mediata *ob rem* o *propter rem*. Son los casos de las servidumbres prediales (art. 13.2 LH) o la hipoteca en garantía de títulos transmisibles al portador o endosables, constituidas a favor de los tenedores presentes o futuros de los títulos (arts. 150 y 154 LH).

## 2. Inscripción en favor de titularidades condicionales

Cuando una determinada titularidad está sujeta a una condición se produce un desdoblamiento de la titularidad *pendente conditione* y una vez cumplida. El art 9 LH señala que “La inscripción contendrá ... c) La naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba.”. Precisa el art. 51.6 RH que “Para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas resolutorias, o de otro orden, establecidas en aquél. No se expresarán, en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real”.

La doctrina considera que ha de tratarse de una auténtica condición establecida por voluntad de los interesados (*conditio facti*), no siendo son inscribibles las “*conditio iuris*”, deben ser establecidas en un acto/contrato inscribible, susceptible de producir una modificación jurídico-real (no meramente obligacional) y haber un pacto con “plazo” determinado para su cumplimiento.

*Pendente conditione*, el Registro publica 2 titularidades, la actual y la expectante, sin que a favor del titular expectante operen la presunción posesoria del art 38.1 LH ni el ejercicio de la acción real del art 41 LH. Cada titular podrá disponer de su derecho, quedando el adquirente sujeto a los avatares que resulten del definitivo cumplimiento o incumplimiento de la condición registrada, momento en que desaparecerá la incertidumbre y se purificará la titularidad, con plenos efectos retroactivos erga omnes.

El art. 23 LH señala que “***El cumplimiento de las condiciones suspensivas, resolutorias o rescisorias de los actos o contratos inscritos, se hará constar en el Registro bien por medio de una nota marginal, si se consuma***

*Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio*

**la adquisición del derecho, bien por una nueva inscripción a favor de quien corresponda, si la resolución o rescisión llega a verificarse.** Como señala la doctrina, la mención de la rescisión es incorrecta e impropia, olvida que también el “incumplimiento” debe hacerse constar en el RP, normalmente mediante un asiento de cancelación. Tratándose del cumplimiento de una condición resolutoria, deberá procederse a la reinscripción a favor del transferente, cumpliendo los requisitos exigidos por la legislación y la jurisprudencia.

### **3. Inscripción en favor de titulares transitoriamente indeterminados**

Y, lo que resulta decisivo para el objeto del presente estudio, también prevé la legislación hipotecaria la inscripción en casos en que existen situaciones jurídicas de pendencia, en las que el titular del derecho inscrito está “*transitoriamente indeterminado*”. En estas situaciones de pendencia o interinas *normalmente* existe un *titular interino* y un *titular preventivo* (susceptible de convertirse en titular definitivo). Como ejemplos se pueden citar:

- Los derechos sucesorios derivados de heredamientos y otros pactos sucesorios en favor de hijos nacederos (art. 77 RH), incluso a favor de *concepturus* (RDGRN 28-01-1988). Se incluirían los sujetos a sustituciones fideicomisarias en favor de determinadas personas que existan en el momento del fallecimiento del fiduciario, así como el denominado pseudousufructo testamentario, en que los titulares de la nudapropiedad sólo se determinarán en el momento del fallecimiento del usufructuario.
- Los bienes sujetos a reservas hereditarias (arts. 811 y 968 CC y concordantes autonómicos).

- Las hipotecas en garantía de títulos endosables o al portador (arts. 150 y ss. LH).
- Los derechos resultantes de negocios jurídicos hechos en favor de persona a designar, ex Ley 514 Compilación Navarra. La RD-GRN 4-01-1999 admitió la inscripción de una opción mediadora, que ejerce la persona designada por el titular del derecho de opción, sin necesidad de transmitir el derecho ni de inscribir previamente la designación en el Registro; previamente en numerosas resoluciones de 1994 y 1995, la DG había admitido el ejercicio de la opción de compra sin necesidad de la previa inscripción del derecho de opción, muy corriente en los casos de ejercicio de la opción en los contratos de leasing inmobiliario.
- La adjudicación a favor de un rematante *reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero*, art 647 LEC, cuya inscripción admitió la RDGRN 11-06-2015.
- Los bienes integrantes de patrimonios protegidos a favor de personas con discapacidad sujetos a los derechos civiles catalán y navarro puesto que conforme a los arts. 227-2 CCC y ley 44 a) II FNN “es un patrimonio autónomo, sin personalidad jurídica, sobre el cual el constituyente, el administrador y el beneficiario no tienen la propiedad ni ningún otro derecho real” y “no otorgará titularidades ni derechos reales al beneficiario”, respectivamente.

En estos casos, en el Registro de la Propiedad se hace constar tanto *la titularidad interina* como la *preventiva*, distinguiendo para esta última:

- Si son personas “determinadas”, se harán constar sus circunstancias en la inscripción.

*Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio*

- Pero si se trata de personas “indeterminadas” (i.e. un *nasciturus* o *concepturus*): Se hará constar en el Registro las circunstancias o elementos que permitan *su posterior identificación*, para que una vez que se produzca el evento pueda inscribirse la titularidad definitiva.

#### 4. Publicidad registral de la herencia yacente

Cuando la herencia está pendiente de aceptación por todos o alguno de los herederos y en consecuencia, el haber hereditario está pendiente de reparto, estamos ante un supuesto de herencia yacente y los coherederos gozan de un derecho hereditario en abstracto, consistente en una cuota —resultante directamente del título sucesorio o de hechos o actos jurídicos posteriores, tales como renunciaciones, fallecimientos anteriores o sobrevenidos, etc.— sobre la totalidad del patrimonio pendiente de reparto.

No debe confundirse esta cuota sobre la herencia, susceptible de cesión en conjunto, con una cotitularidad concreta sobre todos y cada uno de los bienes y derechos que la integran. Mientras no se concrete ese derecho hereditario en bienes o en cuotas indivisas sobre los mismos<sup>42</sup>, el coheredero podrá disponer de su derecho o cuota en conjunto, pero no de bienes concretos ni de cuotas indivisas sobre los mismos. Sin perjuicio, claro está del derecho de todos los coherederos, al agotar el poder de disposición sobre cada uno de dichos bienes o derechos puedan transmitir alguno de ellos antes de liquidar el patrimonio, subrogándose<sup>43</sup> el precio o el bien

<sup>42</sup> Por este motivo suele decirse que la comunidad hereditaria es una comunidad germánica o en mano común. Esta afirmación no es exacta, puesto que en la comunidad germánica no hay copropietarios con una cuota determinada y en la comunidad hereditaria sí la hay. Lo que ocurre es que la comunidad y la cuota de cada coheredero se ostenta sobre el conjunto patrimonial y no sobre los bienes que lo integra. Respecto de cada bien no hay una cuota concreta y en este sentido el derecho de cada coheredero es similar al del integrante de una comunidad germánica.

<sup>43</sup> En este caso es una subrogación real.

obtenido en el lugar del enajenado y con la posibilidad de que, mediante una liquidación parcial de la comunidad hereditaria, se repartan el precio.

Aunque en el patrimonio relicto pueden ingresar bienes como consecuencia de la enajenación de bienes o el ejercicio de derechos de crédito o de naturaleza real que ostentase el causante, el destino de la herencia yacente es su liquidación, al punto de que el pacto o disposición que prohíba dividir la herencia sólo puede tener una duración de 10 años (arts. 400.2, 1051 y 1700.4º y 1704 CC, con la excepción derivada del art. 1705 CC). No entendida en el sentido de una liquidación patrimonial propiamente dicha con pago a los acreedores y legatarios y entrega del remanente a los herederos, sino como la liquidación impropia de una situación provisional que culmina con la subrogación personal de los herederos en lugar del causante, respecto de todas las relaciones jurídicas que no se extingan por el fallecimiento de éste<sup>44</sup>.

A diferencia del derecho francés, que admite la inscripción registral del derecho hereditario en abstracto, esto es, el derecho a recibir los bienes o cuotas indivisas sobre los mismos adjudicados en la partición (*partage*) de la herencia, en el derecho español sólo puede ser objeto de anotación preventiva, en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 LH:

***“Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: (...)***

***Sexto. Los herederos respecto de su derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos.***

---

<sup>44</sup> En los derechos civiles continentales, los herederos son continuadores de la personalidad jurídica del causante, a diferencia de los sistemas de common law, que son sistemas de liquidación del patrimonio hereditario. ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan. *Pasado y futuro del albaceazgo*, ponencia de las jornadas sobre el Cientocincuentenario de la Ley del Notariado, La Toja, junio de 2012.

*Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio*

***Séptimo. El legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaria (...)***”.

El artículo 146 del Reglamento Hipotecario señala que se practicará a solicitud de los herederos, legitimarios, legatarios de parte alícuota y de los acreedores de la herencia, cuyos créditos no estén garantizados especialmente o afianzados por los herederos, siempre que justifiquen su crédito mediante escritura pública.

Es decir, en nuestro derecho, no cabe la inscripción de bienes a nombre de la herencia yacente que, mientras no se verifique la partición permanecerán inscritos a nombre del causante. Y los herederos (o los acreedores de la herencia), antes de la partición, sólo pueden solicitar la anotación preventiva de su derecho hereditario en abstracto, que muy rara vez es solicitada.

Sin embargo, esta tesis clásica, ha sido superada por la propia Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. La Resolución de 1 de marzo de 2024 (BOE 27 de marzo), tras recordar su propia doctrina en relación con las anotaciones de demanda contra la herencia yacente, concluye que “debe concluirse la admisibilidad de la inscripción a favor de la herencia yacente, como una situación caracterizada por la existencia de titularidad transitoriamente indeterminada hasta que los herederos ejerciten el «ius delationis» al adir la herencia.”

## **5. Publicidad registral de la herencia pendiente del ejercicio del poder testatorio**

¿*Quis iuris* en este caso?

La aplicación de las normas anteriores para la herencia pendiente de asignación es, sin duda, tentadora. Siendo situaciones diferentes, parecen evidentes las analogías entre ambas. Fallecido el causante, sin perjuicio de

la inscripción del usufructo del viudo comisario, en su caso, los herederos podrían solicitar la anotación preventiva de su derecho, con la particularidad de que se trataría de derechos *sub conditione*, sujetos al resultado del ejercicio del poder testatorio por el comisario.

Sin embargo, esta solución, más que sencilla nos parece simplona y no está exenta de problemas. El primero de ellos, no menor, es que las anotaciones preventivas son *numerus clausus* en nuestro derecho y la doctrina administrativa de la Dirección General ha sido extremadamente restrictiva en su aplicación, inadmitiendo, por ejemplo, anotaciones de demanda penales, al no estar previstas expresamente en la normativa hipotecaria. Si en materia de inscripciones, la de derechos sujetos a condición no plantea problema alguno en la actualidad, en materia de anotaciones es mucho más problemático.

A lo anterior cabría añadir que existe entre la herencia yacente y la pendiente de asignación una diferencia sustancial. Mientras que en la herencia yacente la sucesión está abierta y hay unos titulares determinados o determinables de unos derechos hereditarios en abstracto pendientes de concreción, en la herencia pendiente del ejercicio del poder testatorio, no hay herencia abierta ni derecho alguno a favor de ninguna otra persona que el comisario. Señala con claridad el art. 17.2 *in fine* LDCV que la herencia no se abre hasta que el comisario ejerce el poder testatorio que le ha sido conferido (art. 17.2 *in fine* LDCV). Por tanto, salvo que del título sucesorio por el que se nombra un comisario y se le concede un poder testatorio se desprenda otra cosa, el heredero presunto sólo ostenta una simple expectativa de que en el futuro tal poder pueda ser ejercitado en su favor y tal expectativa no nace facultad o derecho alguno, como no sea la protección de la legítima colectiva, a la que más adelante nos referiremos.

Las fuertes restricciones a la admisión de anotaciones preventivas tienen un fundamento claro. El dominio se presume libre y por tanto, las

limitaciones deben ser expresas. El fundamento de la publicidad registral es facilitar el tráfico jurídico inmobiliario mediante la inscripción, reduciendo los costes de transacción y la protección de los derechos inscritos. Pero como por este mismo motivo la anotación de derechos restringe la circulación de los bienes, es esencial que sólo puedan anotarse aquellos que se deriven de situaciones jurídicas que merezcan tutela jurídica en perjuicio de terceros.

Una anotación preventiva a favor de herederos presuntos debería estar amparada, por tanto, en el título sucesorio o en la ley. Sería factible, por ejemplo, en una herencia en la que los herederos ya hubieran sido instituidos por el causante correspondiendo al comisario asignar los bienes correspondientes y el momento de hacerlo, posibilidad ampliamente usada en los casos de herederos menores de edad o con discapacidad requerida de medidas de apoyo en los pactos sucesorios con eficacia *post mortem*. Fuera de estos casos, los presuntos herederos no tienen acción alguna para entorpecer el ejercicio del poder testatorio por el comisario, de manera que únicamente en virtud de resolución judicial cabría ordenar la práctica de anotaciones preventivas a favor de los legitimarios expectantes cuando la conducta del comisario pudiera perjudicar gravemente la legítima colectiva de los descendientes. Todo ello, se entiende, sin perjuicio de que en defensa de los derechos de la legítima colectiva pueda practicarse la mención del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, como señaló la Resolución de 2-07-2020, algunas de cuyas conclusiones veremos con más detalle.

Podría alegarse que, si la Ley Hipotecaria no admite la inscripción del derecho hereditario en abstracto a favor de herederos conocidos y determinados, con mayor razón habrá de rechazarse la inscripción de un derecho en favor de titulares indeterminados sobre una herencia pendiente de asignación. Si no es inscribible un derecho concreto sobre una masa

de bienes, pero abstracto en cuanto a que no está determinada ni concretada la porción que corresponde al heredero sobre bienes concretos de la misma, menos aún será admisible la inscripción de bienes concretos a favor de personas indeterminadas.

Sin embargo, esta solución, que en realidad es una no solución, dista sobremanera de ser satisfactoria, pues no encaja bien con la necesidades del tráfico e impone para la realización de actos dispositivos sobre los bienes integrantes del caudal, la previa aceptación —siquiera sea a título singular— de la herencia y, en consecuencia el ejercicio del poder testatorio, en contra de la voluntad del causantes y del comisario —no se olvide que el poder testatorio habitualmente se concede en provecho del mismo y que suele ser el cónyuge viudo.

La pregunta que nos hacemos es ¿existe alguna solución? Y nuestra respuesta es afirmativa.

## 6. Inscripciones hereditarias en casos especiales

En la actualidad, la proliferación de relaciones jurídicas con elemento internacional y el enorme crecimiento de los derechos civiles autonómicos no se ha visto acompañada por la deseable, cuando no imprescindible adaptación del derecho adjetivo a las necesidades y retos planteados, que poco o nada tienen que ver con los existentes en el momento en que se elaboraron las normas, requeridas de una interpretación adecuada a un contexto y una realidad jurídica y social bien distintos a los existentes en el momento de elaboración de la Ley Hipotecaria.

En lo relativo al derecho notarial, los problemas de *adaptación* pueden resolverse con relativa facilidad, dado que su contenido normativo no se caracteriza precisamente por su encorsetamiento formal, sino todo lo contrario. De este modo, *gracias a sus carencias normativas*, el sistema

*Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio*

notarial permite proporcionar soluciones jurídicas seguras y robustas perfectamente adaptadas a las necesidades actuales y así lo demuestran los legisladores estatal, autonómicos e incluso europeos mediante la constante atribución de nuevas competencias a los notarios que, sin embargo, no vienen acompañadas por la correspondiente, deseable y a veces también imprescindible, actualización de la legislación notarial.

En materia registral, la situación es parecida, si bien como es lógico, la legislación hipotecaria es bastante más estricta y es preciso encontrar vías para poder sortear preceptos que en muchos casos son normas zombis, materialmente derogadas, pero formalmente en vigor<sup>45</sup>. Afortunadamente, algunos preceptos de la ley hipotecaria previstos con finalidades diferentes pueden servir y de hecho suelen servir de cauce para dar salida a situaciones como la que es objeto del presente trabajo. Siempre que, claro está, nos acerquemos a ellos con una visión distinta, que parta del contexto jurídico-político actual, en el que las fuentes del ordenamiento jurídico ya no son el Código Civil y marginalmente los derechos forales y el derecho extranjero, situación en la que se redactaron la Ley Hipotecaria y su Reglamento, sino que deben contemplar necesariamente realidades jurídicas ajenas al derecho civil general del Código Civil. Realidades que existen no sólo en los derechos civiles *forales y especiales*, sino en las disposiciones administrativas y urbanísticas del derecho autonómico.

---

<sup>45</sup> Esto es particularmente problemático en lo relativo al Reglamento Hipotecario, norma que es inderogable de facto. Formalmente, sólo la Sala 3ª del Tribunal Supremo puede derogar un reglamento, como de hecho hizo la STS 31-1-2001 con buena parte de la reforma introducida por el RD 1867/1998. Sin embargo, los recursos judiciales contra las calificaciones registrales negativas y contra las resoluciones desestimatorias de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública son competencia de la jurisdicción civil, de manera que sólo pueden inaplicar la norma reglamentaria por considerarla derogada, pero no expulsarla del ordenamiento jurídico, lo que provoca tensiones y rigideces en el sistema registral poco compatibles con sus fines y las necesidades del tráfico jurídico.

Un problema cada vez más frecuente es el de las herencias de ciudadanos británicos con residencia habitual en España. Siguiendo por fin a la doctrina y práctica notariales, la Dirección General ha decantado, tras ciertas vacilaciones iniciales, una doctrina según la cual, la aplicación por la vía de la *professio iuris* tácita del derecho inglés, muy relevante a los efectos de la legítima de los descendientes, inexistente en dicho derecho, no implica que necesariamente deban aplicarse sus normas a la liquidación de la herencia. De manera que no procederá el nombramiento de un *executor* si los herederos de común acuerdo llegan a un acuerdo sobre el reparto de los bienes y otorgan la correspondiente escritura de partición.

En relación con este asunto con la claridad compatible con la profunidad en él habitual, Martorell García, escribe lo siguiente en su página web:

<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/coadyuvantes-notariales-en-las-sucesiones-transfronterizas/#u33>

### “3.3 Utilización de los ejecutores hereditarios

Lo anterior no quiere decir que, si contamos con tales ejecutores y administradores hereditarios, no podamos utilizarlos.

El problema es que el «*executor*» británico es lo que se conoce como un «falso amigo», pues no puede traducirse diciendo que es un «ejecutor», ya que al estar ligado a la liquidación poco se parece a nuestro albacea y contador-partidor.

Cuestión distinta es si, en el típico testamento «*simpliciter*» para el patrimonio español de un inglés con «*professio iuris*» por su ley nacional, puede nombrarse un propiamente «*executor*» y decir (¿o entenderse tácitamente?) que, en defecto de tal consideración, tendrá el estatus y funciones del albacea y contador-partidor, siendo conveniente precisar si ostenta fa-

*Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio*

cultades dispositivas. ¿Lo impide la ley sucesoria inglesa aplicable? No lo impide porque ni siquiera piensa en ello. Sería una disposición testamentaria puramente voluntaria cuyo contenido se llena por referencia a una norma extranjera y, en su caso, se completa con las facultades necesarias.

En tal caso si son ellos quien, en virtud de sus facultades legales o testamentarias, proceden a la transmisión del inmueble, considero que **su actuación se imputa a la herencia (como patrimonio de destino) y no al causante (cuya personalidad se ha extinguido) ni a los beneficiarios últimos (que pueden no haber aceptado todavía la herencia, que nada deciden sobre la transmisión del inmueble y que lo que realmente van a recibir es el producto de la venta)**. (...) el juego civil, al facilitar la mecánica de venta, especialmente si concurren menores o personas con discapacidad declarada; y registral, pues en herencias con muchos bienes y llamados puede convenir, por generar tales facultades dispositivas una sola inscripción por finca, en el caso de que interese su publicidad previa conforme al art. 2-3 Ley Hipotecaria. En este sentido puede verse la Resolución DGRN de 18 de julio de 2012 que en relación con la inscripción a favor del fiduciario no exige que se determinen las cuotas indivisas de los fideicomisarios”.

Dice con razón Martorell García que el *executor* no es un ejecutor al modo del albacea contador-partidor del Código Civil; *mutatis mutandis*, tampoco el comisario se parece a éste en nada, al contrario, la adaptación de la figura del *executor* al derecho español *rectius*, a un derecho español, tendría mucho más que ver con los fiduciarios o comisarios que con diversas advocaciones y regímenes regulan los derechos civiles españoles, incluido el Código Civil. Como hemos demostrado en este trabajo, está fuera de toda duda que el patrimonio hereditario pendiente de asignación no es, a diferencia de la comunidad postganancial o la herencia yacente, un patrimonio destinado a su liquidación, sino que es un patri-

monio dinámico que, aun carente de personalidad jurídica, puede poseer, adquirir y enajenar bienes, incluidos inmuebles, mediante la actuación de su comisario que, como administrador, es quien ostenta su representación *orgánica* (art. 37.1 LDCV). Todo ello sin perjuicio de que determinados actos –no por cierto los de adquisición de inmuebles– requieran el consentimiento de uno cualquiera de los legitimarios, siempre que no conste que la legítima colectiva ha sido pagada o renunciada.

Conforme al artículo 2.3 de la Ley Hipotecaria, son inscribibles **“Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado.”** Y aclara en este caso el artículo 20 de la Ley Hipotecaria que **“No será necesaria la previa inscripción o anotación a favor de los mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes.”**

Una atenta lectura de ambos preceptos permite extraer conclusiones a nuestro modo de ver, irrefutables:

- a) El nombramiento de un comisario, encargado de la transmisión de los bienes de una herencia a los herederos del causante que él designe, es una situación subsumible en el art. 2.3 de la Ley Hipotecaria. Ciertamente, el causante no le ha adjudicado los bienes, pero sí le ha encargado que los administre en términos amplísimos “con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado”.
- b) El art. 20 LH incluye una enumeración abierta de supuestos en que una persona *actúe con carácter temporal como órgano de representación y disponga de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes.* Este carácter abierto permite incluir al comisario, no ya por analogía, sino

de forma directa, por estar investido de un poder legal de representación derivado de un título sucesorio y ello con independencia de la postura que se adopte acerca de su naturaleza jurídica (representación *post mortem* o fiducia sucesoria).

c) Al señalarse que *no será necesaria* la previa inscripción o anotación del derecho a favor del comisario, se está dando por sentado sin ningún género de duda que dicha inscripción es posible. En el caso de enajenación de bienes por parte del comisario no nos encontramos ante un supuesto de tracto abreviado sino del ejercicio directo del poder de disposición sobre bienes ajenos.

d) Aunque el art. 20.3 LH parece estar pensando en la situación de la herencia yacente, no se limita a ese supuesto. Incluye también titularidades fiduciarias (fiducia *cum amico*) derivadas de la representación indirecta (en nombre propio y en interés ajeno), no siendo exigible la previa inscripción a favor del titular aparente, aunque sea perfectamente posible, como señaló la RDGSJYFP 19-10-2022 con cita de un buen número de precedentes incluyendo sentencias del Tribunal Supremo desde 1900 y resoluciones de la propia Dirección General desde 1958<sup>46</sup>. Esta aproximación es muy importante, pues cierra el paso de raíz a una interpretación restrictiva que limitaría la inscrip-

---

<sup>46</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 1900, 10 de julio de 1946, 17 de diciembre de 1959, 22 de noviembre de 1965, 2 de noviembre de 1970, 16 de mayo de 1983, 25 de febrero de 1994, 19 de junio de 1997, 18 de enero de 2000, 31 de octubre de 2003, 6 de julio de 2004, 6 de julio de 2006, 2 de abril de 2012 y 30 de mayo y 10 de junio de 2016; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de febrero de 1958, 30 de junio de 1987, 18 de octubre de 1989, 19 de enero de 1994, 15 de abril de 1999, 10 de marzo y 2 de septiembre de 2004, 6 de julio de 2006, 7 de marzo y 21 de marzo de 2015 y 13 y 21 de junio y 20 y 25 de julio de 2018, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 19 de febrero y 12 de junio de 2020 y 30 de noviembre de 2021.

ción a favor del comisario únicamente de los bienes integrantes del caudal relicto en el momento del fallecimiento del causante. De hecho, en el listado de supuestos subsumibles en el precepto, el de la herencia yacente no es el primer supuesto, sino el cuarto.

d) No existiendo obstáculo registral para la inscripción de los bienes inmuebles inventariados a nombre del comisario (aunque la falta de inscripción a su nombre no impedirá la inscripción de los actos dispositivos que efectúe en ejercicio del poder testatorio), tampoco lo habrá para inscribir los que después adquiera para el patrimonio hereditario pendiente de asignación en ejercicio de las facultades orgánicas de representación atribuidas por el causante y la LDCV. Esto es, si por virtud de las normas rectoras de la sucesión el comisario puede adquirir bienes para el patrimonio relicto, deberán ser inscritos en el registro a solicitud del comisario.

Otro problema, ajeno al presente trabajo será si la adquisición de bienes para el patrimonio hereditario está limitada al juego de la subrogación real —bienes adquiridos como consecuencia de la enajenación de otros— o si el comisario o un tercero podrían hacer aportaciones independientes a dicho patrimonio, postura que no debería ser descartada por principio pues, a diferencia de la herencia yacente, la herencia pendiente no es un patrimonio destinado a su liquidación sino un patrimonio vivo, dinámico que puede ser perfectamente un patrimonio productivo, como se desprende de su tratamiento fiscal.

e) Un argumento adicional de extraordinaria fuerza en apoyo de esta solución lo constituye el reflejo registral de las sustituciones hereditarias, que es el supuesto que más se asemeja a la situación de la herencia pendiente de asignación es la de las sustituciones hereditarias, al punto de utilizarse en muchas legislaciones la misma expresión de “fiducia-

*Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio*

rio” —no en el caso vasco— para designar al primer heredero y al administrador del caudal hereditario.

En el caso de la sustitución vulgar, no se refleja nada en el Registro, dado que el sustituto nada tiene desde el momento en que hay un heredero. Sin embargo, en el caso de la sustitución fideicomisaria, el fideicomisario ostenta una titularidad, sea condicional o a término, incluso en el caso de la sustitución de residuo en que el fiduciario está legitimado para disponer de los bienes recibidos, subrogándose lo obtenido en lugar de lo enajenado.

En este caso, sí que procede la inscripción de la situación conforme a lo dispuesto en el artículo 82 del Reglamento Hipotecario, que en lo que aquí interesa dispone:

“En las inscripciones de herencia o legado con sustitución fideicomisaria que se practiquen a favor de los fiduciarios, se hará constar la cláusula de sustitución.

Cuando los bienes pasen al fideicomisario se practicará la inscripción a favor de éste en virtud del mismo título sucesorio y de los que acrediten que la transmisión ha tenido lugar.”

De lo expuesto, no resulta en absoluto temerario concluir que la circunstancia de que un determinado inmueble forma parte de una herencia pendiente del ejercicio de un poder testatorio es perfectamente inscribible al amparo de lo dispuesto en los arts. 2.3 y 20 de la Ley Hipotecaria y 82 de su Reglamento. El reflejo registral podría, a nuestro juicio, producirse por diferentes vías, no excluyentes entre sí:

i) Mediante la constancia registral del usufructo a favor del cónyuge viudo comisario, haciendo constar esta última circunstancia en la inscripción. Esta solución puede ser calificada como un parche, pues

no servirá en el caso de que el comisario, sea o no el viudo, no sea usufructuario.

ii) Mediante la inscripción de los bienes inmuebles integrantes del patrimonio de la herencia pendiente de asignación a nombre del comisario como representante legal del patrimonio hereditario pendiente de asignación, haciéndose constar en la inscripción dicha circunstancia.

iii) Mediante el reflejo por nota marginal en la inscripción de los bienes inmuebles integrantes del patrimonio de la herencia, del fallecimiento del titular registral y estar pendiente el ejercicio del poder testatorio por parte del comisario.

iv) Mediante la inscripción a nombre del comisario de su titularidad fiduciaria, haciendo constar las personas concretas o las circunstancias de aquellas entre las que el comisario pueda elegir para asignarles el bien.

En cualquier caso, el Registro deberá publicar conforme a las reglas generales de la normativa hipotecaria y según lo que resulte del título o de la ley sucesoria, las causas de extinción del usufructo y del poder testatorio, las restricciones al poder de disposición del comisario establecidas por el causante mediante su transcripción en el asiento, en su caso, o por remisión a la ley sucesoria.

En todo caso, las inscripciones anteriores son compatibles con la “mención” legitimaria a que hace referencia el art. 15 LH. Este precepto, redactado teniendo en cuenta del carácter de *pars valoris bonorum* que tenía la legítima catalana y que hoy ha perdido su vigencia para las herencias sujetas al derecho catalán, es aplicable a las herencias vascas sujetas al ejercicio del poder testatorio. En concreto, el juego combinado de la LDCV y el art. 15 LH implicaría:

a) La constancia de oficio o a solicitud del comisario o de cualquier interesado.

*Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio*

b) La posibilidad de que por nota marginal, el comisario asigne bienes concretos para pago o su afección en garantía de la legítima colectiva.

c) Las referidas menciones se practicarán aunque no hayan tenido intervención los legitimarios (presuntos) y aunque éstos no estén individualizados por no haber hecho uso el comisario del poder testatorio ni estar nominativamente designados por el causante.

d) La mención legitimaria (o su ausencia) sólo producirá efectos respecto de los terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no entre comisario y legitimarios, cuyas relaciones se registrarán por las normas civiles aplicables a la herencia del causante.

e) Aunque el precepto establece la afección solidaria por plazo de 5 años desde la fecha de la mención de los bienes inmuebles al pago de las legítimas, cualesquiera que sean las disposiciones del causante o los acuerdos del comisario, creemos que no es aplicable a las herencias sujetas al Derecho civil vasco, al no establecer la LDCV ninguna previsión en este sentido.

f) En cualquier caso, la mención legitimaria caducará sin excepción pasados 20 años desde el fallecimiento del causante, sin que sea aplicable en este caso lo dispuesto en el artículo 82 in fine del Reglamento Hipotecario, que permite, transcurridos 30 años desde el fallecimiento del fiduciario, sin que los fideicomisarios hubieran hecho actuación alguna, instar el expediente de liberación de cargas y gravámenes para cancelar el fideicomisario.

g) Los bienes hereditarios se inscribirán sin mención alguna de derechos legitimarios, cuando la herencia tenga ingreso en el Registro después de transcurridos veinte años desde el fallecimiento del causante.

En todo caso, la aplicación del régimen del artículo 15 de la Ley Hipotecaria ha sido superado, como consecuencia de la Sentencia 4/2024, de 10 de junio del TSJ del País Vasco, que ha señalado taxativamente que la legítima vasca tiene carácter *pars valoris*.

#### IV. CONCLUSIONES

La aprobación de la Ley 5/2015, de Derecho civil vasco ha supuesto el nacimiento de un sistema sucesorio nuevo, distinto al del Código Civil. Como consecuencia del reparto competencial entre el estado y las comunidades autónomas establecido por el artículo 149.1.8ª de la Constitución, es competencia estatal exclusiva “en todo caso” las normas sobre “ordenación de los registros e instrumentos públicos”.

Esta competencia debe interpretarse en el sentido adjetivo o procedimental del término, esto es, la competencia del estado se extiende –en relación no exhaustiva– a todo lo relativo a las normas de organización y funcionamiento de los registros jurídicos y los requisitos formales de los documentos inscribibles y los efectos de la inscripción o de su falta.

Sin embargo, los requisitos sustantivos de cada institución es competencia del legislador estatal o autonómico, pues en el ámbito normativo reservado por la Constitución, la competencia autonómica es exactamente la misma que la del estado, desde el punto de vista cualitativo.

Esto quiere decir que el corpus legal y el acervo doctrinal construido sobre la normativa hipotecaria debe tener en cuenta esta realidad. Una lectura atenta de la legislación hipotecaria y su interpretación acorde con un estado plurilegislativo como es el español, debe impedir que una aplicación automática, rutinaria y tosca de los llamados principios hipotecarios se constituya en una muralla insalvable para las legítimas aspiraciones

*Adquisición de bienes por el comisario para la herencia pendiente el ejercicio del poder testatorio*

de los ciudadanos que, en feliz expresión de Delgado Echeverría<sup>47</sup>, “es el soberano del Derecho civil”.

---

<sup>47</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J, “*La coexistencia de los Derechos civiles españoles en cuarenta años de Constitución. Trayectorias y perspectivas Garantía constitucional de la pluralidad de Derechos civiles.*” LA NOTARÍA 2/2018, Monográfico 40º aniversario de la Constitución, Colegio Notarial de Cataluña, accesible en [https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429027958?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Descargas&blobheader-value1=attachment%3B+filename%3DR Revista\\_La\\_Notaria.PDF&blobheader-value2=1288803575006](https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429027958?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Descargas&blobheader-value1=attachment%3B+filename%3DR Revista_La_Notaria.PDF&blobheader-value2=1288803575006))



# Alcance y límites de la utilización de videocámaras por las FCSE con especial referencia a las *bodycam* en la ertzaintza\*

Carmen ABAJO AREITIO

Graduada en Derecho por la Universidad de Deusto

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 21/11/2023

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 24/07/2024

**Resumen:** Cada vez son más los delitos complejos que se encuentran los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (en adelante FCSE). Para ello y gracias a los avances de la tecnología, los cuerpos de las FCSE se pueden ayudar de dos mecanismos audiovisuales diferentes pero similares para la persecución de delitos, estos son las videocámaras fijas y móviles. Es por ello, por lo que será preciso definir el concepto de videocámara fija y móvil, analizar su regulación y colisión con distintos derechos fundamentales como son la intimidad, el honor y la propia imagen. Para ello utilizaremos distintos principios que nos ayudarán a ver si efectivamente se produce ese choque o no. En este trabajo dedicaremos especial atención a la legislación de la Comunidad Autónoma del País Vasco y en las peculiaridades que presenta en su operatividad.

**Palabras clave:** videocámaras de vigilancia; derecho a la intimidad, honor y propia imagen.

---

\*Trabajo premiado en la VIII Edición del “Premio Adrián Celaya para jóvenes juristas”, otorgado por la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia el 21/11/2023.

**EGFek bideokamerak erabiltzearen irismena eta mugak, ertzaintzan  
bodycamei erreferentzia berezia eginez**

**Laburpena:** Gero eta delitu konplexu gehiago aurkitzen dituzte Estatuko Segurtasun Indar eta Kidegoetako (aurrerantzean, EGF) agenteek. Horretarako, eta teknologiaren aurrerapenei esker, EGFen gorputzak ikus-entzunezko bi mekanismo desberdin baina antzekoak erabil daitezke delituak jazartzeko, bideokamera finkoak eta mugikorrak, alegia. Horregatik, beharrezkoa izango da bideokamera finko eta mugikorraren kontzeptua definitzea, haren arauketa eta oinarrizko eskubideekin talka aztertzea, hala nola intimitatearekin, ohorearekin eta norberaren irudiarekin. Horretarako, hainbat printzipio erabiliko ditugu, talka hori benetan gertatzen den ala ez ikusten lagunduko digutenak. Lan honetan arreta berezia eskainiko diogu Euskal Autonomia Erkidegoko legeriari eta tresna horien erabilerak dakartzan berezitasunei.

**Gako-hitzak:** zaintza-bideokamerak; intimitaterako, ohorerako eta norberaren irudirako eskubidea.

**Scope and limits of the use of video cameras by the FCSE with special reference to bodycams in the ertzaintza**

**Abstract:** There are more and more complex crimes that agents of the State Security Forces and Corps (hereinafter FCSE) encounter. To do this and thanks to advances in technology, the FCSE bodies can use two different but similar audio-visual mechanisms to prosecute crimes, these are fixed and mobile video cameras. This is why it will be necessary to define the concept of fixed and mobile video cameras, analyze their regulation and collision with different fundamental rights such as privacy, honor and one's own image. To do this, we will use different principles that will help us see if this collision actually occurs or not. In this work we will pay special attention to the legislation of the Autonomous Community of the Basque Country and the peculiarities it presents in its operation.

**Key words:** surveillance video cameras; right to privacy; honor and self-image.

**SUMARIO:** I.- INTRODUCCIÓN. II.- UTILIZACIÓN DE LOS MECANISMOS AUDIOVISUALES POR PARTE DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO PARA LA PERSECUCIÓN Y PREVENCIÓN DE DELITOS. 2.1. Concepto de videocámaras y tipología. 2.2. Marco jurídico para la utilización de videocámaras por las FCSE. 2.2.1. *Marco jurídico para la utilización de videocámaras en el territorio del País Vasco.* 2.2.1.1. *Comisión de videovigilancia y libertades.* 2.2.2. *Límites establecidos por la LO 7/2021 al uso de sistemas de videovigilancia por las FCSE.* III.- LOS LÍMITES AL EMPLEO DE LAS VIDEOCÁMARAS POR LAS FCSE. 3.1. Colisión de la libertad con la seguridad pública. 3.2. Principio de legalidad. 3.3. Principio de proporcionalidad. 3.4. Principio de adecuación. 3.5. Principio de necesidad de intervención. IV.- EL EMPLEO DE VIDEOCÁMARAS EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS Y EN CONFLICTO CON DERECHOS CONSTITUCIONALES DE TERCEROS. 4.1. Derecho al honor. 4.2. Derecho a la intimidad. 4.3. Derecho a la propia imagen. V.- UN ESTUDIO ESPECÍFICO DE LA REALIDAD CORRESPONDIENTE A LAS BODYCAM. 5.1. Regulación y concepto de las *bodycam*. 5.2. La peculiaridad del uso de las *bodycam*. 5.3. Críticas y propuestas de mejora. VI.- CONCLUSIONES. VII.- BIBLIOGRAFÍA.

## ACRÓNIMOS

FCSE	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
CE	Constitución Española
LO 7/2021	Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales
LO 4/1997	Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos
LO 1/1982	Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen
LO 3/2018	Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
TC	Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
AEPD	Agencia Estatal de Protección de Datos
ART	Artículo
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
D 168/1998	DECRETO 168/1998, de 21 de julio, por el que se desarrolla el régimen de autorización y utilización de videocámaras por la Policía del País Vasco en lugares públicos regulado en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto



## I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, cada vez son más los delitos complejos que se encuentran los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (en adelante FCSE). Para ello y gracias a los avances de la tecnología, los cuerpos de las FCSE se pueden ayudar de dos mecanismos audiovisuales diferentes pero similares para la persecución de delitos, estos son las videocámaras fijas y móviles.

Es por ello, por lo que será preciso definir el concepto de videocámara fija y móvil, analizar su regulación y colisión con distintos derechos fundamentales como son la intimidad, el honor y la propia imagen. Para ello utilizaremos distintos principios que nos ayudarán a ver si efectivamente se produce ese choque o no.

En este trabajo dedicaremos especial atención a la legislación de la Comunidad Autónoma del País Vasco y en las peculiaridades que presenta en su operatividad. A tal efecto, acudiremos a diversas sentencias que nos han parecido representativas a lo largo de la materia objeto de estudio, así como doctrina española mencionada a lo largo del trabajo, procediendo a su análisis y puesta en relación con el caso presente. Además de analizar la regulación general y el uso de videocámaras también dedicaremos un estudio específico a la realidad de las *bodycam* por su actualidad<sup>1</sup> y polémica.

---

<sup>1</sup> Véase las siguientes noticias a modo de ejemplo: DE LAS HERAS, Ainhoa. “La Policía municipal grabará con cámaras sus actuaciones”. *El Correo*. 7 de marzo de 2023. (Última

Estructuraremos nuestro trabajo comenzando por la utilización de los mecanismos audiovisuales por parte de las FCSE para la persecución y prevención de delitos, continuaremos abordando la legislación concerniente a la Comunidad Autónoma del País Vasco, como los límites en el empleo de las videocámaras. De la misma forma analizaremos el empleo de videocámaras en relación con los principios y en conflicto con derechos constitucionales de terceros, y finalmente concluiremos con el estudio específico a la realidad de las *bodycams*.

## II. UTILIZACIÓN DE LOS MECANISMOS AUDIOVISUALES POR PARTE DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO PARA LA PERSECUCIÓN Y PREVENCIÓN DE DELITOS

### 2.1. Concepto de las videocámaras y tipología

En este punto abordaremos qué entendemos por videocámara, cuál es su regulación, así como los diferentes autores que hablan de ella, también mencionaremos jurisprudencia que tenga relación con este concepto de videocámaras y su colisión con algún derecho que más adelante será detallado minuciosamente. Hoy en día las FCSE tienen un gran poder sobre el uso de la tecnología, vista en datos que manejan como veremos a continuación de las imágenes y sonidos que recogen las videocámaras. Ello hace que colisione con distintos derechos constitucionales, como

---

consulta: 24/04/2023). Disponible en el URL: <https://www.elcorreo.com/bizkaia/policia-municipal-grabara-camaras-actuaciones-20230307010327-nt.html>

МУЖИКА, Mikel. “*Bodycams* en la Ertzaintza: Agentes de la comisaria de Irún ya trabajan con cámaras en sus uniformes”. *Noticias de Gipuzkoa*. 10 de noviembre de 2021. (Última consulta: 24/04/2023). Disponible en el URL: <https://www.noticiasdegipuzkoa.eus/sociedad/2021/11/10/body-cams-ertzaintza-agentes-comisaria-3648539.html>

son el derecho a la intimidad, al honor, a la propia imagen, entre otros, por ello definiremos qué es lo que entendemos por videocámara.

Antes de entrar a analizar los artículos cabe destacar, que resulta extraño, que a pesar de que en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos<sup>2</sup> (en adelante la LO 4/1997) en la que se encuentra recogida casi toda la regulación específica y concreta sobre las videocámaras. Sin embargo, es 24 años después en la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales<sup>3</sup> (en adelante LO 7/2021), cuando se regulariza el concepto.

La LO 7/2021 se diferencia en cuanto a la LO 4/1997, debido a que la finalidad de esta última es regular la grabación de sonidos e imágenes en lugares públicos ya sean abierto o cerrados. En cambio, la LO 7/2021, tiene como finalidad la prevención, descubrimiento, enjuiciamiento e investigación de ejecución de sanciones penales e infracciones. La fijación de estas videocámaras son las precauciones que toma el Estado a través de las FCSE para asegurar el mantenimiento de una convivencia ciudadana, seguridad y protección de datos personales.

El concepto de videocámaras actualmente se encuentra recogido en artículo (en adelante art.) 16.1 de la LO 7/2021 en el que se establece que se comprende por videocámara fija la que se encuentra adherida

---

<sup>2</sup> Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos. Boletín Oficial del Estado, nº 186 de 5 de agosto de 1997.

<sup>3</sup> Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales. Boletín Oficial del Estado. 27 de mayo de 2021, nº 126.

a un soporte fijo o fachada, a pesar de que el dispositivo de grabación esté facultado para moverse en distintos sentidos. En primer lugar, nos preguntaremos qué pueden grabar estas cámaras, si imágenes, sonidos o ambas, como también dónde tienen que estar fijadas.

Según el artículo 1 de la LO 4/1997 establece que las videocámaras grabarán imágenes y sonidos en lugares públicos, y a su vez en su art. 3 fija que para poder proceder a la instalación de ellas se necesitará un informe del órgano colegiado correspondiente que tendrá que estar constituido por un Magistrado y en cuya composición no podrán ser mayoría los sujetos dependientes de la Administración autorizante. Asimismo, la instalación de videocámaras fijas se realizará mediante la autorización del Delegado de Gobierno de la Comunidad Autónoma competente, pero previamente se tendrá que realizar un informe de la Comisión que tendrá como presidencia al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad. La estructura y actividad de la mencionada Comisión, como la intervención de los municipios en ella, se fijarán reglamentariamente.

Como podemos observar al leer este artículo, resulta llamativo ver que no se especifique en él donde se fijarán, simplemente articula que “se determinarán reglamentariamente”. Además de ello en el artículo 3.4 de la LO 4/1997 se alude a que se deberá especificar el lugar físico que va a ser grabado, el tipo de cámara que va a ser usado para ello, sus especificidades y el tiempo por el que se extiende la autorización que ha dado lugar a que se instale la videocámara, que como máximo tendrá validez de 1 año, pudiéndose solicitar su renovación.

Como hemos dicho las videocámaras podrán captar tanto imágenes como sonidos, pero en el artículo 6.5 de la LO 4/1997 se fija que las videocámaras (tanto las fijas como las móviles) no podrán tomar el audio ni la imagen de la parte interior de las viviendas, como tampoco de sus vestíbulos. Con la excepción de que se obtenga la correspondiente auto-

rización judicial o el consentimiento de la persona titular, como aquellos lugares públicos, ya sean abiertos o cerrados cuando se perjudique de manera grave y directa la intimidad de los individuos. Igualmente, se recalca que tampoco se podrán usar videocámaras para filmar conversaciones de índole privada. Los audios e imágenes que se consigan fortuitamente tendrán que ser eliminados de forma inminente por quien tenga el deber de guarda y custodia. Es por ello, por lo que se establecen unos principios en el artículo 6 de la LO 4/1997 en cuanto a la utilización de videocámaras, como son el principio de idoneidad, el principio de proporcionalidad, y el de intervención mínima, de los que más tarde hablaremos y su colisión con el uso de las videocámaras.

En segundo lugar, nos preguntaremos con qué finalidad se instalan estas videocámaras y si se tiene que dar aviso de su existencia, nos hacemos esta pregunta al tener trascendencia constitucional con los derechos de terceros, como pueden ser la intimidad, el honor o la propia imagen. Por ello resulta imprescindible fijar por qué se van a instalar estas videocámaras y dónde. Como decreta el artículo 1 de la LO 4/1997 las videocámaras se utilizarán para: la erradicación de la violencia, ayudar a garantizar la convivencia ciudadana, la prevención de comisión de delitos, infracciones y faltas que tengan conexión con la seguridad pública y por último el uso pacífico de lugares y vías públicas.

El artículo 9 de la presente ley fija que el público estará advertido de forma permanente y precisa de su presencia, en este caso de las videocámaras fijas y de la autoridad pertinente que es responsable, y ello se deberá hacer sin delimitar su ubicación exacta. En otro orden también hemos querido mencionar, aunque más adelante hablaremos de ello, los dispositivos móviles. Éstos están también regulados en la LO 7/2021, en el art. 17.1 en el que se articula que podrán utilizarse para tomar imágenes y sonidos de carácter móvil para el mejor cumplimiento de los fines perseguidos en esta Ley.

Una aplicación práctica se puede apreciar cuando se ha pronunciado la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD). En un informe en el que se proponía si la policía local, en el ejercicio de sus funciones de policía judicial en sentido amplio y en casos de máxima urgencia, podrían captar imágenes por cualquier medio a su alcance (teléfonos móviles y videocámaras domésticas). Informando en el plazo de 72h al máximo responsable provincial de las FCSE y la Comisión, con la entrega de dichas imágenes; a lo que la AEPD contestó que el uso de los dispositivos privados y personales no garantiza ni vela por la seguridad de los datos, por ello rechazó su uso. Por ello la AEPD incidió en que los dispositivos personales no podrán ser usados, mientras que aquellos que fuesen entregados por las propias FCSE para fines oficiales si son admisibles, siempre que se atengan a las medidas de seguridad adecuadas.<sup>4</sup>

En relación con estas cuestiones analizadas y que han sido cuestión de debate, un caso que hemos querido analizar en detalle y en particular tiene relevancia en nuestro caso, es el relativo a la colisión con el derecho a la intimidad. La AEPD como bien rechazó el uso de dispositivos personales o privados por el choque que se podría dar con este derecho, ya que se estarían usando otros medios diferentes a los oficiales y la cadena de custodia y protección no estaría del todo asegurada. Resulta pertinente detenerse en la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) n° 569/2020<sup>5</sup>, que simplemente mencionamos y más adelante cuando entremos a definir y estudiar el derecho a la intimidad la analizaremos detenidamente.

---

<sup>4</sup> AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Gabinete jurídico. *Informe jurídico sobre el uso de cámaras privadas por parte de la Policía local*, pp. 1-6. (Última consulta 24/04/2023). Disponible en el URL: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/informe-juridico-rgpd-uso-camaras-privadas-por-la-policia.pdf>.

<sup>5</sup> STS n° 569/2020, de 30 de octubre de 2020. Roj: STS 3772/2020. ECLI: ES: TS: 2020: 3772. FJ: 1°.

## **2.2. Marco jurídico para la utilización de videocámaras por las FCSE**

La evolución de las últimas décadas, en concreto desde la LO 4/1997, y debido al desarrollo de nuevas tecnologías que han ido surgiendo todos estos años, ha hecho que se aprueben Reglamentos, Directivas y Decisiones Marco, entre otras<sup>6</sup>, a nivel europeo y nacional relativas a la protección de datos que mencionaremos a continuación, dando lugar a la reciente entrada en vigor de la LO 7/2021. La primera norma aprobada en 2016 en relación a la protección de datos de personas físicas y la circulación de dichos datos, fue el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>7</sup>. Detrás de ella en el 2018, fue España la que adecuó mediante la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales<sup>8</sup> (en adelante LO 3/2018), el Reglamento General de Protección de Datos.

La segunda de las normas fue también en 2016 llamada la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, en relación a la protección de datos de las personas físicas por las autoridades responsables para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de sanciones penales e infracciones penales y la circu-

---

<sup>6</sup> CEBRIÁN BELTRÁN, Selena. “Nuevos desafíos en el ámbito de la videovigilancia por las fuerzas y cuerpos de seguridad desde la perspectiva de la LO 7/2021: El difícil equilibrio entre la seguridad y la protección de datos”, en *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, vol. 70/1, enero-junio 2022, pp. 224-225.

<sup>7</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). DOUE. L119, de 4 de mayo de 2016.

<sup>8</sup> Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Boletín Oficial del Estado, 6 de diciembre de 2018, n° 294.

lación de datos<sup>9</sup>. Esta norma llevó a que se derogase la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo<sup>10</sup>. En último término la LO 7/2021 traspuso la directiva de 2016.

La utilización de videocámaras por parte de las FCSE está íntimamente conectada con el empleo de la videovigilancia y su conexión con el derecho a la seguridad y a la protección de datos, este último recogido en el art. 18.4 CE<sup>11</sup>. Lo cual puede tener incidencia con los derechos de protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (en adelante LO 1/1982)<sup>12</sup>. En la LO 7/2021 mencionada anteriormente en el artículo 15 se articula que el procesamiento, obtención y reproducción de datos personales por las FCSE, como las actividades previas no se reputarán intromisiones ilegales en los siguientes derechos: propia imagen, intimidad personal y familiar y honor en relación con lo dispuesto en el art. 2.2 de la LO 1/1982, en el que se fija que no serán intromisiones ilegítimas cuando estuvieren autorizadas por Ley o cuando el titular del derecho hubiere dado su consentimiento expreso.

---

<sup>9</sup> Directiva (UE) 2016/680 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. Boletín Oficial del Estado, de 4 de mayo de 2016.

<sup>10</sup> (Derogada). Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal. Boletín Oficial del Estado. 30 de diciembre de 2008, n° 350.

<sup>11</sup> Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, n° 311.

<sup>12</sup> Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Boletín Oficial del Estado. 14 de mayo de 1982, n° 115.

Otros autores que se posicionan sobre la LO 4/1997 y la LO 7/2021 son Díez Ripollés y Cerezo Domínguez<sup>13</sup>, es por ello por lo que brevemente procederemos a detallar aquellos aspectos que nos han parecido más relevantes. Ellos se posicionan de manera favorable en cuanto a que estas regulaciones forman un compromiso entre las necesidades de prevención de la comisión de delitos, como de infracciones administrativas graves en los espacios públicos urbanos y reconocimiento como respeto a los derechos de intimidad, propia imagen y privacidad. Asimismo, aluden a que la ley utiliza un preciso y exigente procedimiento de autorización.

Las estrictas obligaciones de registro de autorizaciones como sus permisos, y cadena y custodia de las grabaciones, como la destrucción de ellas son clave para que no colisionen con derechos de terceros, establecidas respectivamente en la Disposición Adicional Segunda relativa al registro de las autorizaciones y en el art. 8 relativo a la cadena y custodia de las grabaciones como su destrucción de la LO 4/1997.

Apuntan que les parecen razonables las opciones de la destrucción, ya que constituyen grabaciones de material probatorio de delitos, o por estar relacionadas con delitos graves sometidos a investigación. Igualmente, ven reforzados los derechos de los ciudadanos que se protegen sobre todo con las previsiones que son relativas a la información sobre los lugares en los que se pueden utilizar estas videocámaras fijas, a diferencia de los derechos de acceso y cancelación que no creen que tengan algún resultado práctico<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Díez Ripollés, José Luis; Cerezo Domínguez, Ana Isabel. “La prevención de la delincuencia callejera mediante videocámaras, Regulación jurídica y eficacia”. En: *Polít. Crim.*, vol. 4, n° 7 (julio, 2009), pp. 184-185.

<sup>14</sup> Díez Ripollés, José Luis; Cerezo Domínguez, Ana Isabel. “La prevención de la delincuencia callejera mediante videocámaras...”, *op. cit.*, pp. 184-185.

*2.2.1. Marco jurídico para la utilización de videocámaras  
en el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco*

En relación con el análisis realizado de la LO 4/1997 de sus art. más significativos, hemos analizado también en este mismo termino el DECRETO 168/1998, de 21 de julio por el que se desarrolla el régimen de autorización y utilización de videocámaras por la Policía del País Vasco en lugares públicos regulado en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto (en adelante D 168/1998)<sup>15</sup>. En esta misma línea hemos observado como desarrolla expansivamente el contenido de algunos artículos respecto a la LO 4/1997, a continuación, nos detendremos en aquellos puntos que más nos han llamado la atención<sup>16</sup>.

Sin ir más lejos, en el art. 2 se mencionan las autoridades competentes entre las que se encuentran el Viceconsejero de Seguridad, a quien le corresponderá consentir la instalación de la videocámara fija por la Ertzaintza y cuerpos de Policía Local, hacerse cargo del registro de autorizaciones de instalaciones fijas, informar cada 15 días a la Comisión de Videovigilancia y Libertades y a la que más adelante dedicaremos un epígrafe, de la utilización en este caso de videocámaras móviles; así como de las grabaciones que obtengan de éstas. También corresponderá al Viceconsejero de Seguridad la responsabilidad sobre el cumplimiento de las obligaciones de la custodia de las grabaciones que obtenga la Ertzaintza, decidir sobre las peticiones de cancelación o acceso de dichas grabaciones, informar a la Comisión de Videovigilancia y Libertades sobre la

<sup>15</sup> DECRETO 168/1998, de 21 de julio, por el que se desarrolla el régimen de autorización y utilización de videocámaras por la Policía del País Vasco en lugares públicos regulado en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto. Boletín Oficial del País Vasco, n° 142, de 29 de julio de 1998.

<sup>16</sup> Para más, véase: PADRÓS REIG, Carlos. “Videovigilancia y Estado autonómico. Comentario a propósito de la actividad normativa de despliegue de la Ley Orgánica 4/1997”. *Revista de administración pública*. 2000, n° 151, pp. 1-24.

adecuación legal de los registros de imágenes y sonidos y cualquier otra función que se le atribuya.

A diferencia de la LO 4/1997 (art. 5.2), en la que la autorización del uso de videocámaras móviles se otorgará por el máximo responsable provincial de las FCSE, en el D 168/1998 la autorización del uso de videocámaras móviles se concederá por los Directores del Departamento de Interior con responsabilidad en seguridad ciudadana y prevención de la criminalidad.

En su art. 3 se fija la Comisión de Videovigilancia y Libertades, al contrario que en la LO 4/1997 donde no nos encontramos con una Comisión de estas magnitudes, ya que simplemente en el art. 3 de la LO 4/1997 se refería a que las instalaciones fijas de las videocámaras serán autorizadas por el Delegado del Gobierno previo informe de una comisión, especificándose su composición, pero no sus funciones ni para qué ha sido creada, como si ocurre en el caso del D 168/1998. Como ya hemos dicho anteriormente, más adelante nos detendremos en ella.

En cuanto al procedimiento, establecido en el art. 5 de las videocámaras fijas, se podrá iniciar de oficio por el Viceconsejero de Seguridad, como también a solicitud de parte dirigida al Viceconsejero de Seguridad, siendo legitimados en este segundo caso el alcalde de dicho municipio, como el órgano competente del Territorio Histórico. Respecto a la documentación de la instalación fija que será suficiente con los objetivos y la justificación de la fijación de dicha videocámara, como su localización y cualquier otro extremo sobre el que se deba pronunciar. Para la resolución del procedimiento su plazo máximo será de 5 meses, y transcurrido se entenderá desestimada la solicitud.

Al igual que en este Decreto se introduce la creación de la Comisión de Videovigilancia y Libertades, en el art. 7 también se incluye la creación del Registro de autorizaciones de instalaciones fijas de videocámaras, determinándose que la inscripción se realizará de oficio y en ella constarán

los datos y su plazo de vigencia, así como la localizaciones de los lugares observados, como el órgano y autoridad de custodia y resolución de las peticiones como cancelación, sin determinarse el emplazamiento de las videocámaras. No cabe duda alguna como este Registro de autorizaciones será una forma más segura y fehaciente de tener registradas las autorizaciones de las videocámaras fijas. No obstante, en la LO 4/1997 no se dedica ningún art. en específico a este Registro, simplemente se menciona en su Disposición adicional segunda, como cada autoridad competente para la autorización de la instalación de las videocámaras fijas, deberá crear un registro en el que consten todas las que haya autorizado. Es decir, deja al arbitrio de cada autoridad la creación de dicho registro, cómo se redactaran las inscripciones, quién tendrá acceso a los datos, quién podrá contabilizar el registro de dichas autorizaciones, lo que podría suponer una descoordinación entre las diferentes Comunidades Autónomas, ya que al contrario de lo que hace la LO 4/1997, creemos que quizás sería más conveniente que la propia LO 4/1997 fijase en un artículo, dedicado específicamente a ello, los términos generales relativos al registro de autorización de la utilización de videocámaras fijas, pudiendo dejar al arbitrio de las Comunidades Autónomas, que estas regulasen aspectos más específicos y concretos relativos a cada Comunidad Autónoma.

Asimismo, al analizar este artículo nos hemos dado cuenta que no se crea el mismo Registro para el caso de las videocámaras móviles, lo que podía suponer una inseguridad para los ciudadanos cuando éstos estén siendo grabados por estas videocámaras móviles, ya que al no existir un Registro tan exhaustivo quizás si que resultarían vulnerados directamente algunos derechos, como pueden ser: intimidad, propia imagen, honor, u otros indirectamente.

No obstante, a pesar de no contar con un registro las videocámaras móviles, sí que se fija en este Decreto un régimen de autorización para su

utilización en su Capítulo III. En cuanto a su autorización (art. 9), podrá dictarse por los órganos competentes, mediante iniciativa o a petición razonada, así los responsables de los servicios y unidades podrán solicitar de los órganos competentes para la utilización de videocámaras móviles que justifique la necesidad e idoneidad de dicho uso.

Esta autorización previa no será necesaria cuando se trate de lugares públicos donde se haya autorizado previamente la instalación de videocámaras fijas o cuando se trate de supuestos de máxima urgencia o imposibilidad de obtener a tiempo la autorización a que se refiere el art. 5 de la LO 4/1997. En tales casos los responsables policiales que obtengan imágenes y sonidos con videocámaras móviles deberán dar cuenta a través de informe motivado al órgano competente para otorgar la autorización y a la Comisión de Videovigilancia y Libertades, en el plazo máximo de 72h.

En cuanto a la autorización, en el art. 10 se establece que el órgano competente resolverá lo que proceda atendiendo a la naturaleza de los hechos que sean susceptibles de filmación. La resolución autorizante contendrá las siguientes cuestiones: las circunstancias que motivan a la misma, las condiciones como medidas de seguridad, la confidencialidad, así como los órganos que van a asumir la custodia material de las grabaciones.

Siguiendo con el análisis de este Decreto, en el Capítulo IV de este Decreto, se fija el régimen de utilización de las videocámaras y de custodia y conservación de las grabaciones. En la LO 4/1997 observamos como en su art. 8 se articula la conservación de las grabaciones, pero no su custodia en específico simplemente se menciona en su apartado 4 que la Administración determinará el órgano que tendrá a su cargo la custodia de las imágenes, sin fijar cómo se llevará a cabo dicha custodia ni otros aspectos relevantes que ahora veremos al analizar el Capítulo IV del Decreto. En tal sentido y al igual que ocurría cuando analizábamos el art. 7 del Decreto en relación a la LO 4/1997 y su disposición adicional

segunda, en este caso también se fija en la LO 4/1997 en su disposición adicional segunda que las Comunidades Autónomas con arreglo a lo dispuesto en los Estatutos de Autonomía podrán dictar, las disposiciones necesarias para la custodia de las grabaciones obtenidas.

Así, y como poníamos de manifiesto anteriormente, creemos que quizás sería más adecuado e incluso proporcionaría más seguridad a los ciudadanos el hecho que se encuentren en la propia LO 4/1997 un artículo en específico que fije los términos generales tanto de la conservación de las imágenes, como ya lo hace, como también de su custodia, dejando al arbitrio de las Comunidades Autónomas, otros aspectos más específicos que pudiesen desarrollar respecto a dicha materia. Volviendo al D 168/1998, y su Capítulo IV, comienza con el art. 11 estableciendo que la utilización de las videocámaras se tendrá que ajustar a los principios fijados en los arts. 5 y 6 de la LO 4/1997. En su art. 12 se precisa la custodia y conservación de las grabaciones, estableciendo la resolución que autorice el uso de dichas videocámaras, debiendo fijar los responsables policiales de los servicios que tuviesen que asumir la responsabilidad de la custodia material de las grabaciones, correspondiéndoles velar por el cumplimiento de las obligaciones en materia de custodia y conservación. Así también los responsables policiales, si graban imágenes y sonidos con videocámaras móviles, se responsabilizarán de las obligaciones de conservación y custodia. Igualmente, y como establece el art. 8.2 de la LO 4/1997 aquellos individuos que tengan acceso a las grabaciones tendrán que conservar la reserva, sigilo y confidencialidad en relación con las mismas. En este mismo capítulo se establece también la destrucción de dichas grabaciones (art. 13), como los derechos de acceso y cancelación (art. 15) que no varían mucho respecto a la LO 4/1997. Únicamente mencionar el art. 14, relativo a la inspección de la Viceconsejería de Seguridad, que ésta dispondrá lo indispensable para actualizar y comprobar los archivos videográficos de la Ertzaintza, de lo cual dará cuenta a la

Comisión de Videovigilancia y Libertades. Este artículo nos ha llamado la atención ya que en la LO 4/1997 no hemos encontrado ningún artículo relativo a este término que ni si quiera lo mencione.

Para ir finalizando este análisis del decreto, hemos querido detenernos en las disposiciones adicionales, en este caso en la segunda, en la que se fija el uso policial de instalaciones fijas ajenas. También en este término no hemos encontrado algún artículo ni disposición que hiciese mención a estas instalaciones en la LO 4/1997, lo que ha llamado nuestra atención. En esta disposición se establece en su primer apartado que la Policía del País Vasco podrá usar estas instalaciones cuando proceda en virtud de los deberes de colaboración y auxilio impuestos por la legislación de seguridad ciudadana. Así, en su apartado segundo se decreta que los usos a los que se refiera el anterior apartado se registrarán por la LO 4/1997, siempre que exista una dirección policial y control del proceso de visionado, grabación, captación y custodia de dichas imágenes y sonidos.

En relación con este decreto y desde una perspectiva más general, queremos señalar la Orden de 15 de abril de 2011 del Consejero de Interior, por la que se establece el contenido y diseño de los carteles informativos de la instalación y uso de videocámaras fijas por la Policía del País Vasco<sup>17</sup>. Esta Orden nos remite a la LO 4/1997 y en concreto a su art. 9 en el que se determina el derecho del público a ser informado de la existencia de videocámaras fijas, pero sin especificar su emplazamiento.

En la sesión de 7 de octubre de 2009, la Comisión de Videovigilancia y Libertades adoptó que dicha información que se proporcione al público se debe producir mediante la fijación de carteles informativos colocados de manera clara, permanente y visible, para dar aviso a las personas que se

---

<sup>17</sup> ORDEN de 15 de abril de 2011, del Consejero de Interior, por la que se establece el contenido y diseño de los carteles informativos de la instalación y uso de videocámaras fijas por la Policía del País Vasco. Boletín Oficial del País Vasco, n° 82 de 3 de mayo 2011.

encuentran en una zona videovigilada. Con esta Orden, se quiere regular el diseño y contenido de dichos carteles informativos para homologar el modelo de los distintivos informativos y para que el público pueda identificar de una manera más fácil las zonas que están siendo videovigiladas por la Policía del País Vasco.

Dicha Orden únicamente consta de dos artículos, el primero de ellos en el que se dispone que para informar al público de la existencia de las videocámaras fijas se podrá utilizar uno o varios carteles informativos, y su art. 2 que especifica cómo los carteles informativos deberán indicar quien es la autoridad responsable de las instalaciones de videocámaras fijas para que así las personas interesadas puedan ejercer sus derechos de acceso y cancelación. Sin embargo, se fija un Anexo en el que se detalla de manera precisa a que requisitos tendrá que ajustarse el diseño del cartel informativo, que detallamos a continuación. Como primer requisito se determina que este cartel tendrá que ser rectangular y con las aristas en ángulo recto, siendo las dimensiones de 21 cm de base y 29,7 cm de altura, no obstante, estas dimensiones podrán aumentar o disminuir según sea el área o zona sometida a videovigilancia y la distancia que resulte necesaria para que dicho cartel resulte visible.

Como segundo y último requisito, se precisa que tiene como color de fondo, el azul con borde blanco, fijándose también las dimensiones. Debajo de este rectángulo con el pictograma consta la referencia a la normativa vigente correspondiente, en este caso como podemos observar es la LO 4/1997. Finalmente, en la parte de abajo se sitúa la autoridad competente para el derecho de acceso y cancelación de las grabaciones.

Para finalizar, nos ha parecido interesante mencionar a la Agencia Vasca de Protección de Datos, que acudiendo a su página web encontramos normativa autonómica relevante de la Comunidad Autónoma de Eus-



kadi<sup>18</sup>. Así podemos resaltar dos de ellas, como la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos<sup>19</sup>, y el Decreto 309/2005, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Vasca de Protección de Datos<sup>20</sup>. La Ley 2/2004, principalmente versa sobre la delimitación de los ficheros, las definiciones de “datos de carácter personal”, “fichero”, “tratamiento de datos”, “responsable del fichero”, “afectado”, “encargado del tratamiento”, “consentimiento del interesado”, “cesión o comunicación de datos”; como se recogen los datos personales; el Título II está dedicado exclusivamente a la Agencia Vasca de Protección de Datos, esto es, su creación, los recursos que utiliza, los

<sup>18</sup> AGENCIA VASCA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Legislación, Normativa autonómica (Comunidad Autónoma de Euskadi)*. (Última modificación 07/07/2023). Disponible en el URL: <https://www.avpd.euskadi.eus/webavpd00-home/es/>

<sup>19</sup> LEY 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos. Boletín Oficial del País Vasco, n° 44, de 4 de marzo de 2004.

<sup>20</sup> DECRETO 309/2005, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Vasca de Protección de Datos. Boletín Oficial del País Vasco, n° 213, de 9 de noviembre de 2005.

órganos de gobierno, funciones, etc. Por último, el Título III al régimen sancionador, es decir, los tipos de infracciones, de sanciones.

Con respecto al decreto, en este se aprueba el Estatuto de la Agencia Vasca de Protección de Datos, en el podemos encontrar artículos sobre los ficheros estadísticos, y establece de una manera más amplia que la Ley 2/2004, cuáles son las funciones del Director, como el registro de protección de datos, y fija un único Capítulo (el IV) para la inspección, como también otro para el régimen económico, patrimonial y de personal.

#### 2.2.1.1. Comisión de Videovigilancia y Libertades

En el D 168/1998, en su art. 3 hemos podido observar cómo se fijaba la Comisión de Videovigilancia y Libertades, que en este epígrafe desarrollaremos más detenidamente. Antes de conocer sus funciones, composición, normativa o actividad es importante delimitar cual es la función de esta comisión y aquellos derechos que preserva<sup>21</sup>. La Comisión de Videovigilancia y Libertades es aquel órgano consultivo que protege la privacidad para reforzar la protección del derecho a la intimidad, a la dignidad y a la propia imagen de los ciudadanos respecto al uso que hace la Policía del País Vasco de las videocámaras en lugares públicos.

Con respecto a las funciones que desempeña la Comisión y cada uno de sus miembros, se encuentran: emitir de oficio informes sobre las autorizaciones que se otorguen del uso de videocámaras móviles, emitir informes sobre la adecuación del registro de imágenes y sonidos, exigir a las autorizaciones administrativas como policiales la información precisa, emitir informes preceptivos previos a las autorizaciones de videocámaras fijas, ser informada cada 15 días de la utilización que se realice de videocámaras

<sup>21</sup> EUSKADI.EUS. *Departamento de Seguridad, Comisión de Videovigilancia y Libertades*. (Última consulta 07/07/2023). Disponible en el URL: <https://www.euskadi.eus/informacion/comision-de-videovigilancia-y-libertades/web01-s2segur/es/>

móviles, recibir resoluciones autorizantes para el empleo de videocámaras móviles, y recibir informe motivado sobre el uso de videocámaras móviles para casos de urgencia máxima o si es imposible conseguir la autorización a tiempo. De igual forma si el Ordenamiento jurídico vigente asigna cualquier otra, también le corresponderán dichas funciones.

En cuanto a su composición, está compuesta por 6 miembros que viene definida en la Orden de 22 de abril de 2021, del Vicelehendakari Primero y Consejero de Seguridad, por la que se modifica y publica la composición de la Comisión de Videovigilancia y Libertades creada por el Decreto 168/1998, de 21 de julio, por el que se desarrolla el régimen de autorización y utilización de videocámaras por la Policía del País Vasco en lugares públicos<sup>22</sup>. Como se determina en dicha orden, uno de los miembros será el presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (en adelante TSJPV) o quien le sustituya, otro de los miembros será un representante del Ministerio Fiscal que será elegido por el Fiscal Jefe del TSJPV, como tercer miembro nos encontramos con un profesional del Derecho de alto prestigio, pero no tiene que estar vinculado a la Administración por relación funcional o laboral, y debe ser elegido por su competencia por el Rector de la Universidad del País Vasco. A continuación, nos encontramos con los tres vocales que serán designados por el Consejero de Interior; y finalmente tendremos a la secretaria que será personal técnico adscrito al Departamento de Interior, nombrado por el Consejero de Interior.

En cuanto a la normativa y su actividad, primeramente, la normativa por la que se rige la Comisión de Videovigilancia y Libertades es la men-

---

<sup>22</sup> ORDEN de 22 de abril de 2021, del Vicelehendakari Primero y Consejero de Seguridad, por la que se modifica y publica la composición de la Comisión de Videovigilancia y Libertades creada por el Decreto 168/1998, de 21 de julio, por el que se desarrolla el régimen de autorización y utilización de videocámaras por la Policía del País Vasco en lugares públicos. Boletín Oficial del País Vasco, n° 94, de 14 de mayo de 2021.

cionada anteriormente, esto es, el D 168/1998. Respecto a su actividad, la Comisión de Videovigilancia y Libertades se reúne cuatro veces al año normalmente, previa convocatoria efectuada por el titular de la Secretaría por orden de la Presidencia. No obstante, podrá celebrar tantas reuniones como considere oportunas en función de la urgencia y naturaleza de las cuestiones que se vayan a tratar. De hecho, sin ir más lejos, la próxima reunión que se celebrará será este próximo 19 de julio de 2023.

En otro orden de ideas, ha habido diferentes acuerdos adoptados desde el 2016 hasta el último acordado el 26 de abril de 2023, a continuación, subrayaremos uno de ellos. De este modo uno de los primeros acuerdos adoptados fue el de “Instalaciones fijas de videocámaras gestionadas por la policía del País Vasco y autorizadas por el viceconsejero de seguridad”, acordado el 29 de noviembre de 2016<sup>23</sup>. En este podemos observar los diferentes edificios públicos y accesos, instalaciones públicas o seguridad ciudadana que se pretenden proteger, y como se divide entre los diferentes Territorios Históricos de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa.

### *2.2.2. Límites establecidos por la LO 7/2021 al uso de sistemas de videovigilancia por las FCSE*

Como hemos comentado anteriormente la LO 7/2021 tiene gran relevancia en el ámbito en el que estamos tratando, por ello es conveniente acudir a la clasificación que sigue CEBRIÁN BELTRÁN<sup>24</sup> para incidir en los

<sup>23</sup> EUSKADI.EUS. *Instalaciones fijas de videocamaras gestionadas por la policía del País Vasco y autorizadas por el viceconsejero de seguridad. 29-11-2016*. Ed. Dirección de coordinación de seguridad, 29 de noviembre de 2016, p. 1. (Última consulta 07/07/2023). Disponible en el URL: [https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/comision\\_videovig\\_libertades/es\\_def/adjuntos/Instalaciones-videovigilancia-por-tipo-29-11-2016.pdf](https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/comision_videovig_libertades/es_def/adjuntos/Instalaciones-videovigilancia-por-tipo-29-11-2016.pdf)

<sup>24</sup> CEBRIÁN BELTRÁN, Selena. “Nuevos desafíos en el ámbito de la videovigilancia...”, *op. cit.*, pp. 244-248.

6 límites que esta ley impone a los sistemas de vigilancia cuando van a ser empleados por las FCSE. En este sentido, un primer aspecto a destacar es, el emplazamiento y uso de estos sistemas solo puede hacerse mediante las FCSE, no es posible por medio de particulares o cualquier otro. Esto hace referencia a que el objetivo de asegurar la seguridad ciudadana, reconocida constitucionalmente en el art. 104, únicamente le corresponde a las FCSE.

Un segundo aspecto constitucionalmente muy relevante, es el límite conectado con el tiempo que se pueden guardar o custodiar esas imágenes, diferenciando si en esas imágenes se aprecia la comisión de hechos que son constitutivos de delitos. Concretamente en la LO 4/1997 en su art. 8 se especifica que las grabaciones tendrán que eliminarse en el plazo máximo de 1 mes desde que se han grabado, a no ser que contuviesen infracciones administrativas graves o muy graves o infracciones penales.

En tercer lugar, la LO 7/2021, articula que las imágenes tienen que ser cedidas a sede judicial, pero no se realiza ninguna puntualización sobre la cadena de custodia, lo que podría acarrear una problemática, en cuanto al procedimiento a seguir para la custodia y protección de esas imágenes de terceros.

Una aplicación práctica de lo anteriormente argumentado es cuando Tribunal Supremo (en adelante TS) se manifestó en la STS 1517/2006<sup>25</sup>. Ésta señalaba que para apreciar el contenido de la videocámara como prueba de cargo se exigen varios requisitos entre ellos, la comunicación a disposición judicial del material de la videocámara grabado para asegurar que no se manipula su contenido, aportar aquellos soportes originales en los que se encuentran las imágenes que se han grabado. Igualmente también en la misma línea aportar íntegramente todo lo que se ha grabado para así poder ayudar a la selección judicial de aquellas imágenes que son

---

<sup>25</sup> STS, nº 1517/2006, de 17 de marzo de 2006. Roj: STS 1517/2006. ECLI: ES:TS:2006:1517. FJ 1º.

fundamentales para la causa y en último lugar el control judicial de las condiciones en las que se han captado tales imágenes, que siempre han de respetar los derechos a la inviolabilidad domiciliaria e intimidad personal.

Un aspecto particularmente delicado es el hecho de que la cadena de vigilancia y guarda del contenido de las videocámaras pueda colisionar eventualmente con principios constitucionales del art. 24 CE, como puede ser el derecho a un juicio justo. En este sentido se ha expresado el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 43/2014<sup>26</sup> o la STC 189/2016<sup>27</sup>. Por ello sería esencial que para que se proceda a celebrar un procedimiento judicial, el material que se ha conseguido a través de las videocámaras tenga una buena cadena de vigilancia y guarda.

En cuarto lugar, en cuanto a que las FCSE no prestan el debido cuidado para el ejercicio de sus actividades en relación con los sistemas de videocámaras, y por ello podrán ser castigados, como bien señala el art. 19 de la LO 7/2021 en el que se articula el régimen disciplinario al que se someten las FCSE. Es decir, el hecho de que serán castigados de acuerdo al régimen disciplinario pertinente y en defecto de ello, de acuerdo al régimen general de sanciones en lo relativo a la protección de datos, además de las responsabilidades de carácter penal en las que incurriesen.

En quinto lugar, tendríamos el ejercicio de los derechos que pueden ejercer los interesados clasificándose en: derecho de acceso, eliminación, limitación del tratamiento de datos y rectificación. Aquí podemos ver cómo la norma no menciona, como si lo hace la LO 3/2018 en su art. 17, la posibilidad de poder portar los datos. En sexto y último lugar, el derecho fundamental de la presunción de inocencia, en materia de videovigilancia lo podemos ver en el ejemplo que una videocámara puesta

<sup>26</sup> STC, nº 43/2015, de 27 de marzo de 2014. ECLI:ES:TC:2014:43. FJ 3º.

<sup>27</sup> STC, nº 189/2016, de 14 de noviembre de 2016. ECLI:ES:TC:2016:189. FJ 1º.

por las FCSE capte a una persona cometiendo un hecho delictivo, en este caso no se podría directamente considerar culpable a la persona, sino que primero habría que apelar al principio de presunción de inocencia.

Por último, cuando estas imágenes fuesen captadas, no son las FCSE quienes deberán analizar si efectivamente esa persona ha cometido un hecho delictivo y es culpable sino más bien las imágenes deberán ser analizadas y puestas a disposición judicial. Si ello no es posible se narrará lo ocurrido al Ministerio Fiscal, a la autoridad judicial pertinente, así como también la grabación.

### III. LOS LÍMITES AL EMPLEO DE LAS VIDEOCÁMARAS POR LAS FCSE

#### 3.1. Colisión de la libertad con la seguridad pública

La colisión de la libertad con la seguridad pública es a nivel constitucional el aspecto más relevante como uno de los núcleos de nuestro trabajo, precisamente por ello nos ha parecido oportuno señalar el análisis que realiza Nieves de la Serna Bilbao<sup>28</sup> la cual destaca el papel que los poderes públicos llevan a cabo y las obligaciones de adoptar el deber de defender (de índole constitucional) y proteger de cara a los peligros que acechan. Otros autores<sup>29</sup> manifiestan que el empleo de la coacción y violencia tiene que ser precisado como un pilar de toda vida social, por ello puntualizan que tanto el orden público como la seguridad están en continuo debate con la libertad, todo ello resuelto por la CE.

<sup>28</sup> DE LA SERNA BILBAO, María Nieves. “Seguridad ciudadana y los sistemas de videovigilancia. Límites, garantías y regulación”. *IUSTA*, nº 45, 2016, pp. 132-134.

<sup>29</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad*. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, p. 44.

La seguridad pública se trata de un bien constitucional que además constituye la premisa para el efectivo goce de los derechos, por ello el uso de tecnologías como los sistemas de videovigilancia utilizados por los poderes públicos para garantizar este bien constitucional han sugerido distintas discusiones. En primer lugar, si efectivamente resulta indudable que el uso de estos sistemas nos presenta unas ventajas bastante significativas en cuanto a la conservación y vigilancia del buen orden como para la prevención y persecución del delito. En segundo lugar, el hecho de que el uso de dichas videocámaras colisione con las libertades y derechos constitucionales.

La seguridad es aquella realidad que surge en un Estado cuando en este se realizan actividades, tanto colectivas como individuales, sin la intromisión de ninguna perturbación, por ello cuando se da la seguridad significará que no hay perturbación por lo que en esa situación no se necesitará la ayuda de la policía, ya que el objetivo de estos es asegurar que los ciudadanos no alteren el orden público<sup>30</sup>.

Por tanto, aclarada ya la función de la policía, velar y perseguir el mantenimiento del orden público, previniendo aquellas acciones que perturban la seguridad, podemos concluir que el orden público y la seguridad ciudadana existen cuando hay un orden jurídico constituido. De esta forma, las labores de la policía se reconocen como una actividad que afecta a los derechos fundamentales y libertades, por dos razones que identifican estos autores<sup>31</sup>. La primera de ellas porque el fin del orden público y la seguridad es la prevención de peligros que se encuentran sobre los derechos y bienes reconocidos en la CE, como también enfrentarse y elimi-

<sup>30</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. *Seguridad pública y policía administrativa...*, op. cit., p. 52.

<sup>31</sup> GOOLD, Benjamin. "Videovigilancia y derechos humanos". En: *Ciudadanos, ciudades y videovigilancia. Hacia una utilización democrática y responsable de la videovigilancia*. Montreuil: Foro Europeo para la Seguridad Urbana, pp. 27-37.

nar aquellas perturbaciones que puedan acontecer, pero esto únicamente acotado a los que deriven y se acrediten en la CE.

La segunda de las causas es que el orden público y la seguridad afectan a los derechos fundamentales y la libertad de los ciudadanos para asegurarles el nivel que les garantiza el valor de la libertad del desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), como la dignidad de la persona. Es así como discurrimos que para que el uso de la tecnología no colisione con estos derechos y libertades, las FCSE deben hacer un uso limitado de sus poderes<sup>32</sup>.

El TC ha delimitado el ámbito de dicha actuación, aludiendo que no es factible autorizar el ejercicio de las autoridades públicas con poderes ilimitados, con la justificación de poder asegurar el orden público, evitando así cualquier perturbación. Por otro lado, también ha manifestado que no se puede privar de los derechos respaldándose en que es necesaria dicha actuación para poder lograr la seguridad ciudadana. De esta forma el Tribunal de Garantías alude que no se puede imponer la actividad policial para la efectiva prevención y persecución del delito, por encima de las libertades y derechos fundamentales<sup>33</sup>.

En cuanto a los sistemas de videovigilancia es claro que estos están en continuo desarrollo por lo que no sólo recogen información de audio e imagen, sino que también tienen una alta capacidad de almacenaje y todo ello ligado a las bases de datos, como el Big Data. Tan cierto es, que ello ha causado que aumente el riesgo que conlleva utilizar datos de los individuos y la colisión que ello supone con libertades y derechos fundamentales<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier. “Conformidad constitucional de la utilización de la videovigilancia policial”. En: *Videovigilancia, seguridad ciudadana y derechos fundamentales*. Navarra: Aranzadi, SA, 2010, pp. 196-197.

<sup>33</sup> STC, nº 341/1993, de 18 de noviembre de 1993. ECLI:ES:TC:1993:341. FJ: 8º.

<sup>34</sup> DE LA SERNA BILBAO, María Nieves. “Seguridad ciudadana y los sistemas de videovigilancia...”, *op. cit.*, pp. 134-136.

Para finalizar sería relevante en nuestro trabajo indicar algunos cambios o mejoras que podrían ser objeto de ser tratados en futuras leyes<sup>35</sup>. Los avances de la tecnología han traído ventajas como son, el poder conseguir la prevención de delitos como también desventajas que son las implicaciones que eso trae para la intimidad y para la protección de datos personales, y ello ha supuesto que se tengan que perfeccionar los límites que ya estaban impuestos.

La LO 7/2021 ha especificado cómo se deben instalar estas videocámaras, dónde, cómo se debe proceder a su uso, qué autorización requieren, como también ha puesto especial énfasis en principios como la proporcionalidad entre otros cuando se ven afectados derechos fundamentales. Aun así, hay cuestiones que quedan sin regular ni detallar como son la variedad de datos que se pueden recoger a través de las videocámaras y la falta de protecciones que están definidas para las categorías especiales. Otra cuestión sería cómo conseguir proteger de manera más segura las imágenes que se captan de personas discapacitadas, menores o aquellas que necesitasen especial protección. También se tendría que especificar la colisión con derechos fundamentales distintos a los mencionados anteriormente, como pueden ser el de inviolabilidad domiciliaria, mientras se están utilizando dispositivos móviles específicos o las consecuencias que deriven de la presunción de inocencia.

Otro aspecto a destacar podría ser precisar más y evitar vacíos legales a los límites que impone la LO 7/2021, y en relación a ello ser más concretos a la hora de proceder a realizar la cadena de custodia que faculte la protección de esas imágenes, sin que quepa duda alguna de su autenticidad. Por ello, debería resaltarse e insistir en la necesidad de aplicar un sistema de seguridad que proteja el almacenamiento de imágenes y/o

---

<sup>35</sup> CEBRIÁN BELTRÁN, Selena. “Nuevos desafíos en el ámbito de la videovigilancia...”, *op. cit.*, pp. 248-250.

sonidos, que nos permita cerciorarnos que se ha efectuado su completo borrado una vez transcurrido el tiempo.

Todo lo mencionado anteriormente, persigue conseguir el objetivo de la norma específica en cuanto a la prevención, investigación, descubrimiento y enjuiciamiento de las infracciones penales o de ejecución de sanciones penales. De esta forma, se abre el debate de si la seguridad pública es suficiente ella sola para limitar ciertos derechos fundamentales. Esta seguridad pública está establecida como competencia exclusiva del Estado en el art. 149.1. 29ª de la CE, y por ello es deseo de todo poder público tener un ambiente seguro, que genere tranquilidad a la ciudadanía.

La instalación tanto de videocámaras fijas como móviles pertenece al servicio del Estado para lograr ese objetivo de seguridad pública, pero como bien hemos mencionado estas videocámaras tienen efectos y consecuencias sobre la intimidad de las personas y la protección de sus datos personales o sobre la inviolabilidad domiciliaria, por ello, eso conlleva a que la utilización de ellas tenga que estar justificada.

### 3.2. Principio de legalidad

El principio de legalidad actualmente se encuentra en el artículo 9.3 de la Constitución Española (en adelante CE) en él se garantiza el principio de legalidad, entre otros como son, la jerarquía normativa, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la publicidad de las normas, la seguridad jurídica, etc.

La CE como bien hemos dicho asegura el principio de legalidad, en virtud del cual todos los poderes públicos están sometidos a la ley. Igualmente, como establece el Preámbulo la finalidad de la CE es consolidar un Estado de Derecho que garantice el imperio de la ley como expre-

sión de la voluntad popular, y como bien ha expresado el TC- STC 108/1986<sup>36</sup>, es una afirmación base de todo sistema democrático. Así en el artículo 25 de la CE podemos apreciar una concreción del principio de legalidad en el ámbito sancionador, en el cual no nos adentraremos ya que no es objeto de nuestro trabajo<sup>37</sup>.

Introducido este principio vamos a proceder a analizarlo desde la perspectiva de la videovigilancia por las FCSE<sup>38</sup>. Desde siempre se han utilizado grabaciones de imágenes y sonidos por las FCSE incluso antes de que existiese una regulación en relación a la forma, el método, etc. Sin embargo, el uso lícito de estos medios y las nuevas tecnologías han hecho que haya que incrementar el nivel de protección de las libertades de las personas, como los bienes.

El Consejo General del Poder Judicial indica que, tanto la captación como la vigilancia por los medios audiovisuales no son una tarea neutra, aunque se produzca en lugares públicos, que carezca de efectos sobre las libertades de los ciudadanos y de sus derechos. Esto es debido a que, en esos lugares públicos, se dan también ámbitos de privacidad que merecen ser protegidos, que se materializan en conversaciones íntimas o actos que revelan íntimos sentimientos individuales y convicciones. Por ello cuando las FCSE hagan uso de esta tecnología, deberán actuar garantizando tanto la eficacia de los resultados que se obtengan, como la no vulneración de derechos fundamentales.

<sup>36</sup> STC, nº 108/1986, de 29 de julio de 1986. ECLI:ES:TC:1986:108. FJ:18°.

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ COARASA, Cristina. *Constitución Española. Congreso*. (Última consulta: 24/04/2023). Disponible en el URL: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=9&tipo=2>

<sup>38</sup> DE LA SERNA BILBAO, María Nieves. “Seguridad ciudadana y los sistemas de videovigilancia...”, *op. cit.*, pp. 139-141.

El principio de legalidad cuando actúan las FCSE del Estado es una imposición que establece tanto la CE como también esta recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH). En su art. 8.2<sup>39</sup> fija que toda intromisión de la autoridad pública en la vida privada de las personas debe estar establecida en una Ley que erija, una medida que sea imprescindible para la seguridad tanto pública como social, como el bienestar económico del país, salud, moral o protección de libertades y derechos de los demás.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el TEDH) alude al término de vida privada, y recoge tanto la integridad moral como física de la persona englobando distintos aspectos de la identidad de dicho individuo, dentro de los que se recoge la grabación de imágenes de video. El TEDH, ha admitido que la captación de imágenes de una persona por videocámaras da lugar a una intromisión en su vida privada, a no ser que estas imágenes fuesen obtenidas con un fundamento en las leyes<sup>40</sup>. Al hilo de ello el TC español ha recalado que la videovigilancia es un medio invasivo y por ello es necesario que concurren condiciones que puedan legitimar tanto los tratamientos, como los principios y garantías que se tienen que aplicar<sup>41</sup>. Como también ha subrayado que la dimensión de los derechos a la intimidad hoy día reclama su protección

---

<sup>39</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Boletín Oficial del Estado, de 10 de octubre de 1979, n.º 243.

<sup>40</sup> Entre otras sentencias véase: STEDH *Caso De la Flor Cabrera c. España*, de 27 de mayo de 2014 (Demanda n.º 10764/09), ECLI:CE:ECHR:2014:0527JUD001076409 (parr. 35-42).

<sup>41</sup> STC, n.º 29/2013, de 11 de febrero de 2013. ECLI:ES:TC:2013:29. FJ: 6.º.

frente a intromisiones tradicionales, como frente a los riesgos que puedan aparecer en una sociedad tecnológicamente avanzada<sup>42</sup>.

En otro orden de ideas el TEDH impone unas condiciones para que los límites sean compatibles con el CEDH<sup>43</sup>: El primero de ellos sería que estuviesen previstos en la ley, el segundo que fuesen necesarios en una sociedad democrática para conseguir un interés legítimo y el último de ellos que estos límites fuesen proporcionales en relación al fin legítimo perseguido<sup>44</sup>.

En cuanto al primer límite, en el art. 18 de la CE recoge los derechos de la esfera privada, en su apartado 4, estos tienen que ser desarrollados en nuestro ordenamiento por medio de una ley orgánica que tendrá que respetar. El problema aparece cuando las mejoras tecnológicas que hay día sí y día también, no van acompañadas de cambios legislativos, ya que surgen nuevas formas de proteger la seguridad pública que intentan encajar en una legislación ya desfasada.

En cuanto a los fines recogidos en el art. 104 de la CE señala que las FCSE, bajo la dependencia del Gobierno, tienen como objetivo la protección del libre ejercicio de libertades como de derechos y garantizar la seguridad ciudadana. La acción administrativa de las FCSE, para poder asegurar ese orden público, se basa en tomar las medidas de represión que sean necesarias para evitar futuras perturbaciones de derechos, como tomar medidas de prevención entre las que se encuentra el uso de los sistemas de videovigilancia.

<sup>42</sup> STC, nº 119/2001, de 24 de mayo de 2001. ECLI:ES:TC:2001:119. FJ: 5°.

<sup>43</sup> CEBRIÁN BELTRÁN, Selena. “Nuevos desafíos en el ámbito de la videovigilancia...”, *op. cit.*, pp. 236-238.

<sup>44</sup> FREIXES SAN JUAN, Teresa. “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los derechos internos de derechos en Europa”. Yolanda Gómez Sánchez (coord.). *Los derechos en Europa*. 1997, p. 102.

### 3.3. Principio de proporcionalidad

Este principio se fundamenta en evitar utilizar de manera desproporcionada aquellas medidas que acarrearán una restricción de los derechos fundamentales. Para ver más a fondo este principio, nos hemos querido valer de tres de los elementos que lo forman<sup>45</sup>. En primer lugar, la idoneidad, en segundo lugar, la necesidad y en último lugar la proporcionalidad en sentido estricto. Para que se dé el primer juicio de idoneidad se tendrá que comprobar si la medida restrictiva de un derecho es apta para la consecución del fin que se persigue, es decir si la medida juzgada supera el juicio. Para ello es necesario que la restricción que tiene ese derecho sea útil para justificar el fin que se persigue, o dicho de otro modo que la medida que restringe ese derecho no sea inservible para alcanzar dicho fin.

El segundo juicio, el de necesidad trata en que, una vez superado el anterior juicio, el análisis se centrará en la necesidad de la medida que se enjuicia, para lo cual es imprescindible determinar si la intervención pública es indispensable, por no haber un medio más moderado para su consecución. Esto es, de entre todos los medios posibles se tendrá que seleccionar aquel que conlleve una menor limitación en la esfera de los afectados, es decir que por no haber otra alternativa menos grave que pueda satisfacer de igual manera el objetivo, no se implante un sacrificio innecesario.

En suma, habrá que elegir de entre todas las alternativas la menos gravosa o la que menos restrinja derechos, para lo cual habrá que enfrentar los distintos medios que resulten idóneos y aptos para conseguir el fin y fijar así la que resulte menos grave, siempre y cuando haya otras alternativas que aseguren el objeto que razone el límite. Por ello como se ha dicho anteriormente, se optará por el medio más beneficioso y se rehusarán las medidas más gravosas.

<sup>45</sup> PERELLO DOMENECH, Isabel. "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional". *Jueces para la democracia*, n.º 28, 1997, p. 70.

En último lugar, el último elemento consistente en la proporcionalidad en sentido estricto, en el que una vez superados los anteriores juicios se tendrá que verificar si existe un equilibrio entre los perjuicios y ventajas que se han generado por la restricción de un derecho para la protección de otro derecho constitucional u otro bien, siendo imprescindible evaluar los distintos intereses y circunstancias de cada caso. Las ventajas que deriven de una limitación del derecho tienen que ser siempre mayores a los perjuicios sobre otros intereses o bienes en conflicto. Tiene que haber un equilibrio entre los perjuicios y perjuicios que resulten de cuando se restringe un derecho con el fin de proteger otro bien constitucional o derecho, viendo en cada caso las circunstancias relevantes a considerar.

En suma, conllevará que los medios que se vayan a elegir se tengan que sustentar en una relación razonable con el resultado que se persiga. El TC ha reconocido este principio y realizado estos juicios en sentencias como la STC 66/1995 sobre el derecho de reunión<sup>46</sup> o el TS en la STS 203/2015 en la que también se realizan estos tres juicios, en la condena de un delito contra la salud pública<sup>47</sup>.

El autor Pérez-Cruz Martín<sup>48</sup> también al hablar sobre el principio de proporcionalidad menciona estos tres juicios y a su vez también menciona el principio de proporcionalidad en lo que a los distintos medios de vigilancia se refiere. El CGPJ aduce en la STC 143/1994<sup>49</sup>, que un sistema normativo que faculte la recopilación de datos incluso si fuese

---

<sup>46</sup> STC, n° 66/1995, de 8 de mayo de 1995. ECLI:ES:TC:1995:66. FJ: 5°.

<sup>47</sup> STS, n° 203/2015, de 23 de Marzo de 2015. R.oj:STS 1528/2015, ECLI:ES:TS:2015:1528. FJ: 2°.

<sup>48</sup> PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús. "Videovigilancia y derecho a la intimidad: ¿Un nuevo ejemplo de conflicto entre el derecho a la seguridad pública y el derecho fundamental a la intimidad?". *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 1, 1997, pp. 405-407.

<sup>49</sup> STC, n° 143/1994, de 9 de mayo de 1994. ECLI:ES:TC:1994:143. FJ: 7°.

con fines legítimos y de contenido neutro y no tuviese las suficientes garantías, frente a un uso que fuera invasivo de la vida privada de los individuos, estaría vulnerando el derecho a la intimidad.

### 3.4. Principio de adecuación

De acuerdo con las Leyes que venimos señalando, podemos concluir que el principio de adecuación radica en que los medios que se van a usar, en el caso de la LO 7/2021, sean adecuados para lograr la prevención, descubrimiento, enjuiciamiento e investigación de ejecución de sanciones penales e infracciones. El principio de adecuación<sup>50</sup> excluye los medios que vulneren la realización de al menos un principio. Siendo de dos maneras<sup>51</sup>, bien *ex ante* si la medida es adecuada desde un primer momento para lograr el fin que se propone, o *ex post*, es decir que llegue a ser adecuada más adelante debido a los cambios tecnológicos o sociales que pueda haber.

Para verlo de una manera más clara podemos acudir al trabajo que realizaron Díez Ripollés y Cerezo Domínguez<sup>52</sup> en el que quisieron corroborar que la instalación de videocámaras en la ciudad de Málaga conseguía el fin de la prevención de la delincuencia y en consecuencia con ello la creación de seguridad en los individuos que en ella habitan. De esta manera podemos apreciar cómo la efectiva instalación de videocámaras redujo el crecimiento de la tasa de delitos en la zona en la que estaban fijadas, comparándola con la zona de control.

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. Carbonell Sánchez, Miguel; García Jaramillo Leonardo, (coords.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, p. 1509.

<sup>51</sup> SÁNCHEZ GIL, Rubén. *El Principio de proporcionalidad*. Universidad Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp 26-59.

<sup>52</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, Jose Luis; CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. “La prevención de la delincuencia callejera mediante videocámaras...”, *op. cit.*, pp. 185-194.

Parte de la doctrina<sup>53</sup> nos ayuda a entender el principio de adecuación equiparándolo al de intervención mínima. Indicando que este principio nos ayudaría a determinar que las actividades que se realicen mediante la instalación de videocámaras fijas referirían a unos ámbitos delimitados, cuya vigilancia se respalda en conceptos de peligros claros, inminentes y actuales para la seguridad de los individuos. En el artículo 6.4. de la LO 4/1997 se establece que para que se utilicen estas videocámaras será indispensable, en el caso de las videocámaras fijas la existencia de un riesgo razonable para la seguridad de los ciudadanos y en el caso de las videocámaras móviles la existencia de un peligro concreto.

Otra parte de la doctrina<sup>54</sup> no equipara el principio de adecuación con el de intervención mínima, sino que más bien, hace hincapié en que el principio de intervención mínima es un subprincipio del principio de proporcionalidad y no obra como un principio separado de él. Por el contrario, sí que parece que identifican el principio de adecuación con el de idoneidad, al definir este último como aquel que exige que el empleo de las videocámaras resulte apropiado en una situación concreta para mantener la seguridad ciudadana. Esto es, que el medio (uso de las videocámaras) resulte adecuado para conseguir el fin (la seguridad ciudadana).

### 3.5. Principio de necesidad de intervención

En palabras de Pérez-Cruz Martín, este principio nos llevaría a optimizar el grado de eficacia de los derechos individuales frente a los límites que impongan en su ejercicio los poderes públicos. En otras palabras, será necesario que los órganos del Estado hagan una comparación de las

<sup>53</sup> PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús. “Videovigilancia y derecho a la intimidad: ¿Un nuevo ejemplo de conflicto...”, *op. cit.*, pp. 405-407.

<sup>54</sup> Díez Ripollés, José-Luis; Cerezo Domínguez, Ana Isabel. “La prevención de la delincuencia callejera mediante videocámaras...”, *op. cit.*, p. 178.

medidas restrictivas que sean aplicables y aptas para satisfacer el fin perseguido, y que elijan la menos lesiva para los derechos de ciudadanos. A su vez, exige la concurrencia de la necesidad, esto es como bien articula el 6.3 de la LO 4/1997 la intervención mínima que se pondere entre la finalidad que se pretenda conseguir y la afectación con los derechos de honor, propia imagen e intimidad que más adelante analizaremos, por la utilización de estas videocámaras.

Lo que nos está afirmando de alguna manera es que no tienen que existir otros medios menos gravosos para obtener la misma finalidad. Esto permite que las videocámaras que se fijen puedan grabar los actos de las personas que transiten por esa zona sin que concurra con toda probabilidad un indicio seguro de que se vaya a cometer un delito. Por ello, la Agencia de Protección de Datos ha establecido que recomienda que la grabación solo comprenda imágenes y sonidos que sean estrictamente necesarios.

#### IV. EL EMPLEO DE VIDEOCÁMARAS EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS Y EN CONFLICTO CON DERECHOS CONSTITUCIONALES DE TERCEROS

##### 4.1. Derecho al honor

El derecho al honor esta garantizado en el art. 18 de nuestra CE junto con el derecho a la propia imagen y junto con el derecho a la intimidad personal y familiar. El TC cuando se ha intentado referir al derecho al honor<sup>55</sup> no ha encontrado una definición como tal en el ordenamiento jurídico. Este derecho está previsto en el art. 18 de la CE, pero como tal

<sup>55</sup> CALAZA LÓPEZ, Sonia. “Delimitación de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”. *Revista de Derecho UNED*, 2011, núm. 9., pp. 47-53.

no tenemos una definición de lo que entendemos por derecho al honor. Aun así, el TC lo ha definido como el derecho a que sea reconocida y respetada la dignidad personal, que se necesita para el libre crecimiento de la personalidad en la sociedad, sin que el individuo pueda ser vejado o humillado ante el resto o ante sí mismo.

El TC en su sentencia del 14/2003<sup>56</sup> manifestó que el contenido de este derecho está en constante cambio ya que depende de las normas, leyes y valores sociales que en cada momento estén vigentes. Es por ello por lo que los jueces para juzgar cada caso concreto atienden al momento en el que se está viviendo. Así, el TC establece un común denominador a los ataques que sufre este derecho, que es el desprestigio propio o ajeno en el aseguramiento de este derecho como consecuencia de manifestaciones que se basan en el descrédito o desprecio de alguien o en un ámbito público.

El TC<sup>57</sup> también se ha pronunciado sobre este derecho cuando ha declarado que tiene una connotación individual cuando la expresión humillante constituya un desprestigio en aquellos que formen el entorno profesional o social de la persona objeto de esta humillación o vejación. De igual manera el TS<sup>58</sup> ha calificado el concepto de honor, como un derecho que procede de la dignidad humana y que se plasma como hemos dicho, en la consideración que uno mismo tenga de él, como en la consideración que los demás tienen de él, por tanto, se distinguen dos objetos, uno subjetivo y el otro objetivo.

---

<sup>56</sup> STC, nº 14/2003, de 28 de enero de 2003. ECLI:ES:TC:2003:14. FJ: 12º.

<sup>57</sup> STC, nº 85/1992, de 8 de Junio de 1992. ECLI:ES:TC:1992:85. FJ: 4º.

<sup>58</sup> STS, nº 232/2013, de 25 de marzo de 2013. R.oj:STS 3119/2013. ECLI:ES:TS:2013:3119. FJ: 3º.

En otra sentencia el TS<sup>59</sup>, expresó que este derecho esta acotado por las libertades de información y expresión cuando surge un choque entre ambos, este choque debe ser solventado por los métodos constitucionales que ponderen, atendiendo a cada caso concreto. Esto es, que al haber este choque entre estos dos derechos se tiene que realizar un examen de la relevancia e intensidad con la que ambos derechos son dañados, así se dará prioridad a uno o al otro. En último término, cabe resaltar que no hemos encontrado casuística en el ámbito del derecho al honor con referencia a las FCSE.

#### **4.2. Derecho a la intimidad**

El concepto de intimidad está recogido en la CE de 1978, en su artículo 18.1 donde se establece que se garantizan los derechos a la intimidad personal, familiar honor y propia imagen y en su apartado segundo podemos observar que se articula que el domicilio es inviolable. En este mismo sentido es importante mencionar la LO 1/1982 cuyo objetivo es evitar esas intromisiones ilegítimas de derechos. Mencionada la regulación nos parece de vital importancia señalar que el artículo 18.1 de la CE no define el derecho a la intimidad, simplemente lo garantiza junto a otros derechos, como tampoco lo hace la LO 1/1982. Por lo que para entender mejor este derecho vamos a acudir a las pronunciations que ha hecho el TC sobre el mismo.

Cierto es que el TC se pronunció en la STC 231/1988<sup>60</sup>, donde aludía que los derechos a la imagen e intimidad personal y familiar que están ubicados en el art. 18 CE son derechos fundamentales que están vinculados a la propia personalidad del individuo, derivados de la dignidad de la

<sup>59</sup> STS, nº 556/2014, de 10 de octubre de 2014. Roj: STS 3858/2014. ECLI:ES:TS:2014:3858. FJ: 3º.

<sup>60</sup> STC, nº 231/1988, de 2 de diciembre de 1988. ECLI:ES:TC:1988:231. FJ: 4º.

persona, reconocida en el art. 10 CE. Tales derechos implican a su vez, la coexistencia de un ámbito reservado y propio frente a las acciones de los demás, son por ello derechos personalísimos directamente relacionados al individuo. Este derecho a la intimidad familiar y personal se expande a dos áreas: tanto al aspecto de la vida del individuo propia y personal, como a aquellos aspectos de la vida de otros individuos con las que haya una estrecha vinculación, como la familiar. Sin embargo, sería indispensable examinar cada caso concreto, como los acontecimientos que se dan y cuál es el vínculo que une a esos individuos.

El TC volvió a hacer referencia en la STC 214/1991<sup>61</sup>, indicando que el derecho al honor y otros derechos recogidos en el art. 18 CE (entre ellos el derecho a la intimidad) se presentan como derechos fundamentales estrechamente vinculados a la propia personalidad, y que derivan de la dignidad de la persona, recogida en el art. 10 CE. Como también en la STC 170/1987<sup>62</sup>, que señala que los derechos a la intimidad personal y propia imagen, que se encuentran recogidos en el art. 18.1 de la CE, son parte de los bienes de la personalidad; estos derechos salvaguardan a su vez un espacio de intimidad personal y familiar que queda limitado a intromisiones extrañas.

Una vez entendido el término “derecho a la intimidad”, vamos a analizar detalladamente una Sentencia del TS, relacionándola con la LO 4/1997. La jurisprudencia como hemos dicho anteriormente se ha pronunciado a la hora de delimitar el derecho a la intimidad, junto a otros derechos, pero esta vez hemos querido resaltar los pronunciamientos hechos en materia de videocámaras y su colisión con el derecho a la intimidad. Resulta pertinente detenerse en la STS nº

---

<sup>61</sup> STC, nº 214/1991, de 11 de noviembre de 1991. ECLI:ES:TC:1991:214. FJ: 1º.

<sup>62</sup> STC, nº 170/1987, de 30 de octubre de 1987. ECLI:ES:TC:1987:170. FJ: 4º.

569/2020<sup>63</sup> antes mencionada. En la que, Ana María auxiliar de la clínica de Medicina Interna del Hospital Universitario Príncipe de Asturias se ocupaba de los pacientes que estaban ingresados en la quinta planta, que morían rápidamente sin explicación alguna, debido a ello la brigada de homicidios instaló una cámara en los pasillos de dicha planta.

Gracias a ello, se descubrió a Ana María en la zona, momentos antes a los fallecimientos, condenándosele, así como autora de un delito de asesinato. Como bien se establece en el art. 1 de la LO 4/1997 las videocámaras solamente podrán grabar tanto imágenes como sonidos en lugares públicos ya sean abiertos o cerrados, pero como hemos mencionado anteriormente en el art. 6.5 de esta misma Ley se articula que no se podrá realizar uso de las videocámaras cuando se perjudique de manera grave y directa a la intimidad de los individuos.

En el caso a tratar el lugar dónde se colocaron las cámaras es un lugar cerrado (pasillo de la 5ª planta) donde se puede afectar gravemente la esfera de la intimidad de los individuos, ya que a pesar de que las cámaras no se colocaron en el interior de las habitaciones donde quizás, puede ser un espacio más privado, estas grababan las entradas y salidas de dichas habitaciones. Debido a ello en ellas se podía apreciar cuando los pacientes salían de ellas, entraban o incluso los familiares que les iban a visitar. Además, estas videocámaras fueron autorizadas para colocarse de manera oculta y esto también vulnera el artículo 9 de la LO 4/1997, ya que el personal, pacientes y familiares del Hospital no fueron advertidos de la existencia de la videocámara.

---

<sup>63</sup> STS nº 569/2020, de 30 de octubre de 2020. Roj: STS 3772/2020. ECLI:ES:TS:2020:3772. FJ: 1º.

A pesar de ello el Ministerio Fiscal<sup>64</sup> alude que fuere el espacio que fuere la instalación de dichas cámaras se realizó con autorización judicial para explicar, como luego ya se probó, delitos de alta gravedad. La sentencia también aclara que no simplemente basta con las sospechas de que se están cometiendo delitos graves sino hay que precisar que existe proporcionalidad en la medida que se está tomando. Como bien ha dicho el TC en anteriores sentencias (STC 171/1999<sup>65</sup> y 207/1996<sup>66</sup>), para ello debe reunir, en primer lugar, un juicio de “idoneidad”, lo que se cumple en el caso presente ya que se necesitaba la presencia de estas videocámaras para poder esclarecer los hechos que estaban ocurriendo, en este caso la comisión de delitos graves e impedir su continuidad en el futuro.

En este sentido, habría que realizar un juicio de “necesidad”, este requisito efectivamente también se cumple ya que no hay otra manera más mesurada y menos violenta que la tomada, debido a que no se pudo realizar un interrogatorio a todo el personal sanitario sin que el autor de los hechos se diese cuenta y sin alarmar a los pacientes y familiares del Hospital. Asimismo, la proporcionalidad se halla en el daño tan grave que se causó a la vida e integridad física de los pacientes que habrían sido víctimas del delito. Por todo ello, se autorizó la instalación de las videocámaras ocultas para proceder a la grabación del pasillo de la 5ª planta, durante 3 meses de manera ininterrumpida.

---

<sup>64</sup> STS n° 569/2020, de 30 de octubre de 2020. Roj: STS 3772/2020. ECLI:ES:TS:2020:3772. FJ: 2°.

<sup>65</sup> STC, n° 171/1999, de 27 de septiembre de 1999. ECLI:ES:TC:1999:171. FJ: 7°.

<sup>66</sup> STC, n° 207/1996, de 16 de diciembre de 1996. ECLI:ES:TC:1996:207. FJ: 3°.

### 4.3. Derecho a la propia imagen

El derecho a la propia imagen se encuentra recogido en el art. 18.1 de la CE en el que se garantiza el derecho a la propia imagen, al honor como intimidad personal y familiar. Sin embargo, como ocurre con el derecho a la intimidad, este no se encuentra regulado en la CE, por ello para acercarnos un poco más al concepto vamos a ver en palabras del TC que entendemos por derecho a la propia imagen, que como vamos a ver a continuación se asemeja a la definición dada para el derecho a la intimidad.

Tenemos que hacer referencia a la STC 231/1998<sup>67</sup>, en la que se expone que los derechos a la imagen son derechos fundamentales relacionados a la propia personalidad y que derivan de la dignidad de la persona. Ello conlleva a que exista un ámbito reservado y propio frente al conocimiento y acción de los demás. En esta sentencia P.M. interpuso demanda de protección civil del derecho a la intimidad y a la propia imagen, contra la Entidad mercantil “Prographic, Sociedad Anónima”. Ésta grababa y más tarde comercializaba cintas de video que mostraban, sin autorización, imágenes de la vida privada y profesional del difunto marido R.P. (Paquirri), y especialmente de las imágenes de la mortal cogida que sufrió en la plaza de toros y de su tratamiento en la enfermería de dicha plaza.

La demandante entiende que se vulneran el derecho a la propia imagen, como el derecho a la intimidad, éste último por el hecho que son imágenes en las que una persona se está debatiendo entre la vida y la muerte, asimismo tales escenas se dieron en un quirófano que posee un carácter privado. A juicio de ella, el derecho a la propia imagen es de una persona y solo de ella de la prolongación de su personalidad, por lo que sólo a esa persona corresponde su uso, y por ello todo uso realizado con finés económicos y sin autorización del interesado tiene que ser vetado a

<sup>67</sup> STC, nº 231/1988, de 2 de diciembre de 1988. ECLI:ES:TC:1988:231. FJ: 3º.

terceros. Por ello se solicitó al Tribunal que dicte Sentencia reconociendo los derechos a la propia imagen como a la intimidad que poseen los familiares del torero fallecido.

El Ministerio Fiscal vistas las alegaciones, estimó efectivamente vulnerado el derecho del torero a la propia imagen, ya que se utilizaron las escenas filmadas con una finalidad lucrativa y sin el consentimiento de los herederos. Así afirma que en el art. 7.6 de la LO 1/1982, se niega la utilización de la imagen de una persona para fines comerciales o similares, considerando en su art. 7.5 una intromisión ilegítima la captación y reproducción por cualquier medio de la imagen de una persona en aquellos lugares o momentos de su vida privada. En efecto, podemos observar cómo efectivamente los momentos en los que el torero se debatía entre la vida y la muerte eran momentos de su vida privada, vulnerándose así el 7.5 de esta Ley.

Ahora bien, a pesar de los argumentos expuestos, el Tribunal alude a que la LO 1/1982 en su art. 4 prevé que el ejercicio de las efectivas acciones de protección civil de los derechos corresponde a los designados en testamento por el afectado sin embargo, en el art. 32 del Código Civil se fija que una vez fallecido el titular de esos derechos y extinguida por ello su personalidad desaparece el objeto de la protección constitucional; por ello el Tribunal no puede pronunciarse sobre las cuestiones del fallecimiento del afectado ya que carecen de dimensión constitucional, ya que una vez fallecido el titular del bien de la personalidad no existe un ámbito vital que proteger. Igualmente se expone que si las imágenes pueden ser consideradas como parte de la profesión y espectáculo propias del fallecido (la lidia de toros), excluiría el carácter de intromisión ilegítima según el art. 8 de la LO 1/1982. En lo que se refiere a las imágenes tomadas en la enfermería de la plaza de toros estas sí que vulneran el derecho a la intimidad familiar y personal del art. 18.1 de la CE.

Junto con ello, la STC 158/2009<sup>68</sup> configura el derecho a la propia imagen como un derecho a la personalidad, que proporciona a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permite a su identificación. Conllevando así el derecho a determinar la información gráfica que es generada por los rasgos físicos que le hacen reconocible que puede ser captado o tener difusión pública, como el derecho a impedir la reproducción, obtención, publicación de su propia imagen<sup>69</sup> por un tercero no autorizado.<sup>70</sup>

Es por su importancia del derecho a la propia imagen que hemos querido destacar al autor Fuertes, que en su obra manifiesta los titulares de este derecho, que referenciando el art. 18.1 de la CE, son las personas individualmente consideradas por lo que se excluye así a las personas jurídicas. En cuanto a los menores es la LO 1/1982, en que podemos encontrar remisiones conforme a las cuales el menor deberá prestar consentimiento para el uso de su imagen, siempre que demuestre que sus condiciones de madurez lo permiten.

## V. UN ESTUDIO ESPECÍFICO DE LA REALIDAD CORRESPONDIENTE A LAS *BODYCAM*

### 5.1. Regulación y concepto de las *bodycam*

Resulta importante resaltar el papel que juegan las videocámaras fijas en la sociedad de hoy en día para la prevención de delitos. Es por esta razón y debido a los constantes cambios tecnológicos que hemos de subrayar la figura de las videocámaras móviles, en especial referencia a las *bodycam*, por

<sup>68</sup> STC, nº 158/2009, de 25 de junio de 2009. ECLI:ES:TC:2009:158. FJ: 3°.

<sup>69</sup> STC, nº 72/2007, de 16 de abril de 2007. ECLI:ES:TC:2007:72. FJ: 3°.

<sup>70</sup> STC, nº 81/2001, de 26 de marzo de 2001. ECLI:ES:TC:2001:81. FJ: 2°.

ello en este apartado nos acercaremos un poco más a su concepto y regulación. Así también abordaremos algunas críticas y propuestas de mejora que realiza la doctrina española como diversas noticias de interés.

Actualmente no tenemos un concepto específico definido en la Ley de lo que entendemos por *bodycam*. Igualmente, en la LO 7/2021 en su art. 17 apartado primero nos ayuda a aproximarnos al concepto un poco más, fijándose que se podrán usar dispositivos de carácter móvil para tomar imágenes o sonidos para el cumplimiento de los fines de esta Ley. Asimismo, se establece que esta toma de imagen y sonido tiene que ser hecha de manera conjunta quedando sometida a la confluencia de un peligro o evento concreto, así como que el uso de estos dispositivos deberá ser autorizado por la persona titular de la Delegación o Subdelegación del Gobierno. Así, en su apartado segundo también se articula que en estos casos de dispositivos móviles, las autorizaciones no se concederán con carácter permanente o indefinido en ningún caso.

La regulación como hemos visto se encuentra fijada en este artículo 17 de la LO 7/2021 y en la LO 4/1997 en su artículo 5 donde se determina la autorización de estas videocámaras móviles. Como en su artículo 6 donde se precisa que para la utilización de las videocámaras móviles se exigirá un peligro concreto a diferencia de las fijas que se exigía un riesgo razonable para la seguridad ciudadana. Relativo a ello, nos vamos a ayudar de la siguiente sentencia, aunque a pesar de no tratarse específicamente del término *bodycam*, al no haber encontrado sentencias relativas a ello, nos puede ayudar a verlo de una manera más clara. La STC 37/1998<sup>71</sup>, los hechos ocurrieron en nuestra Comunidad Autónoma, concretamente en Bilbao, donde se fotografiaron y filmaron videos por parte de la Ertzaintza en un piquete de huelga informativo. Este se desarrolló de manera pacífica, sin lesionar los derechos de libertad sindical, ni huelga.

---

<sup>71</sup> STC, n° 37/1998, de 17 de febrero de 1998. ECLI:ES:TC:1988:37. FJ: 1°.

En consecuencia, el presente Tribunal tuvo que resolver si la filmación fue no lesionaba derechos fundamentales o por el contrario si fueron vulnerados. Finalmente, el Tribunal<sup>72</sup> declaró lícita la grabación de dichas imágenes y videos, por la finalidad de prevenir desórdenes capaces de comprometer el ejercicio de otros derechos y libertades de los ciudadanos. Sin embargo, sí que declaró que los arts. 28.1 como el 28.2 CE pueden ser vulnerados también de manera indirecta como ocurrió en este caso, es decir la actividad de las FCSE filmando a aquellas personas que estaban ejercitando sus derechos de libertad sindical y huelga<sup>73</sup>.

Se puede señalar también la SAN 30/2012, de 19 de Junio de 2012, donde una cámara la de la Ertzaintza fue la principal prueba para acusar al culpable de colocar fotos etarras en un “Zara”<sup>74</sup>. Estos hechos ocurrieron en la fiesta de Aste Nagusia que se celebra en Bilbao cada verano, donde un grupo de personas no identificadas colocaron, a una altura de unos cinco metros del suelo en la fachada del establecimiento comercial de Zara, fotografías de personas condenadas por delitos de terrorismo vinculados al de la organización ETA, apareciendo junto a las fotografías la palabra Amnistía.

Agentes de una patrulla uniformada de seguridad ciudadana, fueron informados por otros agentes que se encontraban en el centro de mando y visualizaron tal hecho por las cámaras de seguridad instaladas en la zona para la prevención de delitos e incidentes en dichas fiestas. Los agentes que se encontraban patrullando acudieron al lugar de los hechos sin encontrar a las personas que habían colocado las fotografías ya que estos habían abandonado el lugar minutos antes. Dichos agentes que acudieron al lugar se encontraron además del material utilizado para la colocación

<sup>72</sup> STC, nº 37/1998, de 17 de febrero de 1998. ECLI:ES:TC:1988:37. FJ: 8°.

<sup>73</sup> STC, nº 37/1998, de 17 de febrero de 1998. ECLI:ES:TC:1998:37. FJ: 2°.

<sup>74</sup> SAN 30/2012, 19 de junio de 2012. ECLI: ES:AN:2012:3041. FJ: 1°.

de imágenes, una pancarta de plástico enrollado que contenía la frase de “Preso eta iheslariak” en el que se visualizaba también un mapa negro y debajo la palabra “Etxera”.

La defensa del acusado planteó la petición de nulidad de la prueba documental ya que el video grabado por las cámaras de seguridad se presentó ante la autoridad judicial sobrepasado el plazo que marca la LO 4/1997 (es decir 72 horas). Sin embargo, fue desestimado ya que los agentes no lo llevaron a cabo de tal manera debido a que tuvieron que investigar la identidad de las personas que colocaron las fotografías, por lo tanto, alega el Tribunal que ello no provoca nulidad, ya que dichos hechos solo tendrían gravosa incidencia si se ponen en conocimiento de la autoridad judicial cuando han prescrito.

En cuanto al derecho a la intimidad, tampoco se vulnera ya que se autorizó que dichas cámaras instaladas captasen lo que ocurriese en dicho espacio público, siendo casi imposible conciliar la esfera privada de cada individuo en esas condiciones, pero quedando protegida, si del visionado de la autoridad se acuerda acotar determinadas secuencias para su preservación, lo que no se efectuó.

Una vez analizadas las sentencias tenemos que añadir que al ser un concepto relativamente reciente el de las *bodycam*, no hemos encontrado sentencias relativas a este término. Como consecuencia de estas situaciones o para evitar que ocurriesen, se estableció en el art. 5 de la LO 4/1997, que se autorizan las videocámaras móviles: en las vías o lugares públicos donde se haya autorizado la fijación de las videocámaras fijas; así como en los restantes lugares públicos, siempre que se hubiese autorizado su uso por el máximo encargado provincial de las FCSE; para casos de máxima urgencia o de imposibilidad de conseguir a tiempo la autorización exigida en momento de producción de los hechos. Asimismo, cabe recalcar que tampoco se podrán utilizar videocámaras móviles

para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni vestíbulos, salvo que medie consentimiento del titular o autorización judicial, cuando se afecte la intimidad de las personas, así como tampoco para grabar conversaciones de índole privada. Como bien establece el art. 6 de la LO 4/1997, esto también será aplicable a las videocámaras fijas como hemos mencionado anteriormente.

## **5.2. La peculiaridad del uso de las *Bodycam***

El término de las *Bodycam* al ser un término tan reciente y con tal escasez de regulación, nos ha parecido de especial relevancia mencionar algunas noticias de actualidad<sup>75</sup> de nuestra Comunidad Autónoma. El Gobierno Vasco el 10 de noviembre de 2021, previó invertir en cinco años, es decir hasta el 2026, 13 millones de euros para extender su uso y grabar las intervenciones de los agentes. De hecho, agentes de la Ertzaina de Irún, Bilbao y Gasteiz en 2021 comenzaron a patrullar calles con *bodycams* por la comarca de Bidasoa y Gipuzkoa, se trataba de un proyecto piloto con 30 cámaras que se estuvo probando en actuaciones reales, 18 en Bilbao, seis en Irún y seis en Gasteiz. El objetivo era que para 2024 todos los agentes incorporasen estas cámaras en sus uniformes. Josu Erkoreka afirmó que el proyecto formaba parte de una estrategia amplia para la transmisión, captación, grabación y gestión de videos y que supuso una transformación tecnológica en las infraestructuras del departamento de Seguridad.

La equipación del proyecto también incluía los dispositivos de descarga de imágenes y de carga de baterías en las comisarías, como sistemas de gestión de video y licencias software para conseguir almacenar imágenes con la máxima seguridad posible. Todo ello servirá de gran ayuda

---

<sup>75</sup> DE LAS HERAS, Ainhoa. “La Policía municipal grabará con cámaras sus actuaciones”. *El Correo*. 7 de marzo de 2023. <https://www.elcorreo.com/bizkaia/policia-municipal-grabara-camaras-actuaciones-20230307010327-nt.html>

para los miembros de la Ertzaina, pudiendo así mejorar la seguridad de los agentes, fijar protocolos y dispositivos más eficaces, como mejorar la aportación de pruebas ante los distintos hechos delictivos con los que se encuentren diariamente<sup>76</sup>. Además, también para analizar, como veremos a continuación en el estudio de Oakland, si los agentes han actuado de manera correcta o, por el contrario, no.

Un país del cual nos han llegado algunos estudios es Estados Unidos, de todos ellos nos detendremos en uno en específico, concretamente el ocurrido en el estado de California, en la ciudad Oakland. En este artículo se expone cómo se aprecia que los oficiales hablan con mucho menos respeto cuando se trata de personas miembros de la comunidad negra versus blancos. Tales disparidades es evidente que tienen implicaciones importantes para la justicia procesal y el papel de los policías que supuestamente tienen el papel de velar por la seguridad ciudadana para construir esa relación de confianza entre la policía y la comunidad. Las imágenes de estas grabaciones se aprecian en: Carolina del Sur, Nueva York, Missouri, Ohio, Wisconsin, entre otros.

Los datos que se muestran analizan las imágenes de las cámaras corporales de paradas, a miembros de la comunidad de blancos y negros, que fueron realizadas por el Departamento de Policía de Oakland en el mes de abril de 2014. De estas paradas 682 fueron a conductores negros y 299 a conductores blancos y estas paradas fueron realizadas por 245 oficiales distintos. Del estudio, se vio que la comunidad blanca tiene un 57% más de probabilidades de escuchar a un oficial decir una declaración más respetuosa, respecto a los negros que tienen un 61% más de probabilidades de recibir una declaración menos respetuosa.

<sup>76</sup> MUJICA, Mikel. “Body cams en la Ertzaintza: Agentes de la comisaria de Irún ya trabajan con cámaras en sus uniformes”. *Noticias de Gipuzkoa*. 10 de noviembre de 2021. <https://www.noticiasdegipuzkoa.eus/sociedad/2021/11/10/body-cams-ertzaintza-agentes-comisaria-3648539.html>

Finalizado el estudio, se concluye que a pesar de haber realizado estas grabaciones y haberlas usado para llevar a cabo este estudio, éste, ha presentado muchos obstáculos entre los que se incluyen los problemas de privacidad y el procesamiento de datos. Relacionado con ello, también se observó cómo las interacciones de los agentes de policía con la comunidad negra eran mucho más tensas, además de desproporcionadas, incluso cuando no se realizaba ningún arresto ni se usaba la fuerza<sup>77</sup>.

En vista de este artículo, hemos podido apreciar la importancia de estas videocámaras móviles y cómo podían ayudar a prevenir problemas actuales como es el racismo, entre otros. Por ello es necesaria una regulación mucho más amplia que la que se encuentra en la LO 4/1997, al contener esta solamente un artículo específicamente dedicado a ellas, el quinto.

### 5.3. Críticas y propuestas de mejora

En el primer punto hemos analizado la regulación y concepto de las videocámaras móviles, por ello nos parece de vital importancia que “vacíos legales” puede haber en este ámbito al ser un término relativamente reciente, para ello, vamos a analizar las críticas y propuestas que hace Fernández Sánchez en su obra<sup>78</sup>.

Como primera propuesta nos encontramos ante la posibilidad de que los agentes de policía pudiesen usar un elemento particular de grabación homologado, éste podría ser de gran utilidad para aportar más pruebas en

<sup>77</sup> VOIGT, Rob; P. CAMP, Nicholas; PRABHAKARAN, Vinodkumar; L. HAMILTON, William; C. HETEVY, Rebecca; M. GRIFFITHS, Camilla; JURGENS, David; JURAFSKY, Dan; L. EBERHARDT, Jennifer. “Language from police body camera footage shows racial disparities in officer respect”<sup>78</sup>. *PNAS*. 5 de junio 2017. <https://www.pnas.org/doi/10.1073/pnas.1702413114>

<sup>78</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pedro; FERNÁNDEZ FERREIRA, Enrique Eduardo (pr.). *El uso policial de las bodycam y sus propuestas de mejora*. 1ª edición. Madrid: Editorial Reus, S.A., 2019, pp. 95-114.

los procesos administrativos o penales que derivasen de las actuaciones policiales. Esto significaría que cualquier dispositivo que utilizasen las FCSE sería válido para ser aportado como prueba, pero como bien es sabido estos dispositivos personales hoy día se pueden utilizar sin necesidad de autorización siempre que sea en casos de máxima urgencia, en caso contrario no.

Como segunda propuesta sugiere la incorporación de un nuevo supuesto de videocámara móvil, que combinaría los requisitos de autorización de las grabaciones móviles que poseen autorización, con uno de los modelos que es excluido por la norma, el concerniente a la regulación, control y vigilancia del tráfico.

En la Disposición Adicional Octava de la LO 4/1997, se articula que la autoridad llevará a cabo la instalación y uso de las videocámaras y de cualquier otro medio de reproducción y captación de imágenes para el control, vigilancia, regulación y disciplina del tráfico. Fernández pone el ejemplo de un vehículo de vigilancia del tráfico de los Mossos d'Esquadra que se encuentra circulando por una población y observa en un espacio público urbano una infracción administrativa que está vinculada con la seguridad ciudadana, alguien está utilizando haces de luz para deslumbrar a los conductores, quedando todo grabado, el policía local en ejercicio de sus funciones del núcleo urbano controlado las incidencias que ocurren en el tráfico, como las de seguridad ciudadana.

En este caso se pronunció la ACPD (Autoridad Catalana de Protección de Datos) alegando que este uso se debía regir por las autorizaciones que realiza la LO 4/1997, ya que el sistema de videovigilancia instalado en la parte externa de los vehículos de las FCSE grabará y captará imágenes y sonidos de la vía pública. Así se debería considerar que el régimen aplicable a dicho sistema de videovigilancia es el de la LO 4/1997. En su libro también expone relacionado con este ejemplo último, el hecho de que si

unos agentes en un momento dado proceden al desalojo de un local de concurrencia pública (por ejemplo, una discoteca), al cometerse infracciones graves que obligasen a su cierre. Lo mejor sería, además de describir lo observado en un acta, también aportar imágenes, o grabaciones de imágenes o sonidos, puesto que serviría para que el instructor del procedimiento pudiese valorar mejor la trascendencia y gravedad de los hechos.

Otra propuesta de reforma, podría ser la necesidad de informar al ciudadano de las videograbaciones móviles que se pudiesen realizar, como de la misma manera se hace con las videocámaras fijas, para que así las personas que resulten afectadas o que creyesen que están siendo afectadas por las grabaciones móviles, pudiesen ejercitar los mismos derechos que ejercitan los de las videocámaras fijas. Asimismo, se podría establecer la obligación de redactar un protocolo de actuación de acuerdo al uso de las videocámaras móviles como un libro de registro de imágenes en el que se inscribirían aquellas actuaciones que se han dado, el procedimiento que se ha seguido para activar las grabaciones de imágenes, el día, lugar, hora, e identificación de cada agente.

Por último, sería adecuado proponer la modificación del art. 6.4 de la LO 4/1997, de acuerdo a la eliminación del peligro concreto para la captación de imágenes móviles. Como hemos analizado en nuestro trabajo en las videocámaras fijas se exigía la existencia de un riesgo razonable para la seguridad ciudadana, en cambio en el caso de las móviles simplemente bastaba con un peligro concreto. Por ello argumenta Fernández que las grabaciones de cámaras fijas deberían hacerse con los mismos principios que las móviles, critica que no es comprensible exigir un requisito diferente para justificar el uso de estas últimas. Así se propondría excluir ese requisito por tratarse de una exigencia limitativa de la grabación de muchas situaciones necesarias y de interés de la seguridad ciudadana para la sanción y detección administrativa. El hecho de que se suprima este

requisito igualaría la justificación para realizar una grabación tanto de cámaras fijas como de móviles, lo que llevaría a poder documentar actuaciones policiales que hasta ahora no eran posibles (como las explicadas en los párrafos anteriores). De esta manera se podría ampliar el número de grabaciones que se considera como de “máxima urgencia”.

## VI. CONCLUSIONES

Primera: para concluir este trabajo de investigación tenemos que incidir en que el Reglamento de protección de datos de personas físicas y la circulación de dichos datos, de 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, sirvió a la LO 7/2021 para actualizar la regulación que hasta entonces había definido el concepto de videocámaras. De igual manera, hemos podido observar las diferencias existentes entre la legislación de la Comunidad Autónoma del País Vasco y la LO 4/1997, así como detenernos en el órgano de control y garantía de derechos, esto es, la Comisión de Videovigilancia y Libertades. Asimismo, en cuanto a la fijación de los límites al empleo de las videocámaras por las FCSE, recalcábamos como el orden público y la seguridad sirven como prevención a los peligros que se encuentran sobre los bienes y derechos, como para asegurar a los ciudadanos la libertad y sus derechos fundamentales. En consecuencia, este aseguramiento, como bien apoya la doctrina española, se hace mediante los principios de legalidad, proporcionalidad, adecuación y necesidad de intervención.

Segunda: la doctrina a su vez ha debatido sobre esta circunstancia posicionándose críticamente sobre la regulación, tanto con los choques de los diferentes principios de proporcionalidad, legalidad, adecuación y necesidad de intervención o con los derechos de intimidad, honor y propia imagen. Por ello, la grabación de las videocámaras, tanto fijas

como móviles, con el choque de los principios ha supuesto realizar un juicio para ponderar si efectivamente se estaban lesionando los derechos mencionados o si por el contrario era lícita la captación de imágenes y sonidos. En este sentido la jurisprudencia ha establecido estos principios ayudándonos así a visualizar aquellos derechos que se vulneran, y si efectivamente cumplen los juicios citados.

Tercera: a pesar del esfuerzo regulatorio que ha hecho el legislador en materia de videocámaras todavía se mantienen dudas en torno a la regulación de las videocámaras móviles. Un ejemplo de ello sería, como en las videocámaras fijas se exige un riesgo razonable para la seguridad ciudadana, a diferencia de las móviles que basta con un peligro concreto. La doctrina ha sido crítica con este aspecto, argumentando que ambas videocámaras se deberían regir por los mismos criterios y no exigir un requisito diferente para las móviles, es por ello, por lo que algunos autores han realizado propuestas de mejora para resolver algunos vacíos legales que puede haber en la regulación. Por encima de esto, también hemos podido ver un estudio realizado en Estados Unidos en relación con las *bodycam*, y cómo estas fueron de gran ayuda para sacar a la luz problemas actuales como el racismo, sin embargo y a causa de la escasa regulación, son notorios los obstáculos que podrían acarrear la grabación de imágenes o sonidos por medios de ellas, como son los relacionados con la privacidad o procesamiento de datos.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. Carbonell Sánchez, Miguel; García Jaramillo Leonardo, (coords.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, pp. 1505-1514.

ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier. “Conformidad constitucional de la utilización de la videovigilancia policial”. En: *Videovigilancia, seguridad ciudadana y derechos fundamentales*. Navarra: Aranzadi, S.A., 2010, pp. 1-356.

CALAZA LÓPEZ, Sonia. “Delimitación de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”. *Revista de Derecho UNED*, 2011, núm. 9. pp. 43-59.

CEBRIÁN BELTRÁN, Selena. “Nuevos desafíos en el ámbito de la videovigilancia por las fuerzas y cuerpos de seguridad desde la perspectiva de la LO 7/2021: El difícil equilibrio entre la seguridad y la protección de datos”, en *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, vol. 70/1 enero-junio 2022, pp. 221-251.

DE LA SERNA BILBAO, María Nieves. “Seguridad ciudadana y los sistemas de videovigilancia. Límites, garantías y regulación”. *IUSTA*, n° 45, 2016. pp. 129-163.

DÍEZ RIPOLLÉS, Jose Luis; CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. “La prevención de la delincuencia callejera mediante videocámaras, Regulación jurídica y eficacia”. En: *Polít. Crim.*, vol 4, n° 7 (julio, 2009), pp. 171-196.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pedro; FERNÁNDEZ FERREIRA, Enrique Eduardo (pr.). *El uso policial de las bodycam y sus propuestas de mejora*. 1ª edición. Madrid: Editorial Reus, S.A., 2019. pp. 1-149.

FREIXES SAN JUAN, Teresa. “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los derechos internos de derechos en Europa”. Yolanda Gómez Sánchez (coord.). *Los derechos en Europa*. 1997, pp. 98-114.

GOOLD, Benjamin. “Videovigilancia y derechos humanos”. En *Ciudadanos, ciudades y videovigilancia. Hacia una utilización democrática y responsable de la videovigilancia*. Montreuil: Foro Europeo para la Seguridad Urbana, pp. 1-236.

PADRÓS REIG, Carlos. “Videovigilancia y Estado autonómico. Comentario a propósito de la actividad normativa de despliegue de la Ley Orgánica 4/1997”. *Revista de administración pública*. 2000, nº 151, pp. 1-24.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad*. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, pp. 1-149.

PERELLO DOMENECH, Isabel. “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”. *Jueces para la democracia*, nº 28, 1997, pp. 69-75.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús. “Videovigilancia y derecho a la intimidad: ¿Un nuevo ejemplo de conflicto entre el derecho a la seguridad pública y el derecho fundamental a la intimidad?”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 1, 1997, pp. 401-412.

RODRÍGUEZ COARASA, Cristina. *Constitución Española. Congreso*. (Última consulta: 24/04/2023). Disponible en el URL: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=9&tipo=2>

SÁNCHEZ GIL, Rubén. *El Principio de proporcionalidad*. Universidad Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp 1-140.

## Legislación

Directiva (UE) 2016/680 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. Boletín Oficial del Estado, de 4 de mayo de 2016.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). DOUE. L119, de 4 de mayo de 2016.

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, n° 311.

(Derogada). Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal. Boletín Oficial del Estado. 30 de diciembre de 2008, n° 350.

Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Boletín Oficial del Estado, de 10 de octubre de 1979, n° 243.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Boletín Oficial del Estado. 14 de mayo de 1982, n° 115.

Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos. Boletín Oficial del Estado, 5 de agosto de 1997.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Boletín Oficial del Estado, 6 de diciembre de 2018, n° 294.

Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales. Boletín Oficial del Estado. 27 de mayo de 2021, n° 126.

DECRETO 168/1998, de 21 de julio, por el que se desarrolla el régimen de autorización y utilización de videocámaras por la Policía del País Vasco en lugares públicos regulado en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto. Boletín Oficial del País Vasco, n° 142, de 29 de julio de 1998.

DECRETO 309/2005, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Vasca de Protección de Datos. Boletín Oficial del País Vasco, 9 de noviembre de 2005, n° 213.

*Alcance y límites de la utilización de videocámaras por las FCSE  
con especial referencia a las bodycam en la ertzaintza*

LEY 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos. Boletín Oficial del País Vasco, nº 44, de 4 de marzo de 2004.

ORDEN de 15 de abril de 2011, del Consejero de Interior, por la que se establece el contenido y diseño de los carteles informativos de la instalación y uso de videocámaras fijas por la Policía del País Vasco. Boletín Oficial del País Vasco, nº 82, de 3 de mayo 2011.

ORDEN de 22 de abril de 2021, del Vicelehendakari Primero y Consejero de Seguridad, por la que se modifica y publica la composición de la Comisión de Videovigilancia y Libertades creada por el Decreto 168/1998, de 21 de julio, por el que se desarrolla el régimen de autorización y utilización de videocámaras por la Policía del País Vasco en lugares públicos. Boletín Oficial del País Vasco, nº 94, de 14 de mayo de 2021.

### **Jurisprudencia**

STEDH Caso De la Flor Cabrera c. España, de 27 de mayo de 2014 (Demanda nº 10764/09), ECLI:CE:ECHR:2014:0527JUD001076409

STC, nº 108/1986, de 29 de julio de 1986. ECLI:ES:TC:1986:108.

STC, nº 170/1987, de 30 de octubre de 1987. ECLI:ES:TC:1987:170.

STC, nº 231/1988, de 2 de diciembre de 1988. ECLI:ES:TC:1988:231.

STC, nº 214/1991, de 11 de noviembre de 1991. ECLI:ES:TC:1991:214.

STC, nº 85/1992, de 8 de junio de 1992. ECLI:ES:TC:1992:85.

STC, nº 341/1993, de 18 de noviembre de 1993. ECLI:ES:TC:1993:341.

STC, nº 143/1994, de 9 de mayo de 1994. ECLI:ES:TC:1994:143.

STC, nº 66/1995, de 8 de mayo de 1995. ECLI:ES:TC:1995:66.

STC, nº 207/1996, de 16 de diciembre de 1996. ECLI:ES:TC:1996:207.

STC, nº 37/1998, de 17 de febrero de 1998. ECLI:ES:TC:1998:37.

STC, nº 171/1999, de 27 de septiembre de 1999. ECLI:ES:TC:1999:171.

- STC, nº 81/2001, de 26 de marzo de 2001. ECLI:ES:TC:2001:81.
- STC, nº 119/2001, de 24 de mayo de 2001. ECLI:ES:TC:2001:119.
- STC, nº 14/2003, de 28 de enero de 2003. ECLI:ES:TC:2003:14.
- STC, nº 72/2007, de 16 de abril de 2007. ECLI:ES:TC:2007:72.
- STC, nº 158/2009, de 25 de junio de 2009. ECLI:ES:TC:2009:158.
- STC, nº 29/2013, de 11 de febrero de 2013. ECLI:ES:TC:2013:29.
- STC, nº 43/2015, de 27 de marzo de 2014. ECLI:ES:TC:2014:43.
- STC, nº 189/2016, de 14 de noviembre de 2016. ECLI:ES:TC:2016:189.
- STS, nº 1517/2006, de 17 de marzo de 2006. Roj: STS 1517/2006. ECLI: ES:TS: 2006:1517.
- STS, nº 232/2013, de 25 de marzo de 2013. Roj: STS 3119/2013. ECLI:ES:TS: 2013:3119.
- STS, nº 556/2014, de 10 de octubre de 2014. Roj: STS 3858/2014. ECLI:ES: TS:2014:3858.
- STS, nº 203/2015, de 23 de marzo de 2015. Ref. CENDOJ, Roj: STS 1528/2015. ECLI:ES:TS:2015:1528.
- STS nº 569/2020, de 30 de octubre de 2020. Roj: STS 3772/2020. ECLI: ES:TS:2020:3772.
- SAN 30/2012, 19 de junio de 2012. ECLI: ES:AN:2012:3041. FJ: 1º.

### **Doctrina Administrativa**

AGENCIA VASCA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Legislación, Normativa autonómica (Comunidad Autónoma de Euskadi). (Última consulta 07/07/2023). Disponible en el URL: <https://www.avpd.euskadi.eus/webavpd00-home/es/>

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Gabinete jurídico. *Informe jurídico sobre el uso de cámaras privadas por parte de la Policía local*, nº pp. 1-6. (Última consulta 26/04/2023). Disponible en el URL: <https://www.aepd.es/sites/de->

fault/files/2019-09/informe-juridico-rgpd-uso-camaras-privadas-por-la-policia.pdf

DE LAS HERAS, Ainhoa. “La Policía municipal grabará con cámaras sus actuaciones”. *El Correo*. 7 de marzo de 2023. (Última consulta 26/04/2023). Disponible en el URL: <https://www.elcorreo.com/bizkaia/policia-municipal-grabara-camaras-actuaciones-20230307010327-nt.html>

EUSKADI.EUS. Departamento de Seguridad, Comisión de Videovigilancia y Libertades. (Última consulta 07/07/2023). Disponible en el URL: <https://www.euskadi.eus/informacion/comision-de-videovigilancia-y-libertades/web01-s2segur/es/>

EUSKADI.EUS. Instalaciones fijas de videocamaras gestionadas por la policía del País Vasco y autorizadas por el viceconsejero de seguridad 29-11-2016. Ed. Dirección de coordinación de seguridad, 29 de noviembre de 2016. pp. 1. (Última consulta 07/07/2023). Disponible en el URL: [https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/comision\\_videovig\\_libertades/es\\_def/adjuntos/Instalaciones-videovigilancia-por-tipo-29-11-2016.pdf](https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/comision_videovig_libertades/es_def/adjuntos/Instalaciones-videovigilancia-por-tipo-29-11-2016.pdf)

MUJICA, Mikel. “Bodycams en la Ertzaintza: Agentes de la comisaria de Irún ya trabajan con cámaras en sus uniformes”. *Noticias de Gipuzkoa*. 10 de Noviembre de 2021. (Última consulta 26/04/2023). Disponible en el URL: <https://www.noticiasdegipuzkoa.eus/sociedad/2021/11/10/body-cams-ertzaintza-agentes-comisaria-3648539.html>

VOIGT, Rob; P. CAMP, Nicholas; PRABHAKARAN, Vinodkumar; L. HAMILTON, William; C. HETLEY, Rebecca; M. GRIFFITHS, Camilla; JURGENS, David; JURAFSKY, Dan; L. EBERHARDT, Jennifer. “Language from police body camera footage shows racial disparities in officer respect”. *PNAS*. 5 de junio 2017. (Última consulta 26/04/2023). Disponible en el URL: <https://www.pnas.org/doi/10.1073/pnas.1702413114>



# Emakumearen posizio juridikoa baserriaren transmisioan: Bergarako eta Zestoako kasuen azterketa

Leire GOROSTIZA ETXEBERRIA

Zuzenbide Gradua eta Abokatutza Masterra, Deustuko Unibertsitatean  
Lege Soziologiako Masterra, Oñatiko Lege Soziologiako Nazioarteko Erakunde  
Ikerlari doktoregaia Zuzenbide Zibilean, Euskal Herriko Unibertsitatean

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 21/01/2024

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 17/07/24

**Laburpena:** Euskal familia-ondarea, historikoki, baserriari lotuta egon da; hain zuzen ere, familiaren biltoki eta bizileku bezala, bai eta kide guztientzat bizirau-  
teko bitarteko gisa ere. Horrela, nekazaritza-, abeltzaintza- eta artisau-jarduerak  
barne hartu dituen unitate ekonomikoa izan da. Tradizioek, usadioek eta antzi-  
na-antzinatik erabilitako ohiturek erraztu dute, belaunaldiz belaunaldi, ezkontza-  
ren, dohaintzaren eta oinordetzaren bitartez haren transmisio indibisioa familian.  
Helburua argia izan da: bere balio ekonomikoaren galera saihestea. Praktika horiek  
lege- testuetan jaso ziren ondoren, eta beste lurralde erkide batzuetako ohitura  
eta legeen kontrakoak ere izan ziren: euskal familiak familia-ondarea jasotzeko  
gaitasun eta berme handiena zuen pertsona aukeratzeko, haren mantenua eta  
oparotasuna ziurtatzeko, generoa edozein izanik ere. Ikerketak, denbora jakin ba-  
tean, Gipuzkoako bi herritan, Bergaran eta Zestean, emandako dokumentu his-  
toriko-notarialak aztertzen ditu, emakume baserriarrei egindako elkarrizketekin  
batera, emakumeak baserriaren transmisioan eta familia erabaki haiek hartzean

zuen garrantzia erakusteko. Eskuratutako ondorioei esker, emakumeak familia eta familia-ondarea transmititzeko unean duen benetako posizio juridikoa ezagutu ahal izan dugu, eta horrek egungo gizartean, berdintasunean eta errespetuan sakontzen, eta aurrerapausoak ematen lagunduko du.

**Gako-hitzak:** baserri; familia; jabetza; familia-ondare; ohitura; transmisio; emakume; oinordetza; dokumentu notarial.

### **Posición jurídica de la mujer en la transmisión del caserío: estudio de los casos de Bergara y Zestoa**

**Resumen:** El patrimonio familiar vasco ha estado constituido históricamente en torno al *baserri*, entendido este como entidad que representaba la residencia familiar y medio de vida de todos sus miembros, así como una unidad económica agrícola, ganadera e, incluso, artesanal. Tradición, usos y costumbres inmemoriales facilitaban su transmisión indivisa en la familia, generación tras generación, con motivo de matrimonio, donación o herencia, evitando la pérdida de valor económico. Estas prácticas fueron recogidas posteriormente en textos legales, a pesar de ser diferentes o incluso contrarias a costumbres y leyes de otros territorios peninsulares: la costumbre vasca consistía en elegir a la persona con mayor capacidad y garantías para recibir el patrimonio familiar, asegurar su mantenimiento y procurar su prosperidad, independientemente de su género. El estudio analiza documentos notariales otorgados en dos poblaciones de Gipuzkoa durante un periodo determinado, Bergara y Zestoa, junto a entrevistas a mujeres *baserritarras*, para mostrar la relevancia que ocupaba la mujer en la transmisión del *baserri* y en la adopción de aquellas decisiones familiares. Las conclusiones nos permitirán conocer y acreditar su posición jurídica en la familia y en el momento de transmitir el patrimonio familiar, lo que contribuirá a seguir profundizando y tomando iniciativas en igualdad y respeto en la sociedad actual.

**Palabras clave:** *baserri*; familia; propiedad; patrimonio familiar; costumbre; transmisión; mujer; herencia; documentos notariales.

**Legal position of women in the transmission of the hamlet:  
study of the cases of Bergara and Zestoa**

**Abstract:** The Basque family heritage has historically been constituted around the *baserri*, understood not only as a meeting place, family residence and livelihood for all its members, but also as an agricultural, livestock and even handicraft economic unit. Tradition, uses and customs facilitated its undivided transmission in the family, generation after generation, on the occasion of marriage, donation or inheritance, avoiding the loss of economic value. These practices were later included in legal texts, which turned out to be different or even contrary to the customs and laws of other territories: the Basque family chose the person with the highest capacity and guarantees to receive the family patrimony, to ensure its maintenance and prosperity, regardless of gender. The study analyzes notarial documents granted in two towns of Gipuzkoa during a certain period, Bergara and Zestoa, together with interviews to women *baserritarras*, to show the relevance that the woman occupied in the transmission of the *baserri* and in the adoption of those family decisions. The conclusions will allow us to know and accredit their true legal position in the family and at the moment of transmitting the family patrimony, which will contribute to continue deepening and taking initiatives in equality and respect in today's society

**Key words:** *baserri*; family; property; family patrimony; custom; transmission; women; inheritance; notarial documents.



*Artikulu honek, 2022-2023 ikasturtean, Oñatiko Lege Soziologiako Nazioarteko Erakundearen egindako Master Amaierako Lanari egiten dio erreferentzia; hain zuzen ere, bi zuzendariren gidaritzapean egin dena. Batetik, Itziar Alkorta Idiaketz, Zuzenbidean doktorea eta Euskal Herriko Unibertsitateko Zuzenbide Zibileko irakaslea, proiektuaren dimentsio juridikoa eta genero-ikuspegia gainbegiratzeaz arduratu da. Eta, bestetik, Martin Ramstedtek, Filosofian doktorea, gizarte eta kultura antropologian, gizarte psikologian eta europar etnologian espezializatua eta Max Planck Institutuko (Halle, Alemania) Zuzenbide eta Antropologia Saileko ikertzailea, soziologiarekin lotutako zatiaren zuzendaritza hartu du bere gain, baita metodologia kuantitatibo eta kualitatiboen ezarpena ere.*

*Lan hau zuzentzeko lanetan Roldan Jimeno Aranguren, Jose Ramon Bengoetxea Caballero eta Rosa Ayerbe Iribar egon dira, eta beren zuzenketa, iruzkin naiz gomen-dioak eskertu eta aintzakotzat hartu dira.*

*Halaber, 2024ko urtarrilaren 29an, Iura Vasconiaeek Donostiako Ibaetako Zuzenbide Fakultatean antolaturiko “Emakumearen egoera Baskoniako zuzenbide historikoan” izenburupeko XXII. Sinposioan lan hau aurkeztu da.*

AURKIBIDEA: I.- SARRERA. II.- MARKO TEORIKOA. III.- IKERKETA-GALDERAK. IV.- METODOLOGIA. 4.1) Metodologia kuantitatiboa: dokumentu notarialen analisia. a) *Denbora-eta lurralde-eremua*. b) *Laginaren deskribapena*. c) *Gipuzkoako Probintziako Artxibo Historikoa*. 4.2) Metodologia kualitatiboa: bizitza-historien elkarrizketak. V.- IKERKETAREN AURKEZPENA ETA EMAITZEN ANALISIA. 5.1) Dokumentu historiko notarialak. 5.2) Bizitza-historien elkarrizketak. VI.- ONDORIOAK. VII.- BIBLIOGRAFIA.



## I. SARRERA

Proposatutako ikerketaren garapena eta azalpena erraztuko duen baserriaren definizioa lortzeko, indarrean dagoen Euskal Zuzenbide Zibilari buruzko Legea jo da, hots, 5/2015 Legea, ekainaren 25ekoa, Eusko Legebiltzarrak onartua (aurrerantzean EZZL); hain zuzen ere, Ondareari buruzko Zuzenbidearen Printzipioak deituriko Lehenengo Tituluko 12. artikulura:

«Baserria, izatez, familiaren ustategia da, nekazaritzaren arlokoa nahiz abeltzaintzaren arlokoa; ustategi hori eratzen dute landetxeak berak, eta, horrekin batera, osagai higigarri desberdinek, abelburuek, ustiatze-eskubideek, makineriak, instalazioek, eta, orobat, landa, lursail edo mendi batek edo batzuek. Lursail edo landa horiek landetxearen ondoan egon daitezke edo horretatik aparte, eta, halakoak izendatzeko, baserriari dagozkion lurra direla esan ohi da»<sup>1</sup>.

Era berean, Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiko Arlo Zibileko eta Penaleko Salak, Euskal Zuzenbide Zibilaren aginduak interpretatzeko eta integratzeko bere lanean, EAEn jurisdikzioa duten auzitegien ebazpenetatik eratortzen den doktrina bateratuz, azaroaren 4ko 12/2017 epaian baserriaren definizio eguneratu eta interesgarria eskaintzen digu:

---

<sup>1</sup> 5/2015 Legea, ekainaren 25ekoa, Euskal Zuzenbide Zibilari buruzkoaren 12.art.

«[...] unidad de explotación rural constituida e integrada por un conjunto de elementos afectos a la misma, que la propician y hacen viable y sostenible económicamente»<sup>2</sup>.

Indarrean dagoen araudian, haren aplikazioan eta epaitegiek ematen dituzten ebazpenetan, familia-ondarearen, haren erabileraren eta gozamenaren, kontserbazioaren eta ustiapenaren inguruko interes-gatazkek sortzen direnean, bai eta *inter vivos* edo *mortis causa* transmisioaren ingurukoak ere, ez dugu gaur egun arau edo interpretaziorik aurkitzen, erantzukizun eta titulartasun hori esleitzean genero-lehentasuna edo -diskriminazioa adierazten duenik. Zentzu horretan, EAEko Lege Zibilak, indarrean dauden beste araudi batzuek bezala, bilakaera bat izan du, harik eta gizonak eta emakumeak jabetzari, familia-ondareari eta haren transmisioari dagokienez duten posizio juridikoa erabat parekatu arte, zuzeneko diskriminaziorik sortu gabe.

Baina, hori beti horrela izan da? Euskal matriarkatuaren mito iraunkorraren aurrean, egun ez dugu emakumeak baserriaren oinordekotzan duen benetako zeregina argitzen duen ikerketa kuantitatibo eta kualitatiborik. Ikerketa honen bitartez, emakumeak Euskal Zuzenbide Zibil historikoaren testuinguruan duen posizioa zein den argitu nahi da, bereziki baserriaren transmisioari dagokionez. Horrela, familia-ondarearen oinordetzan generoak duen lehentasuna argitu nahi da, horretarako, gure historiako momentu esanguratsu batean praktika juridiko baten hedapenaren irismena aztertuz, gerora lege-testuetan jasoa izan dena.

Euskal matriarkatuaren mito hori behin eta berriz berpizten da esplizituki edo inplizituki; emakumeak familia-egituraren ama eta funtsezko zutabe gisa duen eginkizun idealizatua zalantzan jartzen denean, bai eta tradizioak transmititzeko eta aldaketaren aurrean jarraitutasuna bermatzeko duen funtzioa ere zalantzan jartzen denean ere (del Valle et al. 1985;

<sup>2</sup> EAEko JANren 3208/2017 Epaia, azaroaren 4koa, 11/2017 errezk.zk.

Ugalde, 1996). Ikerketa honek oinordetza matrilinealaren tesiei heltzean genero-ikuspegi argia hartzen badu ere, bere helburu nagusia hurrengoa da: emakumeak unitate ekonomiko horren transmisioan duen zereginari buruzko oinarri zientifiko sendoa eskaini eta gizarteko produkzio-sistema horren barruan duen rola aztertzea<sup>3</sup>. Azterlan honen emaitzak baliagarriak izan nahi du, ez bakarrik emakumeak gure memoria kolektiboan duen zeregina aldarrikatzeko, baizik eta, halaber, gaur egun gizonen eta emakumeen arteko eskubide eta erantzukizunen errespetua eta parekatzea indartuko dituen lege-hobekuntza eta -garapena bultzatzeko, familia-ondarearen transmisioan parte hartzeari buruzko gaitetan, lehen baserrian zentratua, zeina gaur egun euskal ekonomian hain presentzia garrantzitsua duen familia-enpresarekin pareka baitezakegu, baita ondare eta enpresa horien gaineko zuzendaritza-erantzukizunak esleitu, onartu eta gauzatzean ere, “kristalezko sabai” zaharrak hausten jarrai dezaten<sup>4</sup>.

Planteatutako galderei modu kritikoan erantzuteko, beharrezkoa da landu nahi dugun une eta testuinguru historiko espezifikora egokitutako diziplinarteko metodologia bat erabiltzea, aztergai dugun denbora- eta geografia-irismena kontuan hartuta. Beraz, ikerketa XVI. mendean zentratzen da, zehazki 1500 eta 1600 urteen arteko aldiari. Hautaketa hori baserriaren transmisioarekin zerikusia duten dokumentu notarialen ugaritasunean oinarritzen da. Aukeratutako lurraldeari dagokionez, azterketa Gipuzkoako bi landa-udalerritan egin da, non historikoki baserriak presentzia esanguratsua izan duen: Bergara eta Zestoa. Ikerketa-lan hau aurkeztuko dudan pres-takuntza-programan eskuratutako gaitasunak baliatuz, zuzenbideko, histor-riako eta soziologia juridikoko diziplinetako teknikan oinarrituko naiz.

<sup>3</sup> Ikerketa honen oinarria Ayerbek 2022an Donostiari eta Gipuzkoari buruzko Azterlan Historikoen Aldizkarian argitaratutako ikerketa da: *De la libertad de elección de heredero mayorazgo masculino*. Gipuzkoa (XV-XVIII. mendeak).

<sup>4</sup> Ildo horretatik, Emakunde-Emakumearen Euskal Erakundeak, behin eta berriz, irizpide horiek berak azaltzen ditu, Jaurilaritzak eta Eusko Legebiltzarrak legeak onartu aurretik.

Horrela, ezinbestekoa da Euskal Lurralde Historikoetako Foru Zuzenbide Zibilaren historia aztertzea, indarrean dagoen araudian Euskal Zuzenbide Zibil gisa eguneratu baita haren izena, baserriarekin lotutako ohiturazko praktika juridikoak sakon aztertuz; izan ere, baserriaren errealitatea eta haren transmisioa garrantzi handiko erakundea izan da euskal familiarentzat eta gizartearentzat. Ikerketa honen helburua baserriaren transmisioari eta denboran zehar gaur egun arte testuinguru sozialekin izan duen interakzioari buruzko ezagutza osatuagoa eskaintzea da, betiere gure gizarteak izan dituen aldaketa nabarmenak eta jarduera ekonomikoaren eta ondarearen eredu berriak kontuan hartuta, horiek familari eusteko eta aurrera egiteko balio baitute, eta, beraz, transmisioarekin ere zuzenean daude lotuta. Abiapuntu moduan eta funtsezko oinarri gisa, euskal ordenamendu juridikoaren iturri historikoa den ohiturarekin egingo dugu topo, lege-testu batean jasotakoaren indar bera zuena. Arau edo ohitura juridiko horien jatorria usadio edo praktika sozialetan zegoen, eta nahierara aplikatzen ziren, hau da, epaileak arazo bihurtuta konpontzeko bidezkoa eta egokia zer zen ikertuz (Monreal, 2021:124). Uste osoa dut azterlan honen ondorioek lagunduko dutela etorkizunera begira proiektatzen ari diren euskal erakunde historikoek kontzientzia hartzeko, emakumearen aukera-berdintasunean errespetuan eta begirunean sakontzen jarraitzeko, eta, aldi berean, ikuspegi berriak eskainiko dizkigu Euskal Zuzenbide Zibil garaikidea, ekitatibo eta bidezkoa erakitzeko bidean aurrera egiteko.

## II. MARKO TEORIKOA

Baserriaren kontzeptu ekonomikoa grezierazko *oikos* hitzetik dator, beraz, funtsezkoa da etxetik hastea, hots, ekonomiaren oinarrietatik. Hala ere, garrantzitsua da azpimarratzea antzinako Grezian *oikoak* ez zirela etxeari buruzkoak bakarrik, familiari, etxeko langileei eta horri lotutako ondasunei buruzkoak ere baziren (Gallego 2003:19). Baserriak zati ukigarri bat hartzen du: etxea, ondasunak, laboreak, fruituak eta gauda, eta baita hilobiak elizan duen espazio fisikoa ere. Nekazaritza eta abeltzaintzako ustiategi mistoa da, familia osoak lantzen duena. Baina dimentsio sozial nabarmena ere badu. Familia-etxea da, bertan jaiotzen direnei nortasun bat ematen diena, baita bertatik kanpo bizi direnei ere, beren lege-sistema, ohitura, hierarkia, lan-banaketa eta ugalketa-modu biologiko eta sozialekin. Eraikinaz gain, baserria erakunde ekonomikoa, sozial eta juridikoa oso bat da (Caro Baroja 1988; Santana 1993).

Euskal baserria garai historiko luze batean zehar gure herrian indarrean egon zen egitura ekonomikoa, familiar eta sozial mota baten berezitasun guztiak irudikatzen dituen ikurra izan da. Antolatze modu horrek eragin handia izan du gure erakunde juridikoa sustraituenetako askoren sorreran, mantenuan eta garapenean. Goikoetxeak (2016:251) adierazi du baserria ez zela etxebizitza hutsa, baizik eta familiarren ekoizpen-rako eta antolaketarako funtsezko unitatea. Horri loturik, pertsonak eta baliabideak integratzen zituen familia-, gizarte- eta ekonomia-jarduera batean, batez ere nekazaritzan, eta, bere burua hornitzeko gune sozial gisa eta izaera familiarreko nekazaritza-ustiategi txiki gisa jarduten zuen. Oliverik (2007:41) ezartzen duen bezala, etxeak, erakunde eta eraikuntza ideologiko gisa, berebiziko garrantzia zuen Gipuzkoako XVI. mendeko praktika sozialetan eta diskurtso politikoetan.

Santanak (2001:15), gaur egun baserriari buruz egin den arkitektura-berrikuspen nabarmenena egin duenak, baserria familia-etxebizitza

edo nekazaritza eta abeltzaintzako ustiategi baten erdigunea izatetik haratago doala zehaztu du. Aitzitik, gune sakratu bat da, arbasoen memoria gordetzen duena eta kultura erreproduzitzeko babesleku gisa jarduten duena. Aldi berean, baserriak nortasun propioa du eta auzo-harremantetan eta komunitate-bizitzan eskubideak eta erantzukizunak bereganatzen ditu. Nortasunaren eta betebeharren ezaugarri horiek okupatzaileei jakinarazten edo transferitzen zaizkie, eta, askotan, familiaren abizena ere ordeztzen dute. Horrela, baserria betikotu egiten da bertan lan egiten duten gizon eta emakumeen belaunaldien bidez, transmititutako tradizioaren gordetzaille huts bihurtuz. Ildo horretatik, Berriochok (2013:335) ezartzen du baserriak, familia-unitate ekonomiko gisa, paper garrantzitsua betetzen zuela nortasun-iturri gisa, baina beharrezkoa da azpimarratzea nortasun horrek aldaketak izan zitzakeela. Azken batean, kide izateko bi modu baino ez ziren onartzen: jaiotzen zen familia eta ezkontzen zinen familia. Oinordekoen edo ezkongabe zeudenen kasuan, errealitatea unitate bakar batera mugatzen zen.

Oliverik (2007:41) azpimarratzen du etxea eta familia arlo publikoaren eta pribatuaren konbinazio bat zirela, eta unitate bat osatzen zutela ugalketari, produkzioari, kontsumoari eta politikari dagokienez. Era berean, erakundeek kide indibidualak barne hartzen zituzten, gizonak zein emakumeak; hain zuzen ere, egitura hierarkiko baten barruan zeudenak. Familia-organigraman zuten posizioak eragin nabarmena zuen haien bizitzari gehien eragiten zioten erabakietan, hala nola oinordetzan, ezkontzan eta lanbidean, bai eta esleitzen zitzaizkien funtzioetan ere. Ugalketa-estrategietan eta familia eta etxea funtsezko zutabeak ziren ekonomietan, gauzen neurria ez zen hainbeste gizabanako isolatuarengan, baizik eta familiaren eta etxearen multzo horretan. Familia-eremuko gobernu-jardunbideek eta Gipuzkoako kapareek XVI. mendean ezarritako harremanek, notario-protokoloak eta lege-aztiak bezalako dokumentuetan agerian geratu direnek, etzekoen unitateen barne-antolamendua eta

familia- hierarkia islatzen dute. Emakumearen egoera bere generoagatik eta leinuaren eta etxearen egituretan integratzeagatik definitzen da, eta legeak ezarritakoaren eta errealitatean gauzatutako soziabilitate-moduen artean dago. Zuzenbidearen eta praktikaren arteko elkarreagin dialektikoa dago, baita genero-diskurtsoaren eta emakumeek betetzen dituzten funtzioen artekoa ere, eta elkar baldintzatzen eta eragiten dute.

Gipuzkoako lurralde historikoan, familia-ondarearen transmisioan, zuzenbide idatziaren eta praktika juridikoaren arteko tentsioa areagotu egiten zen, XVI. mendean ez baitziren idatziz jaso Gipuzkoako ohiturak, eta aplikatzen zen zuzenbidea, funtsean, ohiturazkoa zen, kontraesanean baitzegoen Gaztelako zuzenbidearekin, zeinaren eraginpean garatzen baitzen garai hartan lurraldearen bizitza juridikoa.

Euskal Zuzenbide Zibilaren<sup>5</sup> jatorrizko ezaugarri nagusia hurrengoa da: ohiturazkoa izaera. Ildo horretatik, Monasteriok (2016:61) jasotzen du sistema juridiko-zibil hau tradizioan errotutako usadiotik eta ohituratik sortzen dela, eta horiek denboran zehar eboluzionatzen joan direla, gizartearen eskaerekin batera. Herri-jatorriko Zuzenbidea da, dinamikoa, praktikoa eta etengabe aldatzen ari dena, gizartearen behar aldakorreari erantzun eta irtenbide juridikoak ematen dizkiena. Halaber, Ayerbek (2001:305) dio Euskal Zuzenbide Zibila funtsezko hiru erakunde osatzen dutela: jabetza, familia eta herentzia. Erakunde horiek ohituraz arautu dira aspaldiko garaietatik, eta, beraz, Batzar Nagusiek onartutako legezko Foruetan Erdi Aroaren amaieran egungo euskal lurralde historikoetako ohitura tradizionalak idatziz biltzen edo dokumentatzen hasten direnean, landa-jabetzen lege-egitura erabat ezarrita dago. Hala ere, garrantzitsua da azpimarratzea egungo EAE osatzen duten euskal

<sup>5</sup> Euskal Zuzenbide Zibila edo Euskal Herriko Foru Zuzenbide Zibila. Azken hori da Euskal Autonomia Erkidegoko Foru Zuzenbide Zibilari buruzko 1992ko Legetik Euskal Zuzenbide Zibilari buruzko 2015eko Legera arte erabili den lege-adiera ofiziala, eta egokia da biak erabiltzea.

lurraldeetako bakoitzak berezko bilakaera historikoa izan duela eta bere sistema juridikoa garatu duela.

Bizkaiaren kasuan, beharrian horiek legezko Foru batean islatu ziren, Batzar Nagusiek onartua, eta, horrela, arau-esparru sendo bat eman zen, errotutako ohituren ziurtasuna bermatuz, orain lege bihurtuak (Monreal, 2021:151). Beste kasu batzuetan, Gipuzkoakoan bezala, ez zen Forua<sup>6</sup> idatziz jarri, eta hau ohitura moduan babestu zen (Ayerbe 2019). Celayak zioena mahaigaineratuz (1993:303), doktrinak nabarmentzen du Gipuzkoa uharte gisa geratu zela Foru Zuzenbide Zibila zuten lurraldeen artean. Monasteriok (2016:62) dioenez, gure euskal kultura juridiko-zibilaren ondare historikoa sistema zibil bizia izatean datza, eta sistema hori berri eta eguneratu egiten da behar sozial berriak sortu bezain laster. Erantzun hori interes orokorrean oinarritutako komunitatearen adostasunaren eta akordioaren emaitza izango da, eta berretsi egingo da behin eta berriz eta denbora aurrera joan ahala, eta ohiturazko erabilera juridikoa edo zuzenbidea izango da. Gure sistema juridikoaren ohiturazko jarauntsi hori euskal lege-foruak arautzen dituzten legeen Hitzaurrean islatzen da. Bertan ezartzen denez, lege horiek ordura arte izandako usadio eta ohituren isla dira, eta, orain, lege-testuan jasotzen dira. Euskal Zuzenbide Zibilari buruzko Legearen zioen azalpenak berak, bigarren atalean, honako hau adierazten du: «[...] *Euskal Herrian oinordetza-zuzenbidea beti izan dela ohiturazkoa, salbu eta Aiarako Forua eta Bizkaiako tronkalitate arauak eta idatzizko beste arau solte batzuk*»<sup>7</sup>. Zentzu horretan, Euskal Zuzenbide Zibilaren funtsa Foruetan jasotako ohituretan datzala baieztatu da, eta Gipuzkoako Zuzenbideak ez duela inoiz ohiturazko izaera galdu (Albaladejo eta Díaz 1997:45). Hortaz, ohitura da Euskal

<sup>6</sup> Gipuzkoako Foruen, Pribilegioen, Legeen, Ordenantzen, Erabilera Onen eta Ohituren Bilduma Berria, 1696an argitaratua. Honek ez zuen gipuzkoarrek beren zuzenbide pribatu berezia Probintzia osorako idatzia izateko zuten asmoa jasotzen.

<sup>7</sup> 5/2015 Legea, ekainaren 25ekoa, Euskal Zuzenbide Zibilari buruzkoa, zioen azalpena, II.

Zuzenbide Zibilaren oinarria, eta, Serradillak (2000:174) dioen bezala, azpimarratzekoa da Gipuzkoako zuzenbidearen ohiturazko iraunkortasuna, nahiz eta batzuetan legearen aurka borrokatu behar izan.

Are gehiago, Euskal Zuzenbide Zibilari buruzko Legeak hauxe dio zioen azalpenaren lehenengo atalean: «*urriak izan direla beti Gipuzkoako Foru Zibilaren idatzizko iturriak, ohiturazko zuzenbidea izan delako beti lurralde hartako zuzenbide pribatuaren funtsezko iturria*»<sup>8</sup>. Bertan nabarmentzen da 1999. urteko legea aldatzeak eta eguneratzeak Gipuzkoan izan zuten garrantzia; hain zuzen ere, Eusko Legebiltzarrak onartutako Euskal Herriko Foru Zuzenbide Zibilari buruzko uztailaren 1eko 3/1992 Legean (aurrerantzean EHFZYL) Gipuzkoa beste bi lurralde historikoekin parekatzen zuten araudia txertatu zenean.

Historiak erakutsi du, sarritan, legegileak legea gailentzeko zuten nahia ez dela bete, praktikan ohiturara jo baita boterearen arbitrariotasunari aurka egiteko. Hala ere, aitortu beharra dago, egun, zaila dela administrazioen legegintza-jarduera biziaren aurrean ohitura berriak sortzea. Modu horretan, historikoki legearen aurkako ohiturazko praktikak egon dira, hala nola testamentu-ahalordea erabiltzeko epea, oinordetza-itunak edo testamentu mankomunatuaren erabilera eta baserriaren *mortis causa* eskualdaketa, biak Gipuzkoan.

Gipuzkoaren kasuan, doktrinaren arabera, ohitura zahar eta errotuenetako bat baserriari indibiso eustea zen, ondorengo bakar baten alde eginez (Navajas 1975). Praktika horiek errotutako tradizioetan oinarritzen ziren, eta agintariek errespetatu egiten zituzten, euskal probintziak Gaztelako Koroan sartu arren. Gipuzkoak, ordea, ez zuten idatzizko foru- eskubiderik, eta teoriarik Gaztelako legeak arautzen zuten. Hala ere, Gaztelako zuzenbideak, nagusiki Toroko Legeetan ordezkaturia, beste botere-harreman mota batzuk ezartzen zituen familiaren barruan. Etxea eta

<sup>8</sup> 5/2015 Legea, ekainaren 25ekoa, Euskal Zuzenbide Zibilari buruzkoa, zioen azalpena, I.

bere kideak *pater familias* autoritate bakarraren menpe zeuden. Emakume ezkonduen kasuan, Toroko Legeek murrizketa nabarmenak ezartzen zituzten haien ekintza-gaitasunari dagokionez. Familia-ondarearen administrazioa, jabetza nahitaez ez izan arren, senarraren esku zegoen soilik, eta horrek emakumeak ezkontzara ekarritako zuzkidura- ondasunei eta bestelako aktiboei eragiten zien. Senarrak bere ondarea gaizki administratuz gero emakumeak balia zitzakeen berme legalak oso txikiak ziren. Gainera, Toroko Legeek legezko gutxiengoa ezartzen zieten ezkondatako emakumeei, edozein motatako kontratu edo transakziorako ezkontza-lizentzia behar baitzuten. (Oliveri 2007:43).

1505ean onartutako Toroko Legeek Gaztelako Zuzenbide Zibilaren oinarriak ezarri zituzten eta maiorazkoaren arauketa xehetasunez jorratu zuten, nobleziak aldaketa garai batean zuen garrantzia islatuz. Honako baldintza honen pean utzitako ondasunetan oinordeko izateko eskubide gisa ulertzen da: beti osorik kontserbatzea familian, eta ondasunok hurrenez hurren seme zaharrenari defendatzea (Llamas eta Molina, 1852). Maiorazkoa eta oinordetzarekin lotutako hainbat xedapen, bereziki herentzia herena eta bosgarrena hobetuz transmititzeko aukera, asko erabili zituzten gipuzkoarrek beren ondasunak zatitu gabe eskualdatzeko orduan. Valverdek (2013:601) argitzen duen bezala, prozesuak jaraunspena bost zatitan banatzea eskatzen zuen, eta zati horietako bat, libre xedatzeko, oinordeko bihurtuko zen semeari edo alabari esleitu ahal zitzaion. Gainerako lau bostenak hiru zatitan banatzen ziren, eta ondoriozko herenetako bat, hobekuntzaren herena izenekoa, nahi zen onuradunari libreki esleu zekiokien. Modu horretan, jaraunspenaren ia erdia pertsona bakarrari zegokion, baina geratzen ziren gainerako bi herenak, errespetatu beharrekoak, eta senipartetzat banatzen ziren jaraunspen artean, ekitatez. Hobekuntza jasotzen zuen semeak edo alabak ere bere zati legitimoa izateko eskubidea zuen, eta horrek are gehiago handitzen zuen bere ondarea. Oinordeko asko baziren, bakoitzari esleitutako zatia txikia

zen, baina bi edo hiru oinordeko bakarrik zeudenean, hobekuntzaren onuradunak guztizkoaren zati esanguratsu bat jasotzen zuen. Horrela, gipuzkoarrek Aro Modernoan eta XIX. mendearen zati handi batean, teoriarik behintzat, lege komuna aplikatuz eta Toroko Legeei esker, beren ogasun zatietan eta produktiboak babestea lortu zuten. Hala ere, horrek ere arazo eta eragozpen ugari sortu zituen familietan.

Hortaz, 1534. urtera arte, Toroko Legeei esker, errotutako ohiturek legera egokitzea lortu zuten; hain zuzen ere, seme-alabetako bati onurak emateko aukera zehatz-mehatz aztertzen zutenak. Hala eta guztiz ere, hogeita hamar urte baino gutxiago geroago, Madrilgo Gorteen Legeak murrizketak ezarri zizkien Gipuzkoako familiei, ondarearen transmisioan alde aurretik eskuratutako askatasuna mugatzen zuen neurri bat sartu baitzuen. Neurri horrek berrikuntza bat zekarren testuan eta honako hau ezartzen zuen: «*Y mandamos que ninguno pueda dar ni prometer, por vía de dote ni casamiento de hija, tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato inter vivos*»<sup>9</sup>. Dohainen murrizketa konpontzeko, irtenbide bat aurkitu zen hauek seniparteen kontura kargatuz. Hala ere, alabei zuzendutako hobekuntzak testamentuen bidez baino ezin ziren egin. Valverde (2013:605) eta Ayerbe (2022:192) autoreek adierazi dutenez, Gipuzkoako biztanleak gogor borrokatu ziren oinordekoa aukeratzeko askatasuna babesteko. Ayerbek (2022:159) erakusten duenez, Batzar Nagusien argudioen arabera, sarritan, baserria emakumei transmititzen zitzairen. «*En esa libre elección de herederos, los padres guipuzcoanos dieron preferencia en muchas ocasiones a la hija, habiendo hijos varones en el matrimonio. Esta costumbre era en todo contraria a la ley real promulgada en las Cortes de Madrid de 1534 [...]*». Beraz, eskuartean dugun ikerketa ohitura horren zantzu edo adierazgarritzat har daiteke. Hala eta guztiz ere, probintziako herri guztiak ez ziren ados egon orde-

<sup>9</sup> Cuaderno de Leyes de las Cortes de Madrid de 1534.

nantzaren proposamenarekin, eta batzuek, Donostiak gidatuta, Madrilgo legea aplikatzearen alde egin zuten, baina gutxiengoa izan ziren. Herri horietan sartu ziren Donostia, Tolosa, Segura, Azpeitia, Azkoitia, Alesbes, Hernani, Zarautz, Orío, Leintz Haranaren erdia eta beste Batasun batzuetako zati batzuk. Nahiz eta Probintziak bere onespena lortzeko ahalegin handiak egin, ordenantza ez zen inoiz berretsi, eta ez zen emaitza onik lortu. Hala ere, Gipuzkoako landa- eremu gehienetan bizirik mantendu ziren baserriaren batasuna babesten zuten ohiturak, Gaztelako legeak alde batera utzita. Izan ere, eskubide komuna ez zen egokitzen baserriaren arazoetara, eta, ondorioz, gipuzkoarrek formula korapilatsuak erabili behar zituzten baserriaren osotasunari eusteko eta oinordeko bakar bati eskualdatzeko (Fernández-Sancho 2009:855). Zentzu horretan, Ayerbek (2022:148) azpimarratzen du Gipuzkoako zuzenbide zibilaren aplikazioa ez zela zalantzan jartzen, herrialdearen errealitatera hobekien egokitzen zen berezko eskubidetzat hartzen baitzen, nagusiki landatarra baitzen eta biztanleria baserrietan sakabanatuta baitzegoen.

Gaztelako legeria tokiko ohituretara egokitzeko, ezkontza-itudunak erabiltzen ziren (*donatio propter nuptias*), ezkontidearen dotea eta seme-alaba adingabeentzako seniparteak ezartzen ziren, eta hauek auzitara jotzeko eskubideari uko egitera eta hitzartutakoa baino gehiago ez eskatzera behartuta zeuden (Navajas 1975:118). Gainera, dohaintza-emaileen gozamina modu ezberdinetan gordetzen zen eta hileta-gastuak ordaintzeko betebeharra ezartzen zen. Testamentuak, oro har, xedapen horiek berresten zituen. Eskribau eta notarioek zeregin garrantzitsua betetzen zuten egokitzapen hau erraztean. Kode berria sartzean, indibisioa eskuragarriago bihurtu zen, horrek kapitulazioen beharra murriztu zuen, eta kasu askotan testamentuarekin nahikoa izan zen. Berriokoak (2013:379) esandakoari jarraiki, Kodeak are gehiago erraztu zuen prozesu hori, erabilera libreko herena eta hobekuntza-herena gainerako herenaren jaraunse legitimoari erantsi baitzizkion. Araudi ofizialaren arabera, eskribauak edo

notarioak zailtasun handiak zituen. Seme-alabetako bati etxea eskualdatu behar zitzaion, baina seniparteen ordainketa ezartzen zuen legea errespetatu behar zen. Helburua lortzeko *propter nuptias*, dohaintza eta hobekuntza erakundea erabiltzen ziren. Eskuarki erabiltzen ziren formula edo itun ohikoena ezkontza-itunak eta testamentuak ziren.

Ikuspegi formalari erreparatuz gero, ezkontza-itunei begira, adierazi behar da *propter nuptias* dohaintza egiteko formula ohikoena honako hau zela: «[...] *y porque las cargas y obligaciones del matrimonio son grandes para los dichos [...] con más facilidad las puedan sobrellevar y para los hijos que Dios fuere servido darles, el dicho don ... dijo que donaba y don al dicho don [...] en uno con su mujer [...] la casa y casería de [...] con todos sus pertenecidos y con sus bienes muebles, derechos y acciones [...]*». XVI. mendeko kapitulazioen eskriturretan, oraindik fidatzaileak erabiltzen ziren hitzartutakoa betetzen zela ziurtatzeko. Gainerako seme-alabei dagokienez, kapitulazio batzuetan jasota geratzen da etxean geratzen den semeak bere senipartea ordainduko dizkiela. XVI-XVII mende bitarteko ohiko ituna honakoa izan ohi da: «[...] *y para casar y remediar a los hijos que tiene en casa y dar a ella sus legítimas, el dicho don [...], para el dicho matrimonio concertado entre las dos partes, prometió y se obligó a dar a doña (...) su hija legítima, [...] ducados en dinero [...]*» (Navajas 1975:119).

Bestalde, testamentuetan, oinordeko izateko beharraz gain, hobekuntzarako erabilitako klausula da ohikoena: «*Declaro que tengo [...] hijos legítimos, de la dicha doña [...] llamados don [...], don [...], don [...], habiendo pagado éste su testamento y lo en él contenido, en todo lo remanente que quedare de los dichos mis bienes, dejo y nombro por mis legítimos herederos universales de los dichos mis bienes a don [...], don [...], y don [...], mis hijos mejorando a don [...], en el tercio y quinto de todos los dichos mis bienes*» (Navajas 1975:120).

### III. IKERKETA-GALDERAK

Testuinguru horretan, hurrengoak dira ikerketa gidatuko duten galderak:

- Zein zen XVI. mendean Gipuzkoan baserria transmititzeko aplikatu zen ohiturazko zuzenbidea?
- Zer posizio zuen emakumeak baserriaren transmisioan testuinguru horretan?
- Datu kuantitatiboek berresten al dute Gipuzkoako Batzar Nagusiek emandako argudioa, hots, sarritan baserria lehentasunez emakumeari transmititzen al zitzaion?
- Ba al dago egungo euskal gizartearen herentzia matrilinealaren hipotesia baieztatzeko edo baztertzeko oinarri kuantitatiborik?
- Nola definitu daiteke erakunde hau indarrean dagoen eta etorkizunean izango den euskal zuzenbide zibilean?

Etorkizuneko ikerketa baterako galdera:

- Azterketa soziologikoak herentzia matrilinealaren hipotesia berresten badu, tradizio hori isolatua al da, edo beste euskal lurralde batzuetako tradizio juridikoetan ere ba al dago matrilineoko herentziaren beste adierazpenik? Kasu horretan, nola kokatzen da Euskal Zuzenbide Zibila mugakide edo urrunago dauden beste eskubide batzuei dagokienez?

#### IV. METODOLOGIA

Planteaturiko galderei erantzun bat emateko beharrezkoa da diziplinar-teko ikuspegi bat aplikatzea; hain zuzen ere, zuzenbidearen, historiaren eta soziologiaren diziplinetako tresnak erabiliko dituen.

Witkerren arabera (2015), esperientzia juridikoa, objetibazio-prozesu gisa ulertuta, ikuspegi positibistak eusten duen faktore bakar horretatik haratago doa. Aitzitik, hainbat plano logikotan garatzen da, eta horrek justifikatzen du zuzenbidearen soziologia, zuzenbidearen historia eta zientzia politikoarekin duen harremana bezalako diziplinen existentzia eta garapena, horrela diziplinartekotasuna sustatuz. Ildo horretan, hiru dimentsionalismo juridikoak positibismoaz bestelako jarrera epistemologikoa hartzen du, zuzenbidearen eta gizarte-zientzien arteko zubiak ezartzeko aukera ematen diguna, bai ikuspegi epistemologikotik, teoria zientifiko postpositibistei, konstruktibistei edo interpretazionistei dagokienez, bai ikuspegi kuantitatibo eta kualitatiboak aplikatzea ahalbidetzen duen ikuspegi metodologiko batetik. Zuzenbidea osatzen duten faktore eta dimentsio logikoen aniztasuna onartzean, ikerketa dogmatiko edo filosofikoak ez ezik, soziologikoak ere garatzea ahalbidetzen da.

Azterlan honetan, diziplinarteko ikerketa hori aurrera eramateko metodologia mistoa erabili da. Ikerketa kualitatiboko eta kuantitatiboko elementuen konbinazioa da, ikerketa-galdera edo -hipotesi jakin bati heltzeko helburuarekin (Rodas & Santillan, 2019).

Metodologia kuantitatiboak zein kualitatiboak berezko abantailak eta desabantailak dituzte. Horrenbestez, kasu batzuetan bi ikerketa-ikuspegi horietako bat ere ez da nahikoa azterketa- beharrak erabat betetzen dituzten datuak biltzeko. Egoera horretan, ikerketa-metodologia mistoa erabiltzen da. Beraz, bi metodologiaren integrazioak ikuspegi osoagoa lortzen laguntzen du, bi hurbilketen onurak aprobetxatzen baititu: ikuspegi

holistikoa eskaintzen du, estatistika- datuak testuinguruaren arabera ezagutza sakonagoekin batu eta aztertzen dituena, eta, gainera, hainbat iturriren bidez lortutako emaitzak berrestea ahalbidetzen du. Gainera, Mertensek (2005) adierazi du metodologia mistoak garrantzi berezia duela gizarte- edo hezkuntza-testuinguru konplexuetan dauden gaiak aztertzean. Ildo beretik, Onwuegbuziek eta Leecek (2005) gaineratu dute ikerketa-metodo bakarra erabiltzera mugatzen diren azterlanak mehatxu direla Gizarte Zientzien aurrerapenerako. Azken finean, ikerketa baten emaitzei hainbat metodo erabiliz proba batzuk egiten bazaizkie eta proba horietatik bizirik irautea lortzen badute, metodo bakar baten bidez baliozkotu den hipotesi bat baino askoz baliozkoagotzat jotzen dira (Erzberger & Kelle, 2003).

Ondorenez, erabilitako metodologia mistoa honako hau izan da: dokumentu juridiko historikoen azterketa eta elkarrizketak egitea.

#### **4.1. Metodologia kuantitatiboa: dokumentu notarialen analisisa**

Gipuzkoan baserria transmititzeko orduan aplikatu den ohiturazko zuzenbidea ezagutzeko eta emakumeak transmisio horretan zuen posizio juridikoa aztertzeko, Gipuzkoako Probintziako Artxibo Historikoaren (aurrerantzean GPAH)<sup>10</sup> dokumentu historikoak aztertu dira.

##### *a) Denbora- eta lurralde- eremua*

Ikerketa lan hau XVI. mendean kokatzen da, zehazki, 1500 eta 1600 urteen artean<sup>11</sup>. Une historiko hau aukeratu da, baserriaren transmisioari

<sup>10</sup> GPAHren web gunea: <https://www.gipuzkoa.eus/es/web/gipuzkoako-probintziako-artxibo-historikoa/>

<sup>11</sup> Aipatzekoa da, Zestoaren kasuan, azterketa-aldia hedadura txikiagora mugatu dela (1500-1556). Mugaketa hori dagoeneko erregistratuta dagoen transkribatutako dokumentazioaren ondorio da, Azkunek aurretik egindako ikerketekin bat etorritz.

buruzko dokumentu notarialen aberastasuna dela eta. Francisco Javier Larrañaga Guridi eta Iñaki Azkune Mendia historialariek alde aurretik aztertutako dokumentazioari buruz ari gara, hain zuzen ere.

Aukeratutako lurraldeari dagokionez, Gipuzkoako bi herri landatarretan egin da azterketa, historikoki baserriak presentzia handia izan duen horietan, alegia: Bergara eta Zestoa. Antzeko ezaugarriak dituzten bi hiribildu dira, preseski, XVI. mendeko biztanleriaren tamainari, baserri-kopuruari eta ustiapen-motari dagokienez konparatzeko aukera ematen dutenak. Eta, aldi berean, herri desberdinak dira lurralde-kokapenari dagokionez (Bergara Hiria, Debagoiena eskualdean, eta, bestetik, Zestoa, Urola ibaiaren ondoko muino batean kokatua, garai batean Errege Bidea izan zenaren ertzean, Erdi Aroan hiribildu bat izan zen komunikazioak eta harremanak errazteko) eta Gaztelako zuzenbidearen eragina barneratzeko moduari dagokionez.

Ikerketa hau egiteko funtsezko elementuetako bat historialariek transkribatutako eta alde aurretik aztertutako dokumentuen eskuragarritasuna izan da. Izatez, aurretik egindako azterketa historikoak oso lagungarriak izan dira ondorio juridikoak ateratzeko orduan.

#### b) *Laginarene deskribapena*

Ikerketa honetan aztertutako lagina bi artxiboetatik lorturikoa da: GPAH, Oñatin kokatuta dagoena, eta Bergarako Udal Artxiboa (aurreantzean BUA)<sup>12</sup>.

Notario-eskritura artxibo-dokumentu baliotsuetan islatutako errealtateak hoberen ulertarazi eta interpretatzen dituen erregistro idatzietako bat da. Chartier (1995:78) eta Marin (2009:137) adituek adierazten duten bezala, gizarte-bizitza eta gizabanakoen nahiz taldeen arteko interak-

<sup>12</sup> BUAREN web gunea: <https://www.bergarakoartxiboa.eus/>

zio ekonomiko eta sozialak modu zehatzean atzematen dituzte. Ayerberen (1996:279) arabera, notario-protokoloak implikatutako alderdien arteko gizarte-interakzioaren emaitza dira, eta informazioa ematen dute, ez bakarrik haien arteko gizarte-harremanaren mailari buruz, baita alderdi ekonomikoei, sozialei, familia-konexioei eta ohiturei buruz ere. Bere esanetan, dokumentuek heriotzari buruzko giza pentsamenduen alderdi intimoak erakusten dituzte, hala nola bizitza-erreserba, eta, oro har, zuzenbide pribatuaren hainbat alderdi biltzen dituzte. Ildo horretan, Porres Marijuñnek (1996:14) iradokitzen du notario-dokumentazioak, beste edozein iturrik baino hobeto, «*bizitza zentzu zabalean*» islatzen duela. Izan ere, kulturaren zenbait alderdi edo gertakari historiko ulertzen eta birsortzen ahalegintzen garenean, funtsezkoa da artxiboetara jotzea, leku horietan hainbat eta hainbat lekukotasun gordetzen baitira, askotariko gai ei buruzko zantzu baliotsuak ematen dizkigutenak (Ruiz Astiz, 2012:253).

Modu horretan, eta Serranorekin bat etorri z (1996:45), notario-eskritura ugariren barruan, garrantzitsua da dokumentu mota bakoitza bereiztea. Horietako bakoitzak lantzen ari garen aldiko gizarte-bizitzaren alderdi espezifikoekin lotzen den informazio berezia du. Ikerketa honetan honako dokumentu hauek aztertu dira: ezkontza-kontratuak eta testamentuak. Ulertzen da ezkontza-itunen izenak ezkontideek ezkontza egin aurretik edo ondoren egindako negozio juridikoa aipatzen duela (Chaparro, 2013). Andrade & Balcazarrek (2022) ezarri bezala, horiek dira ezkongai izango direnek ezkontzara iritsi aurretik egiten dituzten eskritura publikoak. Sozietatearen erregimen ekonomikotik ezartzen da bakoitzak ekarri beharreko ondasunak senarrak edo emazteak egiten dituen dohaintzak direla, bai eta orainaldiko eta etorkizuneko ondare-klausulak ere. Testamentuei dagokienez, testamentuok gizaki baten azken borondate deliberatuaren adierazpenari buruzkoak dira. Pertsona horrek solemneki kanporatzen du, legearen arabera, pertsona gai batek,

testamentugilea hil ondoren bakarrik izan ditzan ondorio juridikoak hirugarrenen aurrean, testamentugilearen ezagutzara iritsi beharrik gabe. Horren bidez, egilearen *mortis causa* oinordetza agintzen da, eta ondare-izaerako beste borondate- adierazpen batzuen gordailu izan daiteke (Pérez Gallardo, 2004).

Hain zuzen ere, argudio-ildoari jarraituz eta Boteroren (2003:112) hitzei erreferentzia eginez, esan dezakegu dokumentuen azterketa dela ezagutza transmititzeko gehien erabiltzen den baliabideetako bat, eta gai hori agerian geratzen da historia eta Zuzenbidea kontuan hartuta, zaila baita landa-metodologiak erabiltzea iragana aztertzeko (bereziki, urruna). Laburbilduz, GPAHn kontsultatutako iturri notarialek ikuspegi berritzailea eskaintzen digute, baserriaren transmisioari buruzko ezagutza zehatzagoa izan baitezakete. Horiei guztiei esker, emakumeak XVI. mendean Bergaran eta Zestoan baserriaren eta familia-ondarearen transmisioan zuen lekuaren kontakizun leial eta zehatzagoa osa dezakegu.

Azken finean, ikerketa honek baserriaren transmisioa eta emakumeak transmisio horretan duen posizio juridikoa aztertzen ditu. Beraz, testamentuak eta ezkontza-hitzarmenak dira interesatzen zaizkigun dokumentuak. Horiek ziren, hain zuzen ere, une historiko hartan baserriaren jabetza transmititzeko tresnak. Horrela, baserriaren jabetza emakumeari zenbat kasutan transmititu zaion jakitea izango da helburua. Eta, horri dagokionez, transmisio hori zein kasutan eta egoeratan gertatu den.

### i. Bergarako dokumentu historikoak

Lehenik eta behin, Fco Javier Larrañaga Guridik Bergarako baserriei buruz egindako lanean transkribatutako dokumentu historikoak aztertu dira. Larrañagaren (2017) hitzetan, bere lanaren helburu nagusia baserriarrei iraganaren eta orainaren aintzatespen zintzoa adieraztea izan da, baita haurtzarotik arbasoen bizitza sakonago ulertzeko izan duten etengabeko

interesa eta miresmena asetzeari. Historialariak bere sinesmenak, ohiturak, etxebizitzak, ingurunea eta, kasu honetan, Bergarak ehunka edo milaka urtez irautea ahalbidetu duten beste alderdi guztiak aztertu nahi izan ditu.

Dokumentuak transkribatu eta deskribatzeko lan hau Bergarako Baserriak web orrian dago<sup>13</sup>. Historialariak Bergarako 15 auzo ezberdinetan dauden baserriak ikertu ditu. Horrela, auzoz auzo, baserriz baserri, Bergarako auzo bakoitzeko 307 baserri aztertu dira ikerketa horretarako. Baserri bakoitzaren transmisioa aztertzerakoan, 1500-1600 urteen artean jarri da arreta; izan ere, egilearen arabera, garai hori distiratsutzat har daiteke; Bergarako baserri gehienak jabe gisa finkatzen dira, eta nola-baiteko aberastasuna sartzen hasten da Amerikako kolonizazioaren eta merkataritzaren ondorioz. Zentzu horretan, baserri bat emakume bati zenbat aldiz transmititu zaion jaso da. Behin identifikatuta zein kasutan transmititu zaion baserria emakume bati, beharrezkoa izan da zifra hutsetik harago joatea, eta, horrela, kasu zehatz bakoitza aztertzea, praktika hori zein inguruabar zehatzetan gauzatu den identifikatuz. Horretarako, dokumentua bera aztertu da, historialariak bere obran dokumentuaren erreferentzia zehatza eta dokumentua non dagoen adierazten duelako, bai GPAHn, bai BUAn.

## ii. Zestoako dokumentu historikoak

Bigarrenik, 2016an I-aki Azkune Mendiak Zestoako Historia<sup>14</sup> izeneko lanean transkribatutako GPAHko dokumentu historikoak aztertu dira. Lan hau Zestoako dokumentazioaren transkripzioari buruzkoa da, zehazki, Historiaurretik 1556ra arteko dokumentazioari buruzkoa.

<sup>13</sup> Larrañagak egindako lana eskuragarri hemen: <https://sites.google.com/site/bergarakobaserriak>

<sup>14</sup> Azkunek egindako lana eskuragarri hemen: <https://www.zestoa.eus/es/web/zestoa/zestoaren-historia>

Kasu honetan, 1500-1556 urteei dagozkien dokumentuak hautatu dira. Azkuneren lana urteetan antolatuta dago (adibidez, 1501-1520) eta aldi bakoitzaren amaieran gaien aurkibide bat eta gai horri buruzko dokumentu notarialen transkripzioak aurki daitezke.

Bilaketa bat egin da gako-hitz hauek erabiliz: *ezkontza hitzarmen* eta *testamentu*. Gako-hitz horien bitartez eskuartean daukagun azterketarako garrantzitsuak diren dokumentuak identifikatu nahi izan dira. Beharrezko dokumentuak identifikatu ondoren, baserri bat emakume bati zenbat aldiz transmititu zaion jaso da. Eta, horrekin batera, notario-agiria bera aztertu da, kasu bakoitzaren inguruabar zehatzak ezagututa. Dokumentuen transkripzioa euskaraz egingo dagoenez, ez da nahikoa izan *oinordeko* hitzaren bilaketa hutsa egitea, euskarak ez baitu generorik eta, horrela, ezinezkoa baita matrilineoko transmisioak identifikatzea. Kasu honetan hitz bat baino gehiago behar izan da: *baserri, jabetza, oinordeko, emakume, alaba*. Gainera, GPAHren bidez, Zestoan XVI. mendean egindako ezkontza-kontratuen zerrenda lortu da. Zerrendan agertzen diren izenak lagungarriak izan dira baserriaren jabetza ezkontza-kontratu baten bidez jaso duten emakumeen kopurua zehazteko orduan, izan ere, egindako ezkontzen izen osoak identifikatu dira, eta horrela lana erraztu da.

### *c) Gipuzkoako Probintziako Artxibo Historikoa*

Notario-dokumentuak aztertzeko, GPAHk emandako laguntza erabili da; erakunde horrek azterlanaren xedeari lotutako dokumentuak zaintzen ditu. Ildo horretatik, Gipuzkoako bi herrietan historialariek aurretik egindako lanak berrikusi ondoren, dagozkion dokumentuak identifikatu dira eta dagokion artxibo historikora jo da dokumentu horiek eskuratzeko.

GPAHk<sup>15</sup> emandako informazioaren arabera, dokumentu notarialak protokoloetan bilduta egoten dira maiz, eta protokolo horietan urte jakin batean eskribau baten aurrean idatzitako eskritura guztiak biltzen dira. Hala ere, zentzu zabalean, protokolo esaten zaio liburuki batean kronologikoki antolatutako eskrituren edozein bildumari, eskriturek hartzen duten aldia edozein dela ere. Protokolo bakoitzaren barruan, sekuentzialki ezarritako notario-eskriturak daude, eduki-zerrendarik ezarri gabe, notarioaren edo eskribauaren aurrean eman eta idatzi ez badira. Notario-eskrituren artean, ikerketa honetarako interesgarriak direnak ezkontza-itunak dira, ezkontza-erregimenarekin lotutakoak. Artxiboan gordetako dokumentuak Gipuzkoako Lurralde Historikoan beren funtzioak bete dituzten erakunde jakin batzuen jarduera naturalaren emaitza dira<sup>16</sup>.

#### 4.2. Metodologia kualitatiboa: bizitza-historien elkarriketak

Gipuzkoan baserriaren transmisioaren inguruko praktikak ezagutzeko asmoz, emakume baserritarrak elkarriketatu dira. Oñatiko (Gipuzkoa) hainbat auzotatik etorritako bost emakume aukeratu dira. Emakume hauek baserrietan bizi izan dira eta euren familietan baserrien transmisioaren historiari buruzko ezagutza sakona dute. Hautaketa hori egiteko, hainbat alderdi hartu dira kontuan, besteak beste, adina, memoria historikoa eta beren bizitzako narratiba transmititzeko trebetasuna.

Aguirrereren eta Pabónen (2020:193) hitzetan, talde sozial jakin batean arau bat zergatik ez den betetzen aztertzeke ikerketa soziojuridiko bat egiten ari bagara, litekeena da dokumentu- iturriez gain, komunitate ho-

<sup>15</sup> <https://www.gipuzkoa.eus/es/web/gipuzkoako-probintziako-artxibo-historikoa/fondos/cuales-y-como-son-los-%20documentos-notariales>

<sup>16</sup> Erakunde horiek, hala nola notarioei, Hipoteka Kontularitzei edo Oñatiko Unibertsitateari lotutakoak, beren eginkizunak behar bezala betetzeko beharrezkoak diren dokumentu espezifikokoak pilatu dituzte.

rretako pertsoneri bildutako informazioa ere jasotzea. Ikerketa mota honetan, zuzenbidean zentratzen gara fenomeno sozial bat bezala. Zuzenbidearen jatorri sozialari, gizartean duen eraginkortasunari eta aplikazio praktikoari buruzko galderak egiten dizkiogu geure buruari. Gure helburua alderdi juridikoekin zerikusia duten gertaera eta ekintza sozialak aztertzea eta deskribatzea da. Azterketa hori egiteko, ikuspegi sozio-juridikoa hartzen duten korrante metodologikoetan oinarritzen gara, errealitate sozialen eta arau juridikoen arteko elkarreaginak ulertzeko.

Elkarrizketa metodo anitza eta ezaguna da gizarte-zientzietako ikerketa kualitatiboan. Elkarrizketaren teknika bi pertsonaren edo gehiagoren arteko elkarreaginean oinarritutako informazioa biltzeko prozedura gisa uler daiteke, solasaldiaren bidez tresna nagusi gisa (Abarca, A., Alpízar, F., Sibaja, G. eta Rojas, C., 2013). Elkarrizketa horien bidez jakin nahi izan da nola bizi izan diren, zer ohitura izan dituzten, eta, azken batean, zein izan den emakumearen (amona, ama, alaba) papera edo figura baserriaren transmisioan, azken hori unitate ekonomiko eta produktibokotzat hartuta.

Kasu honetan, elkarrizketa biografiko-narratiboa erabili da. Pujadasek (1992) adierazten duen bezala, “The Polish peasant in Europe and America” lanean, *life story* terminoa erabiltzen hasi zen, bai ikertzaile batek jasotako pertsona baten bizi-kontakizuna deskribatzeko, bai eta kontakizun horretatik abiatuta egindako azken bertsioa deskribatzeko ere, eta, horrez gain, subjektu biografiatuaren gizarte-inguruneko pertsonekin egindako elkarrizketen eta dokumentu-erregistroen multzoa deskribatzeko, horiei esker hasierako testu biografikoa osatu eta balidatu baitaiteke.

Elkarrizketa fokalizatua gizabanako baten bizitzako bizi-esperientzia batean zentratzen da, eta talde bati egindako elkarrizketaaldi berean hainbat pertsonaren informazioa biltzen duena da. Bizitza-historien elkarrizketak berekin dakar pertsona batek bere bizipenei buruz partekatzea aukeratzen duen narrazioa, modu integral eta zintzoan kontatua,

gogoratzen duena eta besteek bere bizitzari buruz ezagutzea nahi duena barne hartuz, normalean beste pertsona batek gidatutako elkarrizketa baten emaitza gisa (Atkinson, 1998). Jaiotzatik gaur egunera arte har dezake, edo lehenagotik hasi eta ondoren arte. Bizitza osoko gertaera, esperientzia eta sentimendu garrantzitsuak biltzen ditu. Ikerketa kualitatiboko metodo guztien artean, Gareth

R. Jonesek (1983) adierazi du hori dela, agian, ikertzaileari biderik onena ematen diona gizabanakoek inguruan duten mundu soziala sortzeko eta islatzeko modua eskuratzeko.

M. Buchmannen (1989) azalpenaren arabera, elkarrizketa biografiko-narratiboak ibilbide pertsonal horren garapena berreraiki nahi du, gizartearen esparru makrosoziologiko arauemailearen eta instituzionalaren eta gizabanakoarengan duen eraginaren artean, eta gizabanakoaren esperientzia eta ekimen pertsonalaren eta gizarte-elkarreraginerako sistema mikrosoziologikoaren eta egoeraren definizio sinboliko espezifikoaren artean. Gizabanakoaren gizarte-nortasunaren garapenari buruzko aurretiazko teoria bat kontrastatzea baino gehiago, elkarrizketa biografiko-narratiboak aurrez jasotako informazioaren argitan eraiki eta interpretatutako eredu bat induzitzea du helburu.

K. Plummerrek (1983) laburbildu ditu bizitza-historia bat behar bezala eraikitzeko egin beharreko urratsak (prestaketak, datu-bilketa, biltegi-ratzea, analisisa eta datuen aurkezpena).

Elkarrizketa biografiko-narratiboaren kasuan, ikertzaileak prozedurak jarraitu behar ditu, eta ez ditu ahaztu behar elkarrizketa mota horrekin batera dauden berezitasun espezifikoak, hala nola adineko pertsona baten bizitza-historia bat modu operatiboan berreraikitzeko. Horrela, mota honetako elkarrizketa baten garapenak, lehenik eta behin, parte-hartzaileak errekrutatzea eskatzen du (kasu honetan, Gipuzkoako emakumeekin harremanetan jarri behar izana), bai eta ikerketarako kontratu bat negoziatzea

(formala edo adiskidetsua) ere, daten, iraupenaren, lankidetzakonpromisoaren eta abarren eskema orokorra adoste aldera. Garrantzitsua da ohar-tzea prozesua ezustekoen mende dagoela (eteteko nahia, oztopo psikologikoak edo sozialak gainditzeko zailtasun gaindiezinak elkarrizketatuak, eta abar). Elkarrizketa hizketaldi edo solasaldi baten gisa planteatu behar da, eta elkarrizketatuak ez du bere historia bakarrik kontatzen, bere bizitza berreraikitzen laguntzen du, elkarrizketatzailearen laguntzarekin. Kontuan izan behar da elkarrizketak elkarrizketaren bidez transmititu nahi den errealitatea ezagutzen duten beste pertsona batzuen presentzia eta laguntza eska dezakeela, jasotako informazioa argitzeko. Metodo biografiko-narratiboaren elementu nagusi horiek funtzionamenduan alderdi epistemologikoak, ontologikoak eta metodologikoak identifikatzera garamatzate, eta, Resendizek (2015) adierazten duen bezala, ez da ahaztu behar metodo biografiko-narratiboa arduratzen dela aktoreak bizi duen errealitate sozialerako duen esanahiaz, bere ekintzez eta beste eragile batzuenaz, errealitate soziala kuantifikatzeaz edo neurtzeaz baino gehiago.

Rosenthalek (2007) hasierako galderari garrantzi handia ematen dio. Metodologia kualitatiboan gomendia hasieran espektro zabaleko galdera bat egitea da. Are gehiago, kontua ez litzateke galdetzea, baizik eta narrazioaren eremu birjina adieraztea eta elkarrizketatuari bidezkotzat jotzen dituen diskurtso-bideak irekitzen uztea. Bada, egindako bost elkarrizketetan hori izan da abiapuntua. Elkarrizketa horien helburua elkarrizketatuaren historia pertsonala ikertzea izanenez, ez da alde aurretik egituratutako galderarik egin. Horren ordez, elkarrizketatuari eskaera orokor bat egin zaio, elkarrizketatuak baserriari buruzko bere bizi- esperientzia parteka zezan. Elkarrizketa-prozesuan zehar, espazio bat eskaini da elkarrizketatua askatasunez adieraz zedin, eta soilik esku hartu da ikerketa objektutik edo gai nagusitik aldendu denean, argibideak eskatzeko, adierazitakoan sakontzeko edo beste narrazio-eremu batzuk jorratzeko.

Testuinguru honetan, gai etikoei buruzko hainbat galdera planteatu behar dira, eta hurrengo galderei behar bezala erantzuteko gai izan behar da; besteak beste, honako hauek: Nola uztar ditzakegu elkarrizketatuentzako bizi-historiaren onurak eta gure ikerketa-programarako onurak? Nola ziurtatu gure jatorrizko asmoaren eta amaierako produktuaren arteko koherentziari eusten diogula, eta hori une oro argi geratzen dela? Ez da erraza galdera horiei erantzutea, eta, Josselsonek (1996) adierazi bezala, batez ere pertsonen beren istorioak eskatzen badizkiegu eta gero haiei buruz bakarrik idazten badugu, beren hitzak erabili gabe horiek kontatzeko. Ildo horretan, elkarrizketa amaitu ondoren, ikerketa-xedearekin lotutako informazio garrantzitsua identifikatu eta hautatu da. Horrela, dena delako azterlanerako alderdirik egokienak atzematen direla bermatu nahi izan da.

Metodo biografiko-narratiboak garai, errealitate eta esperientzia desberdinetara garamatza, hor idatziz dagoen ezagutza berreskuratzeko. Ikerlari gisa, dokumentu pertsonaletan, argazkietan, oharretan, egunkarietan, gutunetan eta abarretan islatutakoa atzematea eta interpretatzea izan da zeregina, eta subjektuek emandako narrazioekin lotzea. Baina, zeregin honetan, ez dugu ahaztu behar dokumentuak eta lortutako informazioa erabiltzeko etika<sup>17</sup>. Horri dagokionez, Fernþndezek (2012) funtsezko-

<sup>17</sup> Elkarrizketak egiterakoan, datu pertsonalak erabili dira. Horregatik, azpimarratu behar da metodo horiek garatzeko konpromiso etiko handia behar dela. Nagusiki, proiektuaren edukiaren berri eman zaie elkarrizketatuei, bai eta proiektuaren helburuaren berri ere, ikerketa-proiektuan parte hartzeko baimena lortu aurretik. Halaber, elkarrizketatuen anonimotasuna bermatu arren, haien profil soziodemografikoei buruzko datu pertsonalak audio- grabazioetan eta/edo idatzizko grabazioetan bildu dira, lehen aukera onartzen ez bada. Beraz, audioa grabatzeko, informatzaileen oniritzia eskatu da, alde zureko baimen informatuaz gain. Lortutako ahozko iturriak aztertzerakoan, elkarrizketatuen anonimotasuna babestu da transkripzioetik. Elkarrizketak egin ondoren, parte- hartzaileek nahi duten edozein datu edo informazio atzera botatzeko aukera izan dute, emaitzak argitaratu arte. Era berean, bildutako datuen babesa funtsezkoa izan da datu horiek biltegitatzeko, eta modu zorrotzean egin da, bitarteko fisiko edo digital seguru eta konfidentzialekin batera. Une oro bete da indarrean dagoen araudia, hala nola 15/1999 Legea, abendua-

tzat jo du hiru printzipio etiko zaintzea. Lehenik eta behin, autonomia pertsonala errespetatzeko printzipioa. Berariazko baimena behar da ikerketaren xede izateko; zaindu behar da ikerketaren subjektua ez dela engainatua edo iruzurtua senti dadin ezarritako helburuei eta emandako informazioari dagokienez, eta hori baliozkotu egin behar da azterketaren aurretik eta ondoren. Bigarrenik, konfidentzialtasun- printzipioa, hau da, ikerketaren subjektuari anonimotasun-bermea ematea. Hirugarrenik, justiziaren printzipioa: funtsezkoa da ikasketa-subjektuen ideiak, esperientziak eta pentsaerak ez epaitzea eta zigortzea. Horregatik, adi eta aurreiritzirik gabe entzun behar da ikerketaren une oro.

Ramirezek eta Zweggek (2012:102) adierazi moduan, bizitza-historiaren erabilera ez dago teoria, ikuspegi edo paradigma espezifiko bati lotuta, baizik eta oztopoak gaingitzen ditu, ikuspegi estrukturalistatik, ikuspegi hermeneutikotik eta eszena-ulermentetik ere baliotsua baita, eta,aldi berean, paradigma nagusiak baztertzen ditu. Bizitza-historia biografia soil batetik harago doa, bere helburua norbanakoa gaingitzen duen fenomeno sozial baten esanahia aurkitzea baita; bizitza-historiaren bidez, komunitate edo fenomeno jakin bati buruzko zantzu orokorrak argitara daitezke. Kontakizun historiko mota horrek narrazio diakronikoa ematen du, eta iraganeke gertaerek garrantzia hartzen dute gaur egungo testuinguruan. Gainera, garrantzitsua da azpimarratzea kontatutako istorioa ikertutako pertsonaren subjektibotasunaren mende dagoela, pertsona horrek bere ikuspegiaren arabera gogoratzen eta kontaktzen baitu. Hortaz, ikertzailearen ardura da historia berreraikitzea eta ahalik eta objektibotasun handiena bilatzea, dokumentu historikoen eta ikerketa gaiari lotutako pertsoneri egindako elkarrizketen bidez osatu baitut historia.

---

ren 13koa, Datu Pertsonalak Babesteari buruzkoa; 3/2018 Lege Organikoa, abenduaren 5ekoa, Datu Pertsonalak Babesteari eta Eskubide Digitalak Bermatzeari buruzkoa; 2016/679 (EB) Erregelamendua, Europako Parlamentuarena; eta UPV/EHUrren Erregelamendua, Datu Pertsonalak Babesteari buruzkoa.

Hari beretik, Taylorrek eta Bodganek (1987) proposatzen duten gisara, datuen eta pertsonen esaten eta egiten dutenaren arteko egokitasuna eta erlazioa bermatu behar da. Horrek esan nahi du arretaz eta arduraz jardun behar dela informazioa aztertzean; hausnarketa-egoerak eta informazio horren zentzua eta esanahia ulertzeko interpretazio-gaitasuna eskatzen ditu. Sanmart'nek (2003) aditzera eman du, ikerketa biografikoa, funtsean, deskribapen fenomenologikoa dela, eta lau prozedura-trebetasun eskatzen dizkio ikertzaileari: behatzea, entzutea, alderatzea eta idaztea, ikerketa kualitatiboa egiteko. Horiek horrela, Wright Mills-ek (1959) aipatzen du lau trebetasun horiek, jokoan jarri behar direnak, etapa jakin batzuen forma hartzen dutela, eta etapa horiek sistematikotasuna eta artisautza-dosi jakin bat eskatzen dutela.

## V. IKERKETAREN AURKEZPENA ETA EMAITZEN ANALISIA

Hurrengo lerroetan, ikerketan lortutako emaitza kuantitatiboak azalduko dira, ikerketa hau gidatu eta bideratu duen galdera nagusiari erantzuteko: emakumeak XVI. mendean Gipuzkoan baserriaren transmisio-prozesuan izan zuen posizio juridikoa ikertu eta ulertzea.

### 5.1. Dokumentu historiko notarialak

Bergarari dagokionez, honako material hau aztertu da:

Aztertutako denbora tarteak .....	1500-1600
Begarako auzoak.....	15
Baserriak guztira .....	307
Emakumeei transmititutako baserriak .....	11

Larrañagak Bergarako auzo bakoitzeko baserri buruzko dokumentazioa aztertu du, eta dokumentu bakoitzaren deskribapena egin du.

Bertan, baserria kokatuta dagoen Bergarako auzoa, baserriaren izena, dokumentuaren urtea, dokumentu-mota, dokumentuaren edukirik garrantzitsuen eta dagokion artxibo historikoan aurkitu ahal izateko dokumentuaren erreferentzia ezartzen da<sup>18</sup>.

Historialariaren hitzetan<sup>19</sup>, kontratu eta ezkontza-itur horiek bi giza-banakoren arteko ezkontzaren legezko erregistro bat ezartzeko eta alderdi edo familia bakoitzak ezkontzari egiten zizkion ekarpenak zehazteko egiten ziren. Kasu gehienetan, ezkontideen gurasoek adosten zituzten itunak, seme-alabei propietate fisikoak edo diru-baliabideak emanez. Kasu askotan, ezkontzeko aukera aprobeztatzen zen Maiorazkoa ezartzeko, eta, hainbatean, baita Lotura (*Vínculo*) ezartzeko ere, bi eskemak xehetasunez zehaztutako baldintzei lotuta zeudelarik. Dokumentu horiek benetan harrigarriak dira, eta oso aberatsak informazioan, bai ikuspegi genealogikotik, ahaide hurbilenak agertzen baitira, gurasoak eta anai-arrebak, besteak beste, bai gure arbasoek bizirik irauteko zituzten baliabide eta aktiboei dagokienez.

Ildo horretatik, hirurogeita hamabi ezkontza-kontratutan identifikatu da baserriaren transmisio bat: hirurogeita lau aldiz transmititu zaio baserria gizon bati eta zortzi aldiz emakume bati.

Larrañagak baserriaren transmisioan matrilineoko jaraunspenei buruzko aipamenak dituzten ezkontza-kontratuei buruz egindako deskribapenak bildu dira<sup>20</sup>:

---

<sup>18</sup> Notario-dokumentu baten erreferentzia-adibidea: GPAH 1-67-18. Lehenengo zenbakiak notario-barrutiari egiten dio erreferentzia. Kasu honetan, bat zenbakia Bergarako notario-barrutiari dagokio. Bigarren zenbakia notario-barruti horren barruan dagokion paper-sortaren zenbakiari buruzkoa da. Eta, azkenik, hirugarren zenbakiak orrialdeari egiten dio erreferentzia.

<sup>19</sup> 2023/05/23an, Bergaran, Fco Javier Larrañagarekin egindako bileran jasotako hitzak.

<sup>20</sup> Larrañagak egindako lanari dagokionez, aipatzekoa da dokumentuetako batzuek irakurtzeko zailtasunak dituztela, kaligrafia edo eskuizkribuaren baldintza bereziak direla eta.

«1529. [...] su madre doña María de Artis viuda mujer del señor Pedro de Artiz difunto prometió, para el matrimonio de su hija con Min de Moçoloegui, hacer donación de la su casa e casería de ARTIZ con todos sus pertenecidos»<sup>21</sup>.

«1541. [...] a la dicha Maria lopez le donaron sus padres para su casamiento su Casa y Torre de GALLAIZTEGUI y las casas y caserías de YBARROLA e YNÇORÇABAL»<sup>22</sup>.

«1564. Con motivo de la Capitulación Matrimonial entre Min de Monesteriobide Veosin y Marina de Burunaondo, hija de Juan de Burunaondo y Mna de Garro su mujer, comparecen por un lado los mencionados padres Juan y Mna y por el otro Min de Monesteriobide Veosin. Los padres le dotan a Marina, tras su arreglo, la casa que tienen en la vecindad de Malatua»<sup>23</sup>.

«1570. [...] se dona a Maria Ana las casas principales de AMILAGA con sus propiedades, la casa de VERRAONDO con su manzanal y monte jaral e castañal y la casa de YRIBURU con su heredad, manzanal, castañal»<sup>24</sup>.

«1574. [...] la dicha Marina se dotó con la casa y solar de GOROSTOLA y todas sus tierras y heredades de pan llevar y mançanales y castañales y montes y muebles y herramientas etc»<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> LARRAÑAGA GURIDI, F. J. (2017). *Apellidos, linajes y Casas Solares de Bergara I*, 357.or. [BUA, C-406-6].

<sup>22</sup> LARRAÑAGA GURIDI, F. J. (2017). *Apellidos, linajes y Casas Solares de Bergara I*, 357.or. [BUA, C-406-6].

<sup>23</sup> LARRAÑAGA GURIDI, F. J. (2017). *Apellidos, linajes y Casas Solares de Bergara I*, 357.or. [BUA, C-406-6].

<sup>24</sup> LARRAÑAGA GURIDI, F. J. (2017). *Apellidos, linajes y Casas Solares de Bergara I*, 346.or. [GPAH 1-86-284, 1- 110-270].

<sup>25</sup> LARRAÑAGA GURIDI, F. J. (2017). *Apellidos, linajes y Casas Solares de Bergara II*, 331.or. [BUA, C-525-07, BUA, C-337-09].

*Emakumearen posizio juridikoa baserriaren transmisioan:  
Bergarako eta Zestoako kasuen azterketa*

«1575. [...] *le donan a Maria la casa y solar de AMUCHÁSTEGUI y todos sus pertenecidos, con las clausulas acostumbradas de la época*»<sup>26</sup>.

«1580. [...] se indica como Xpoval de Gallastegui, da, dona y dota su casa solar de LARRARTE a su hija con todos sus pertenecidos y con las condiciones habituales»<sup>27</sup>.

«1588. [...] que para este desposorio y casamiento el dicho Joan de Monasteriobide haya de *dar e donar a la dicha Maria joanes su hija la casa y solar de BEOSIN con todas sus tierras heredades manzanales, montes y pertenecidos, se detalla toda la dote y las condiciones*»<sup>28</sup>.

Hurrengo dokumentuak auzi oso interesgarri bati heltzen dio: seme bat eta bost alaba dituen familia batean, semea izendatzen da oinordeko. Hala ere, azken hori testamenturik egin gabe hiltzen denean, amakontzear dagoen alaba izendatzen du oinordeko.

«1526. [...] *había dejado el dicho marido como herencia a sus hijos lexmos y naturales, los cuales quedaron un hijo varon y cinco hijas, Martin, Cachalina, Maria, Marina, Gracia y Domenja, y por la disposición del dicho Andres su marido y por la de Martin garcia de Arizavaleta abuelo de los dchos hijos y por renunciaciones y donaciones de las hijas y por dotación de la dicha Gracia, se dió por heredero al hijo Martin y por muerte de éste, sin hacer testamento, la dicha Doña Gracia le puso como heredera, con motivo del matrimonio a su hija Domenja de Arizavaleta que casó con Juan de Vérsiartu y funda Vinculo y Mayorazgo, en las casas de Juan Martinez de Yrazaval, con el caserío de su propiedad de ARIZAVALETA y su medio molino*»<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> LARRAÑAGA GURIDI, F. J. (2017). *Apellidos, linajes y Casas Solares de Bergara I*, 155.or. [GPAH, 1-115-855].

<sup>27</sup> LARRAÑAGA GURIDI, F. J. (2017). *Apellidos, linajes y Casas Solares de Bergara III*, 172.or. [GPAH 1-120-582].

<sup>28</sup> [GPAH, 1-127-73] Barrio San Antón Abad - Baserri Beosin. <https://sites.google.com/site/bergarakobaserriak/auzoak-barrrios/sanantonabat/beosin>

<sup>29</sup> LARRAÑAGA GURIDI, F. J. (2017). *Apellidos, linajes y Casas Solares de Bergara I*, 205.or. [BUA, C-526-03].

Gainera, ohikoa da baserriak emakume bati transferitzeko arrazoi nagusia heriotza edo seniderik ez izatea duten kontratuak aurkitzea:

«1547. [...] comparece Mina de Amencabalegui mujer soltera, vecina de la dicha villa de Vergara, subcesora de la casa e casería de AMEÇABALEGUI e sus tierras labradas y por labrar, con todas sus pertenencias por muerte natural de sus padres y hermanos y hermanas [...]»<sup>30</sup>.

Era berean, baserriaren jabetza duten emakumeak aipatzen dituzten dokumentuak aurkitu dira:

«1573. *En ESAUBE YUSO se indica como propietaria Maria de Esaube, viuda*»<sup>31</sup>.

Bestalde, Zestoari buruz aztertutako materiala honako hau da:

Aztertutako denbora tartea .....	1500-1556
Ezkontza-kontratuak .....	118
Emakumeei transmititutako baserriak .....	32

“Zestoaren Historia” azterlanarekin bat etorritz, azterketa honek urtero gertaerak zehatz- mehatz aztertzen dituen metodologia hartu du. Urte bakoitzerako eskuragarri dauden dokumentuak zehatz-mehatz aztertu ditu historialariak, erreferentzia garrantzitsuak gehituz. Ikuspegi horretatik abiatuta, azterketa hori egiteko, kontu handiz hautatu dira aldi bakoitzean aipatutako ezkontza-kontratuak, eta, ondoren, baserriaren transmisioa emakume batek egin duen kasuak identifikatu dira.

<sup>30</sup> [GPAH, 1-46-299] Barrio Elosua - Baserri Amentzelaga: <https://sites.google.com/site/bergarakobaserriak/auzoak-barrrios/elosua/amentzelaga?authuser=0>

<sup>31</sup> LARRAÑAGA GURIDI, F. J. (2017). *Apellidos, linajes y Casas Solares de Bergara II*, 183.or. [GPAH, 1-88-135].

Kasu honetan, aztertutako aldia (1500-1556) txikiagoa izan da<sup>32</sup>. Emakumeei egindako hogeita hamabi baserri-transmisio identifikatu dira, hau da, aztertutako ezkontza-kontratu guztien %27. Transmisio horiek era askotakoak dira, eta hainbat testuinguru eta ezaugarri bereizgarri dituzte. Ezkontza-kontratu askotan herenaren eta bosgarrenaren hobekuntzari buruzko aipamenak aurkitu dira. Hiru adibide adierazgarri:

«1554-IX-29an [...] Grazia Gorosarri amak herenaren eta bostenaren hobekuntza eman zion alaba Maria Gorosarri ezkon-berriari»<sup>33</sup>.

«1535-VII-4an, [...] Joan Urbietak Maria alabari herenaren eta bostenaren hobekuntza eman zion»<sup>34</sup>.

«1554-VII-15ean, [...] ondasun hauek eman zizkion alabari, herenaren eta bostenaren hobekuntza *eginda: Zuubearrena etxea (oraingo Loperena) eta Zuubegoieneko beste etxe bat, beren lur, baso, belardi, sagasti, gaztainadi, soro eta zuhaitzekin*»<sup>35</sup>.

Transmisio horien artean, arrazoi ekonomikoek baserriari eusteko eta titulartasuna alabari transferitzeko erabakia bultzatu duten egoerak jaso dira, seme gizonetzkoak beste baserri batekin loturak ezarri dituelako. Kasu batzuetan, halaber, familian gizonetzko oinordekorik ez egoteak eragin du emakumea aukeratzea baserriko legatu-hartzaile:

«1551-VI-15ean, [...] *Domingok eta Mariak beste seme-alabarik ez zuten, eta Katalina zen oinordeko unibertsala eta bakarra. Dohaintzan emandako on-*

---

<sup>32</sup> Egoera hori aurretik erregistratutako dokumentazio transkribatuaren existentziari egozten zaio, Azkunek aurretik egindako ikerketekin bat etorritz.

<sup>33</sup> AZKUNE MENDIA, I. (2016). *Zestoaren Historia. Zestoa XVI. Mendean*, 1554, 12.or.

<sup>34</sup> AZKUNE MENDIA, I. (2016). *Zestoaren Historia. Zestoa XVI. Mendean*, 1531-1535, 181.or.

<sup>35</sup> AZKUNE MENDIA, I. (2016). *Zestoaren Historia. Zestoa XVI. Mendean*, 1554, 11.or.

*dasunak hauek ziren: Dormutegiko dorretxea, bere lur, baratze, sagasti, harizti, artadi, soro, baso, belardi, larre, errota eta eskubide guztiekin*<sup>36</sup>.

Jarraian aurkezten den ezkontza-kontratuan klausula bat geratzen da agerian, zeinaren bidez aitak, hil aurretik, ezkontideari ematen dion bosterea zehazteko ea baserria alabari edo semeari eskualdatu behar zaion. Prerrogatiba horren ondorioz, amak, azkenean, baserria alabari transmititzea erabaki zuen:

*«1538-I-28an, [...] Kristobal Zelaieta zenak bere testamentuan ahalmena eman zion Grazia emazteari haien etxe eta ondasunak Maria alabari edo Martin Zelaieta semeari emateko. Graziak dohaintzan Maria Zelaietari eta Martin Legardari ondasun hauek eman zizkien: Zestoako hiribilduko etxea [...]»*<sup>37</sup>.

Halaber, hurrengo ezkontza-kontratuan antzeko kasu bat agertzen da. Bertan, ama alargunak, bere seme gizonezkoarekin batera, baserria alabari transmititzeko erabakia hartzen du:

*«1550-VIII-10ean, [...] Maria Perez Zuubekoa alargunak eta seme Joan Lopez Zelaikoak, dote gisa alaba Maria Perez Zelaikoari Zuubearrena baserria eman zioten, bere lur eta ondasun guztiekin»*<sup>38</sup>.

Historialariak behin eta berriz errepikatzen duen eredia erabiltzen du dokumentuen transkripzioetan: ezkontza-kontratuaren data, agiririari fede emateko ardura duen notarioaren izena, eta ezkontzen diren pertsonen izenak eta haien gurasoak erregistratzen ditu, eta horiek ere kontratuaren sinatzeko orduan egongo dira. Alderdi bakoitzak ezkonsari gisa ezkontzari egindako ekarpenak zehazten dira, eta une horretan aipatzen da baserriaren eskualdaketa, ezkontideetako zeinek jasotzen duen gura-

<sup>36</sup> AZKUNE MENDIA, I. (2016). *Zestoaren Historia. Zestoa XVI. Mendean*, 1551, 17.or.

<sup>37</sup> AZKUNE MENDIA, I. (2016). *Zestoaren Historia. Zestoa XVI. Mendean*, 1521-1530, 88.or.

<sup>38</sup> AZKUNE MENDIA, I. (2016). *Zestoaren Historia. Zestoa XVI. Mendean*, 1521-1530, 88.or.

soen baserria adieraziz, eta, horrela, azken hau ezkontzara ekartzen du. Jarraian, bertaratu diren lekukoen izenak erregistratzen dira, eta kontratu hori amaitzeak dakartzan ondorioak deskribatzen dira.

Aztertutako ezkontza-kontratu batzuetan, baserriak eta beste ondasun batzuk alabari eskualdatzen zaizkionean, gurasoek haien gozamena mantentzen dute bizirik dirauten bitartean. Jarraian, historialariak dokumentuaren transkripzioetik abiatuta egindako deskribapenen adibide bat aurkezten da:

«1524. urtean, [...] *Emazteari Osana amak etxea, sagastia, lurrak, arrea eta zilarrezko bi katilu eman zizkion. [...] Hala ere, ondasun haien guztien gozamenaren erdia Osana amarentzat izango zen bizi zen bitartean*»<sup>39</sup>.

Lan honen objektuarekin zuzenean loturiko dokumentuak identifikatu ondoren, dagokion artxibora jo da, eta bertan horien azterketa zehatza egin da. Horrela, notario-eskriturak hurrenez hurren ordena kronologikoan josita daudela ikusi da. Urtebetez eskribau baten aurrean egindako eskritura guztien multzokatzeak protokolo-izena hartzen du, baina protokolotzat hartzen da liburuki batean kronologikoki ordenatutako edozein eskritura-multzo, eskriturek hartzen duten denbora edozein dela ere. Liburuki bakoitza sortu zuen eskribauaren edo notarioaren izenaren bidez identifikatzen da, eta hura identifikatzen duen signatura bat du ondoan. Era berean, protokoloen azalek barruan dauden eskriturei buruzko informazioa ematen dute, eta protokolo bakoitzaren barruan eskritura ugari daude, kasu batzuetan 500era edo 600era iristen direnak. Kasu honetan, aztertutako eskriturek ezkontza-kontratu baten negozio juridikoa islatzen dute, eta aztertu den gaiaren laburpen labur bat dute aurretik. Halaber, eskribauek edo notarioek egindako aurkibideak dituzte, eskriturak errazago aurkitzeko.

<sup>39</sup> AZKUNE MENDIA, I. (2016). *Zestoaren Historia. Zestoa XVI. Mendean, 1521-1553*, 42.or.

Historialariek notario-dokumentu bakoitzaren informazio garrantzitsua duten deskribapenak egin dituzte, baina ez dago dokumentu horien transkripzio osorik. Horrek dokumentuak sakonki irakurtzea eragozten du, ikertzaileak ez baitu testu historiografikoak edo jatorrizko dokumentuak irakurtzeko gaitasunik. Ez dago dokumentuaren transkripzio osorik, eta horrek historialariak erregistro bakoitzerako emandako deskribapenetara mugatzea dakar. Egoera horrek azterketa sakonagoa egitea eta familia bakoitzean emakume bati baserria transmititzeko hautuan eragina izan zuten ezaugarri espezifikoak eskuratzea mugatzen du.

## 5.2. Bizitza-historien elkarrizketak

Oñatiko (Gipuzkoa) bost emakume baserritar elkarrizketatu dira. Anonimotasuna mantentzeko eta elkarrizketatutako pertsonaren nor-tasuna babesteko, honako modu hau erabiltzea erabaki da horietako bakoitza aipatzeko: E1, E2, E3, E4, E5<sup>40</sup>.

	Iraupena	Urtea	Baserria	Anai-arrebak	Ezkontza	Seme-alabak	Jabetza
E1	1:22:20	1928	Gerneta Etxeberri	8	Bai	4	Bera
E2	50:69	1984	Migelentxiki	5	Bai	1	Bera
E3	1:42:57	1935	Joxiueña	9	Ez	-	Iloba (giz.)
E4	33:46	1946	Araotz	2	Bai	3	Iloba (giz.)
E5	1:42:22	1932	Kanpiazelai	8	Bai	5	Semea

<sup>40</sup> Elkarrizketak egiteko erabilitako sekuentziaren arabera mantendu da elkarrizketen ordena.

Elkarrizketak hainbat lekutan egin dira: baserriko sukaldean (E4, E5), baserriko aretoan (E3) bilobaren etxeko sukaldean (E1) eta herriko erretiratuaren etxean (E2). Halaber, elkarrizketak hainbat konpainiarekin egin dira: elkarrizketatzailea eta elkarrizketatua bakarrik (E2, E3, E5), bilobarekin (E1) eta senarrarekin batera, baserriaren jabea (E4). Egindako elkarrizketa bakoitzak testuinguru, egoera eta ezaugarriei dagokienez berezitasun desberdinak aurkeztu baditu ere, eta hori, aldi berean, hainbat erantzun eta ekarpenetan gertatu bada ere, garrantzitsua da azpimarratzea guztiek partekatu dituztela elementu komun batzuk, eta honako ildo hauetan azalduko dira.

Egindako elkarrizketen esparruan, bi kasutan transmititu zaio baserria emakume bati. Lehenengo kasua (E1), zortzi anai-arrebek osatutako familia da (hurrenkera honetan: emakumea, emakumea, gizona, emakumea, emakumea, emakumea, emakumea, gizona). Elkarrizketatua bosgarren postuan zegoen oinordetzan, eta bera izan zen baserria oinordetzan hartu zuena. Transmisio horren zehaztapena honako arrazoi honen ondorio izan zen: praktikotasuna. Gainerako anai-arrebek «aseguratuta» zuten bizitza, bai beren lan-egoeratik, bai ezkondu ziren pertsonaren lan-egoera pertsonalagatik. Aldiz, elkarrizketatuaren bikotea ikazkina zen, eta bera zen baserriari denbora eta ahalegin gehien eskaintzen ziona. Elkarrizketatuaren gurasoek gainerako anai-arrebei bi koltxoi eta mila pezeta eta sukaldeko ontziak eman zizkieten. Bera izan da baserri horrek izan duen lehen emakume jabea. Birraitonak aitonari helarazi zion, aitonak aitari, eta, azkenik, aitak 24 urte bete zituenean jaso zuen jabetza, elkarrizketatua ezkondu baino urtebete lehenago. Honela zioen: «*Emakume naizen aldetik, esperientzia naturala izan da baserriaren jabe izatea, nahiz eta egia izan inguruko baserrietan, normalean, lehentasuna izan dela gizon bati ematea baserriaren ardura*»<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> 2023/04/13an E1-ri egindako elkarrizketa, 51:28 min.

E2ren kasuan, gurasoek baserria sei arabei uztea erabaki zuten, modu ekitatiboan, eta jabetza zati berdinetan banatu zuten guztien artean. Elkarrizketatuak azaldu du berak izan behar zuela «maiorazga», baina bere familiaren baserria txikia zela eta ez zegoela bizitzeko nondik atera. Gainera, fabrika batean hasi zen lanean eta argi izan zuen baserria ez zela berak nahi zuena. «Zu horretan aritzen ez bazara, eskubide hori automatikoki galtzen duzula uste dut. Edo, behintzat, nire gurasoek ez zuten nigan pentsatu baserria administratzeko orduan»<sup>42</sup>.

Aldiz, E3, E4 eta E5 kasuetan, baserriaren gizon batek jaso du. E3ren kasuan, aitak zuen baserriaren jabetza, eta hil ondoren, seme zaharrenak oinordetzan hartu zuen baserriaren jabetza. Ezkongabea zela, azken hau ere hil egin zen, hil baino lehen gizonezko anaia baten esku utzi zuen baserria. Ondoren, anaia gizonezkoa ere hil egin zen, eta, gaur egun, azken horren semea (elkarrizketatuaren iloba) da baserriaren egungo jabea. Kasu honetan, berezitasun garrantzitsu bat da bederatzi anai-arrebetatik zaharrena baserria transmititu ez zitzaion emakume bat zela. Elkarrizketatuak honela hitz egiten du: «Beti transmititzen zitzaion semeari. Maiorazkoa, seme zaharrena. Hori zen ohitura. Alaba zaharrena emakumea zen, bai, baina boterea semeak zuen beti, zaharrena ez bazen ere. Alaba zaharrenak ez zuen espero baserria hartzea. Baserri hau beti egon da gizonen eskuetan»<sup>43</sup>. E4ri dagokionez, baserrira iritsi zenean, jabea senarraren aita zen, eta hil aurretik, baserria bigarren seme zaharrenari (hau da, elkarrizketatuaren senarrari) transferitu zion salerosketa baten bidez, alaba zaharrena emakumea zela ikusita. Gaur egun ere bera da baserriaren jabea. Ezinbestekoa da kontuan hartzea 1340tik aurrera baserri hau gizonen jabetzakoa izan dela beti.

E5ren kasuari erreparatuz, emakume hau seme bakarra zen gizon batekin ezkondu zen adin txikiz, eta horrek berekin ekarri zuen azken

<sup>42</sup> 2023/04/19an E2-ri egindako elkarrizketa, 12:22 min.

<sup>43</sup> 2023/04/19an E3-ri egindako elkarrizketa, 24:58 min.

horrek oinordetzan jaso zuen baserrira lekualdatzea. Hala ere, azpimarratzekoa da lehenago baserria emakume baten mende egon zela, zehazki elkarrizketatuaren senarraren amaren mende. Elkarrizketatuak gaineratu du, bere ikuspegitik, alde nabarmena egon dela jabea emakumea zen baserrien eta jabea gizona zen baserrien artean. Hori egitean, nabarmendu du bera baserrira bizitzera iritsi zenean jabea emakumea zela eta argi geratu zela nork hartzen zituen erabaki garrantzitsuenak familian. Hala ere, jabea gizona zen inguruko baserrietan, bera zen buru. Beraz, badirudi familia-ondarearen titulartasunak eragin erabakigarria izan duela EAEko familietan erabakiak hartzeko orduan.

Garrantzitsua da kontuan hartzea elkarrizketatutako bost emakumee-tatik hiru (E3, E4, E5), egun, baserrian bizi direla, nahiz eta horietako bakar bat ere ez izan baserriaren jabea. E1 eta E2ren kasuan, baserria eskualdatu egin zitzaizen eta jabe izaten jarraitzen dute, horietako bat jabe bakarra izanik; bestea, berriz, lau arrebeekin partekatzen du jabetza. E1 Oñatiko beste etxebizitza batean bizi da, baina astero joaten da baserriaz arduratzera eta familiaren ondarea zaintzera. Bestalde, E2 ere aparteko egoitza batean bizi da, Oñatin, eta, bere arrebeekin batera, gaur egungo baserria eraistea erabaki dute, berria eraikitzeko, ekitatez banatzeko eta, horrela, guztien artean gozatzeko.

Nabarmentzekoa da, Karrerak adierazi bezala (2016:135), gaur egun logika ekonomiko, sozial eta familiarak erabat desberdinak direla iraganeko logiketatik, eta egitura juridiko tradizionalak jatorrizko koherentzia eta segurtasuna galdu dutela. Gaur egungo errotzea ezaugarri eta erreferentzia tradizionalik ez duen ingurune batean garatzen da, bai eta autohornikuntzako oinarrizko beharretatik at ere. Alde batetik, hiri-inguruneeko portaera sozial eta ekonomikoa arautzen duten arauak landa-ingurunea iragazkortu dute; izan ere, bizitegi- kokaleku soilen proiektuak hedatu dira (emaitza material gisa), eta balio sozial modernoetan

hezkuntza- eta kultura-uniformetasuna lortu da (ondorio immaterial gisa). Bestalde, landa- praktika eta nekazaritza-teknika berri gehienak ez dira produktibitatean oinarritzen, baizik eta erabilera- eta kudeaketa-metodoetan, ingurumenaren arrazionaltasun- eta iraunkortasun- irizpideekin bat datozenak. Ildo beretik, E1ek dio baserriak aisialdira gehiago bideratutako funtzioa hartu duela, eta lantoki izateari utzi diola, garai batean izan zen bezala. Elkarrizketatuak esan du pertsona bakoitzak bere lan-eremua ezarri duela, eta jada ez dagoela ekonomikoki baserriaren mende. «Nire testamentuan «sozio» jarri dut, nire seme-alaba guztientzat *izango da. Gaur egun ez da inor bizi, baina asko doaz. “Kalean”<sup>44</sup> bizi gara, baina astero baserrira joaten gara. Hori bai, udan baserrira joaten gara bi hilabetez»<sup>45</sup>.*

E4k kontatzen du hiru seme-alaba dituela (bi gizon eta emakume bat, hurrenkera horretan) eta baserria seme-alabentzat izango dela, zati berdinetan, inor ez baitago prest bertan geratu eta lan egiteko. «Oso gogorra da eta ez dago ondo ordainduta. Gure seme-alabak eskolara joan ziren *eta ondoren lanean hasi ziren, baserritik kanpo, dirua egiteko»<sup>46</sup>. Bestalde, E5ek adierazi du garai batean baserria ezin zela zatitu, osorik pertsona bakar bati transmititu behar zitzaioela. Baserria zaintzeak lehentasuna zuen, baina gaur egun galdu egin du zentzu hori: «*Jada ez dago azienda edo baratzerik lehen bezala, eta oraindik irauten badute, eskala mugatuan da, ez da nahikoa autohornikuntzarako, eta are gutxiago merkaturatzeko. Baserria lanaren eta ekoi-zenaren sinonimoa zen, baina industrializazioa iritsi zenean, jendea fabriketan hasi zen lanean eta dena aldatu zen»<sup>47</sup>. Honako hau gehitu du: «seme-alabak izan genituenean, eskolara bidaltzea erabaki genuen, gartzetatik baserrian**

<sup>44</sup> Kalean bizi dela esaten duenean, herriari egiten dio erreferentzia, eta ez mendiko baserriari. «Kaletar» hitza erabiltzen du ere baserri batean jaio ez den horri erreferentzia egiteko.

<sup>45</sup> 2023/04/13an E1-i egindako elkarrizketa, 15:23 min.

<sup>46</sup> 2023/05/04an E4-ri egindako elkarrizketa, 14:51 min.

<sup>47</sup> 2023/04/05an E5-i egindako elkarrizketa, 49:02 min.

okupatuta egon beharrean, ahal zen neurrian aurrera egiteko eta lan-aukerak bilatzeko»<sup>48</sup>. Gaur egun, bizi diren bost anaietatik bera da baserri batean bizi den bakarra.

Ezkontzari eta familien eta baserrien interesei dagokienez, E1ek aipatzen du bere ezkontza librea izan zela eta ez zuela baimenik behar izan; hala ere, badaki bere arbasoak pertsona jakin batzuekin ezkontzera behartu zituztela garai hartan nagusi ziren interes batzuegatik: «[...]s interes *desberdinengatik, baserri bat lortzeko, kalera jaisteko, lanbide ona zuen gizon batekin ezkontzeko*»<sup>49</sup>.

Emakumeak baserrian izan duen eginkizunari dagokionez, E1ek dio garai batean emakumeak zirela hamar seme-alabak zaintzeaz arduratzen zirenak, etxeko lanak egiten zituztenak eta baserriko lanez arduratzen zirenak. Bestalde, E2k dio emakumeak rol oso garrantzitsua bete duela, eta bera izan dela lan-ekimen ugari gauzatu dituen eta erabakiak hartzen aktiboki parte hartu duena. Elkarrizketatuak uste du emakumeak oso paper garrantzitsua jokatu duela testuinguru horretan, eta emakumeak gauza asko atera dituela aurrera lanean eta erabakiak hartzen. Era berean, E3k elkarrizketan argi utzi du, bere ustez, baserrian gehien lan egin duena emakumea izan dela, nahiz eta gehienetan baserriaren jabetza gizonaren eskuetan egon. Horrela dio: «Ni *gizona banaiz, tradizioz, ahizpa zaharrago bat izan arren, tokatzen zait. Arrebari baserria iritsiko zaio anaiak uko egiten badio*»<sup>50</sup>.

Ildo horretan, E4k azaldu du bere inguruko baserri gehien jabea gizona izan dela. Laugarren elkarrizketa hori elkarrizketatuaren senarrarekin egin da (elkarrizketa egin zen baserriaren jabea), eta galdetu

---

<sup>48</sup> 2023/05/04an E5-i egindako elkarrizketa, 50:10 min.

<sup>49</sup> 2023/04/13an E1-i egindako elkarrizketa, 25:47 min.

<sup>50</sup> 2023/04/19an E3-ri egindako elkarrizketa, 40:37 min.

zaio zergatik jaso zuen baserriaren jabetza. Erantzuna hitz bat izan da, «maiorazko»<sup>51</sup> irribarrearekin batera. Bere emazteak, E4, aurrerago kontzeptu horren definizioa emanez osatzen du erantzuna: «maiorazkoak gizonaren handitasuna esan nahi du»<sup>52</sup>.

57. Azken elkarrizketatuak, E5ek, azaldu du baserria hobekien kontserba zezakeenari transmititzen zitzaioela, emakumea edo gizona izan. Hala ere, oro har, ugazaba gehienbat gizonezkoa izan da. Bere ustez, seme zaharrenak nahiago zuen baserria zuzendu, ziurrenik lanerako indar fisikoa behar zuelako, baina ez dago ziur arrazoi zehatzaz. Familiaren boterea beti aitak edo aitona zuela gaineratzen du. Hala ere, emakume jabeak ezagutu ditu, eta ikusten du gaur egun gero eta emakume gehiago gertzen direla jabetzarekin.

Elkarrizketak egin ondoren, zalantzarik gabe egiaztatu da baserriaren jabe izan ziren emakumeak egon zirela. Ebidentzia hori ez da soilik bere bizitza-historiaren kontakizunetan oinarritzen, baita horietako bik gaur egun ere jabe izaten jarraitzen dutelako ere. Gainera, emakumeek familia-ondareari dagokionez beren gain hartzen zituzten funtzioei eta erantzukizunei buruzko aipamenak egin dira haien testigantzetan. Azken batean, argi geratu da elkarrizketatutako emakumeen kontakizunean, baserriaren jabe gehienak gizonezkoak izan arren, emakumeak zirela baserriaren zuzendari eta administratzaile.

<sup>51</sup> 2023/05/04an E4-ri egindako elkarrizketa, 21:42 min.

<sup>52</sup> 2023/05/04an E4-ri egindako elkarrizketa, 31:24 min.

## VI. ONDORIOAK

LEHENENGOA.— Dohaintza, ezkontza edo jaraunspena dela-eta eskualdatutako familia- ondarea notario-eskrituren bidez eskualdatu izan da, tradizioz, baserriaren zatiezintasuna bermatzeko, familia-, ekonomia- eta bizitza-unitate gisa, bai eta familiaren barruan ere, horretarako gaitasun handiena duen pertsonaren eskuetan, gizonen eta emakumeen arteko diskriminaziorik gabe.

BIGARRENA.— Aplikatutako metodologia kuantitatiboaren zati gisa egindako dokumentu historiko-notarialen analisiak agerian utzi du baserriaren jabetza emakumei transmititu zaien ezkontza-kontratuak daudela. Aurkikuntza horrek adierazten du XVI. mendeko Gipuzkoan baserriaren transmisioak elementu matrilinealak ere hartzen zituela. Joe-  
ra orokorrak baserriak gizonezkoei transmititzeko maiztasun handiagoa iradokitzen duen arren, zenbait kasutan, hainbat zirkunstantziaren ondorioz, emakumeak baserriaren jabetza eskuratu zuten.

HIRUGARRENA.— Euskal familien praktika juridikoa, tradizio historikoan, usadioetan eta ohituretan jatorria zuena, lege-testuetan txertatzen joan da. Batzuetan Zuzenbide komuneko beste lurralde batzuetan sortutako beste praxi eta lege batzuekin ez da bat etorri. Lortutako emaitzei erreferentzia eginez, egiaztatu da Euskal Zuzenbide Zibila Gaztelako ordenamenduak ezarritako debekuekiko immune mantendu zela, eta horrek agerian utzi du lurraldean historikoki nagusitu den testamentu-askatasunaren kontzientzia errotua.

LAUGARRENA.— Erabilitako metodologia kualitatiboaren parte gisa egindako bizitza- historien elkarrizketek ikuspegi sakona eman dute euskal familietan baserriaren eta familia- ondarearen transmisioari buruz egindako praktikei buruz. Halaber, emakumeak Gipuzkoako XVI. men-

deko landa-bizitzan izan zuen garrantzia azaleratu da, bai eta baserriaren jabetza familia unitate ekonomiko gisa behar bezala mantentzeko zuen gaitasuna ere.

BOSTGARRENA.— Gaur egun, familia-ondarearen antolamenduaz, erabileraz, gozamenaz eta transmisioaz, besteak beste, arduratzen den EAEko araudi zibila bilakaera historiko, sozial eta legegile horren emaitza da, baita emakumeak gizonarekin duen posizio juridikoa alderdi guztietan eta, bereziki, familia-ondare hori nork jasoko duen erabakitzeke unean berdintasunez errespetatzearen eta aintzat hartzearen emaitza ere.

SEIGARRRENA.— Eusko Legebiltzarrak Euskal Zuzenbide Zibilari buruzko Legea onartzean foru- eta ohitura-tradizio juridikoaren ondare hori jaso du, Bizkaiko Foru Zahar eta Berrietan jasotako legeetan jada isladatu zena; hain zuzen ere, eskubideetan gizona eta emakumea partekatzen ditu, eta, aldi berean, bere gain hartzen du unean uneko beharriar sozialen arabera lege berriak garatzeko lana, bere eskumenen barruan, baita ohituraren bidetik eta Foru Zuzenbide Zibilaren printzipio orokorretatik ere, Zuzenbidearen iturri gisa.

ZAZPIGARRENA.— Burututako ikerketaren emaitzek agintaritze eskudunei zuzendutako jarduera bikoitza proposatzen dute: esparru akademikoan, Lurralde Historikoetako euskal sistema juridiko pribatuan emakumearen izaera juridikoaren azterketa eta zabalkundea bultzatzeko konpromisoa, berdintasunaren, zentzu sozialaren eta askatasunaren printzipioetan oinarritzen dena; eta esparru instituzionalean (Eusko Jaurlaritza eta Legebiltzarra, Emakunde, Foru Aldundiak eta Batzar Nagusiak, eta abar), ekimen berriak garatzea, legezkoak zein ekonomikoak, emakumearen posizio juridikoa aitortzen, errespetatzen eta bultzatzen jarraituko dutenak, bai aukera-berdintasunaren terminoetan familia-ondarea-

ren transmisioan, bai familia- enpresen zuzendaritza-erantzukizunetan oraindik dauden kristalezko sabaiaik behin betiko haustean, gaur egungo familia-ondare gisa, batzuetan eskuratzen baita, baina zuzendaritzaren egikaritza murrizta da oraindik.

## VII. BIBLIOGRAFIA

ABARCA, A.; ALPÍZAR, F.; SIBAJA, G. & ROJAS, C. (2013). *Técnicas cualitativas de investigación*. San José, Costa Rica: UCR.

AGUIRRE-ROMÁN, J.O. & PABÓN-MANTILLA, A.P. (2020). *Hacia una epistemología jurídica crítica: precisiones y distinciones sobre epistemología jurídica, métodos y metodología*. *Entramado*, 16(2), 186-201.orr.

ATKINSON, R. (1998). *The Life Story Interview*. Sage: Thousand Oaks, California.

AYERBE IRIBAR, R. (1996). *Casas y caserías de Andoain-Sorabilla. Ensayo de un padrón histórico*. *Revista de estudios históricos de Andoain*.

-(2001). *Instituciones tradicionales del Derecho Civil Vasco (pasado, presente y futuro)*, *Boletín de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País*, LVII, 295-338.orr.

-(2019). *El primer derecho foral escrito de Álava y Guipúzcoa. Leyes Históricas de España*. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid.

-(2022). *De la libertad de elección de heredera al mayorazgo masculino. Guipúzcoa (S. XVI-XVIII)*. *Boletín de estudios históricos sobre San Sebastián y Gipuzkoa*. Separata. San Sebastián-Donostia.

AZKUNE MENDIA, I. (2016). *Zestoaren Historia. Zestoa XVI. Mendean*.

BERRIOCHOA, P. (2013). *Como un jardín. El caserío guipuzcoano entre los siglos XIX y XX*. Bilbo: UPV/EHU.

BOTERO BERNAL, A. (2003). *La metodología documental en la investigación jurídica: alcances y perspectivas*. *Opinión Jurídica*, vol. 2, 4.zk., 109-116.orr.

BUCHMANN, M. (1989). *The Script of Live*, University Chicago Press, Chicago.

CARO BAROJA, J. (1988). *Estudios sobre la vida tradicional española*, Península, Barcelona.

CELAYA IBARRA, A. (1993). *Derecho Civil Vasco*, Universidad de Deusto, Bilbao.

CHAPARRO, P. (2013). “Lección 8”, *Derecho Civil IV, Derecho a la familia*, en *De Verda y Beamonte*, J. R., Tirant lo Blanch, Madrid.

CHARTIER, R. (1995). *El mundo como representación*. Estudios sobre historia cultural, Gedisa, Buenos Aires, 78, 79.orr.

DEL VALLE, T. et al. (1985). *Mujer vasca: Imagen y realidad*, Barcelona, Anthropos.

ERZBERGER, C. & KELLE, U. (2003). *Making inferences in mixed methods: the rules of Integration*. In A. Tashakkori & C. Teddie (Eds.), *Handbook of Mixed Methods in Social & Behavioral Research* (457-488.orr.). Thousand Oaks, CA.: Sage.

FERNÁNDEZ, M. (2012). “Aportes de la aproximación biográfico-narrativa al desarrollo de la formación y la investigación sobre formación docente”. *Revista de Educación*, 4, 11-36.orr. Mar del Plata, Argentina: Facultad de Humanidades, Universidad Nacional de Mar del Plata.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S. (2009). *La regulación sucesoria de la propiedad del caserío en el territorio histórico de Guipúzcoa*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Iura Vasconiae.

GALLEGO, J. (2003). *La historia agraria de la Grecia antigua: una introducción a las interpretaciones recientes*. El mundo en la Grecia antigua (Julián Gallego, ed.). Akal. Madrid.

GOIKOETXEA OLEAGA, L. (2016). *La función social de la propiedad y los principios patrimoniales del Derecho Civil Vasco*. El Derecho Civil Vasco del siglo XXI de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros. Colección Informes y Documentos. Serie Maior, Vitoria-Gasteiz.

JONES, G.R. (1983). “Life History Methodology” in Morgan, G., *Beyond Methods*, Sage, London, 147.or.

JOSSelson, R., ed. (1996). *The Narrative Study of Lives*, vol. 4, Ethics and Process in the Narrative Study of Lives. Thousand Oaks, CA: Sage.

- KARRERA EGIALDE, M. (2016). *La sucesión agraria y la troncalidad vizcaina*, *Revista de derecho agrario y alimentario segunda época*, 69.zk.
- LARA-ANDRADE, I. V. & BALCAZAR-LIEVANO, A. M. (2022). *Capitulaciones Matrimoniales: acto jurídico aliado del matrimonio*, *Revista de Investigaciones Universidad del Quindío*, Colombia, vol. 34, 2.zk.
- LARRAÑAGA GURIDI, F. J. (2017). *Apellidos, linajes y Casas Solares de Bergara I, II y III*.
- MARIN, L. (2009). *Poder, representación, imagen*. Prismas. *Revista de historia intelectual*, 13, 137.or.
- Mertens, D. (2005). *Research and Evaluation in Education and Psychology: Integrating Diversity with Quantitative, Qualitative, and Mixed Methods* (2nd ed.). Thousand Oaks, CA: Sage.
- MONASTERIO ASPIRI, I. (2016). *La Metodología: prácticas y principios del análisis de documentos. Derecho Civil Foral (ss. XVII-XIX). El Derecho Civil Vasco del siglo XXI De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Vitoria-Gasteiz. Txosten eta Agiriak Bil-duma. Maior Saila Colección Informes y Documentos. Serie Maior.
- MONREAL ZIA, G. (2021). *Fuentes del Derecho Histórico de Bizkaia*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- NAVAJAS LAPORTE, A. (1975). *La Ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa. San Sebastián: Sociedad Guipuzcoana de Ediciones y Publicaciones*. [Monografías, no 3]. Hau ere AVD/ZEAk editatua (2009). Colección Clásicos del derecho vasco, 9.zk.
- OLIVERI KORTA, O. (2007). *Mujer, casa y familia en el estamento hidalgo guipuzcoano del S. XVI*. Universidad del País Vasco.
- ONWUEGBUZIE, A. & LEECH, N. (2005). *On becoming a pragmatic researcher: The Importance of combining quantitative and qualitative research methodologies*. *International Journal of Social Research Methodology*.
- PÉREZ GALLARDO, L. (2004). *Derecho de sucesiones*, vol. I. La Habana: Editorial Félix Varela.
- PLUMMER, K. (1983). *Documents of Life*, Allen, London. 98.orr.

- PORRES MARIJUÁN, M.R. (1996). *Introducción: Protocolos notariales e investigación en Porres Marijuán*, M.R. (coord.), *Aproximación metodológica a los protocolos notariales de Álava (Edad Moderna)*, Bilbao, Universidad del País Vasco.
- PUJADAS, J. (1992). “El método biográfico: el uso de las historias de vida en ciencias sociales”. Spain: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- RAMÍREZ ATEHORTÚA, F. H., & ZWERG-VILLEGAS, A. M. (2012). *Metodología de la investigación: más que una receta*. AD-Minister, (20), 91-111.orr.
- RESÉNDIZ, R. (2015). *Biografía: proceso y nudos teóricos metodológicos*. En M. Tarrés (coord.), *Observar, escuchar y comprender sobre la tradición cualitativa en la investigación social* (127- 158.orr.) México: Flasco y El Colegio de México, A.C.
- RODAS PACHECO, F.D. & SANTILLÁN IÑIGUEZ, J.J. (2019). *Breves consideraciones sobre la Metodología de la Investigación para investigadores principiantes*, INNOVA Research Journal.
- ROSENTHAL, G. (2007). “Biographical research” in Seale, C., Gobo, C., Gubrium, J.F. and Silverman, D. (eds) *Qualitative Research Practice*. Los Angeles: Sage Publications.
- RUIZ ASTIZ, J. (2012). *Fuentes notariales sobre la imprenta pamplonesa del siglo XVII: análisis documental y metodológico*. Titivillus, 251-275.orr.
- SANMARTÍN, R. (2003). *Observar, escuchar, comparar, escribir. La práctica de la investigación cualitativa*, Barcelona, Ariel Antropología.
- SANTANA, A. (1993). *Baserría. Bertan*. Gipuzkoako Foru Aldundia. Donostiarra. y otros (2001). *La arquitectura del caserío de Euskal Herria. Historia y tipología*. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. Vitoria.
- SERRADILLA HERNANDO, F. J. (2000). “El sistema de fuentes del País Vasco”, en Bercovitz, R. y Martínez Simancas, J. (Dirs.), *Derechos civiles de España*, I, Elcano. También, AIZPURÚA ONDARO, G. “Comentario a los arts. 1 a 4”, cit.
- SERRANO, F.J. L. (1996). *Los protocolos notariales como fuente de investigación del condado de Montealegre*. Ensayos: Revista de la Facultad de Educación de Albacete, (11), 41-52.orr.

TAYLOR, S. & BOGDAN, R. (1987). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. Barcelona: Paidós Básica.

UGALDE, M. (1996). “Notas para una historiografía sobre nación y diferencia sexual”, *Arenal: Revista de Historia de las mujeres*, vol. 3, 2.zk., 217-256.orr.

VALVERDE LAMSFUS, L. (2013). *La transmisión de la herencia en Gipuzkoa durante la Edad Moderna: problemas, estrategias y consecuencias*. Universidad del País Vasco, Iura Vasconiae.

WITKER, J. (2015). *Las ciencias sociales y el derecho*. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 48(142), 339-358.orr.

WRIGHT MILLS, C. (1959). *La imaginación sociológica*, México, F.C.E. 55-11.orr.



# La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi

Ignacio Javier ETXEBARRIA ETXEITA

Secretario General del Ayuntamiento de Getxo

Miembro de la Junta de Gobierno de la Academia Vasca de Derecho

Getxoko Udalaren Idazkari Nagusia

Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Gobernu-batzaren Kidea

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 7/03/2024

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 15/06/2024

**Resumen:** El artículo pretende trasladar al lector una visión y una valoración jurídica acerca de la reciente jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y Juzgados de lo contencioso administrativo sobre la exigencia del euskera y el derecho de acceso al empleo público. También se abordan los pronunciamientos de dicho Tribunal respecto al Decreto 179/2019, de 19 de noviembre, sobre normalización del uso institucional y administrativo de las lenguas oficiales en las Instituciones Locales de Euskadi.

**Palabras clave:** perfil lingüístico; índice de obligado cumplimiento; discriminación; exclusión; normalización lingüística.

Academia Vasca de Derecho  
Zuzenbidearen Euskal Akademia  
ISSN: 2173-9102  
DL./L.G.: BI-1677-03

Ilustre Colegio Notarial del País Vasco  
Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Prestua

Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia  
Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsua

Boletín *JADO*. Bilbao. Año XIX. Nº 32. Enero-Diciembre, 2024, pp. 221-273  
*JADO* Aldizkaria. Bilbo. XIX. urtea. 32 zk. 2024, Urtarrila-Abendua, 221-273 or.

**Euskadiko toki-administrazioek euskara zerbitzurako eta herritarrekiko harremanetarako hizkuntza gisa erabiltzeari eta enplegu publikora iristeko euskara eskatzeari buruzko jurisprudentzia berria**

**Laburpena:** Artikuluak Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiko Administrazioarekiko Auzien Salaren eta administrazioarekiko auzien epaitegien jurisprudentzia berriari buruzko ikuspegi eta balorazio juridikoa helarazi nahi dio irakurleari, euskararen eskakizunari eta enplegu publikora iristeko eskubideari buruz. Era berean, Euskadiko Toki Erakundeetan hizkuntza ofizialen erabilera instituzionala eta administratiboa normalizatzeari buruzko azaroaren 19ko 179/2019 Dekretuari buruz Auzitegi horrek emandako erabakiei heltzen zaie.

**Gako-hitzak:** hizkuntza-eskakizuna; derrigorrez bete beharreko indizea; diskriminazioa; bazterketa; hizkuntza-normalizazioa.

**The recent jurisprudence regarding the requirement of Basque for access to public employment and the use of Basque as a language of service and relations with citizens by the local administrations of Euskadi**

**Abstract:** The article aims to convey to the reader a vision and a legal assessment about the recent jurisprudence of the Administrative Litigation Chamber of the Superior Court of Justice of the Basque Country and Administrative Litigation Courts on the requirement of Basque and the right of access to public employment. The pronouncements of said Court regarding Decree 179/2019, of November 19, on normalization of the institutional and administrative use of official languages in the Local Institutions of Euskadi, are also addressed.

**Key words:** linguistic profile; mandatory compliance index; discrimination; exclusion; linguistic normalization.

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

**SUMARIO:** I.-: INTRODUCCIÓN; II.-: EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO Y LA EXIGENCIA DEL CONOCIMIENTO DEL EUSKERA: 2.1.) Sentencia del TSJPV 152/2021; 2.2.) Sentencia del TSJPV 84/2023; 2.3.) Sentencias recaídas en otros procedimientos judiciales; 2.4.) Conclusiones jurídicas; III.-: SENTENCIA DEL TSJPV RELATIVA AL DECRETO 179/2019, DE 19 DE NOVIEMBRE, SOBRE NORMALIZACIÓN DEL USO INSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO DE LAS LENGUAS OFICIALES EN LAS INSTITUCIONES LOCALES DE EUSKADI; IV.-: REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES



## I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es analizar los contenidos de las últimas sentencias que se han dictado en los diferentes juzgados y en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) en relación a la exigencia del euskera y el acceso al empleo público, así como también a la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi.

Traslado un análisis jurídico de unos pronunciamientos judiciales que han suscitado polémica y preocupación en la sociedad vasca, sobre un tema que se entendía pacífico respecto a pronunciamientos judiciales en sus aspectos fundamentales.

El trabajo busca realizar una aportación para un equilibrio entre el derecho general al acceso al empleo público y la existencia en nuestra Comunidad de una lengua propia y oficial, el euskera, cuya oficialidad despliega efectos jurídicos de primer orden, lengua que precisa por su situación real de minoritaria y minorizada en contraste con el castellano, de unas medidas de protección y fomento a los que la normativa jurídica obliga sin caer en situaciones de discriminación.

En primer lugar analizaré los pronunciamientos recaídos en distintas sentencias sobre el acceso a la función pública y la exigencia del conocimiento del euskera y posteriormente los pronunciamientos recaídos sobre la normativa relativa al euskera como lengua de trabajo y servicio de las administraciones locales.

Como observación a todas las sentencias que se van a comentar, es preciso indicar que contienen referencia a diferentes preceptos de rango constitucional, legal o reglamentario pero en ningún caso realizan referencia alguna a la Carta Europea de Lenguas Regionales o Minoritarias, entre las que se incluye el euskera, ratificada por el Estado Español en el año 2001 y que se integra en el ordenamiento jurídico, e impone a los poderes públicos la adopción de medidas para promover la igualdad entre los habitantes que utilizan las citadas lenguas y el resto de la población

## II. EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO Y LA EXIGENCIA DEL CONOCIMIENTO DEL EUSKERA.

Como luego podrá observarse existen pronunciamientos del TSJPV que varían de manera importante en función de la Sección de la que provengan.

Paso a comentar en primer lugar dos sentencias de la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJPV que han servido de guía para sentencias de diferentes Juzgados.

### 2.1. Sentencia del TSJPV 152/ 2021, de 4 de mayo Ayuntamiento de Irún (1)

Se impugna ante la jurisdicción contencioso-administrativa una convocatoria del ayuntamiento de Irún para seleccionar 12 plazas de policías locales en las que en todas ellas se exigía el perfil lingüístico 2.

La sentencia justifica la admisibilidad del recurso de apelación, en base a que si bien el apelante no había recurrido la relación de puestos de trabajo, que es donde se determinan los perfiles lingüísticos y su preceptividad, ello no le sería exigible ya que la sentencia estima que el mo-

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

mento en que se han visto afectados los derechos del recurrente ha sido con la aprobación de las bases reguladoras del procedimiento selectivo y no antes, y que además, lo que se cuestiona es si dichas bases vulneran el derecho a acceder a funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad, derecho recogido en el artículo 23 de la Constitución y por tanto derecho fundamental susceptible de recurso de amparo.

Estas afirmaciones se recogen en el Fundamento de Derecho cuarto y hay que indicar que es inexacto lo que manifiesta en relación a que el momento en que se han visto afectados los derechos del recurrente ha sido con la aprobación de las bases reguladoras, ya que previamente se ha publicado la resolución que aprueba la oferta pública de empleo donde figuraban las plazas objeto de convocatoria impugnada con la concreción de los perfiles lingüísticos exigidos.

En el Fundamento de Derecho quinto se realiza toda la argumentación partiendo del análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional 82/1986, relativa a la ley 10/1982, básica de normalización del uso del euskera, y de cómo analiza el artículo 14 de dicha Ley, que con el fin de garantizar el derecho de la ciudadanía a relacionarse en ambos idiomas oficiales con la administración pública, prevé que los poderes públicos adoptarán las medidas tendentes a la progresiva euskaldunización del personal y determinarán las plazas en las que es preceptivo el conocimiento de ambas lenguas.

De dicha sentencia destaca que la oficialidad no está condicionada por el nivel de uso de la lengua, que únicamente se establece el deber de conocimiento individualizado de la lengua castellana, que de acuerdo con la obligación de garantizar el uso de las lenguas oficiales por los ciudadanos y con el deber de proteger y fomentar su conocimiento y utilización, nada se opone a que los poderes públicos prescriban en el ámbito de sus respectivas competencias el conocimiento de ambas lenguas para acceder a determinadas plazas de funcionario o que en general,

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

se considere como un mérito, entre otros, el nivel de conocimiento de las mismas, siempre y cuando la aplicación del indicado artículo no produzca discriminación

También cita la sentencia 76/1983 del Tribunal Constitucional de la que traslada la siguiente conclusión: «...la Constitución consagra el derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad (art. 23.2) y según criterios de mérito y capacidad (art. 103.3), por lo que la garantía a que se refieren los recurrentes no puede suponer para determinados españoles un condicionamiento en el ejercicio de uno de sus derechos fundamentales que, yendo más allá de lo exigido en el art. 3.1 de la Constitución, vacíe de contenido a ese derecho.

*Una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales y estatutarios lleva, por una parte, a considerar el conocimiento de la lengua propia de la comunidad como un mérito para la provisión de vacantes, pero, por otra, a atribuir el deber de conocimiento de dicha lengua a la administración autonómica en su conjunto, no individualmente a cada uno de los funcionarios, como modo de garantizar el derecho a usarla por parte de los ciudadanos de la respectiva comunidad.*

*Ahora bien, dentro de este contexto, la valoración relativa de dicho mérito [...] no tiene su fundamento en la implantación real de la lengua en cuestión, sino en la necesaria garantía del derecho a usarla...».*

A continuación cita la normativa de policía indicando que trata de encontrar un equilibrio entre el derecho de los ciudadanos a relacionarse con la administración en euskera y el derecho de los castellanohablantes a acceder a los cargos públicos y que la administración ha de buscar la vía para garantizar la posibilidad de que la ciudadanía pueda relacionarse con ella en euskera sin que ello suponga una discriminación en su derecho a acceder al empleo público para los ciudadanos que no conocen ese idioma. De tal modo que no cabe que se exija el conocimiento del euskera para acceder a todos los cargos públicos cuando existe una masa de ciudadanos que no conocen (ni tienen obligación de hacerlo) la lengua cooficial.

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

A la hora de analizar el supuesto concreto, la sentencia indica que existen 80 plazas de policía local en Irún, de las cuales 28 no tienen fecha de preceptividad y por tanto, sí la tienen las 52 restantes, que las que no tienen fecha de preceptividad se encuentran todas ellas ocupadas y que el Ayuntamiento de Irún cuándo queda un puesto vacante, le asigna una fecha de preceptividad ya vencida, lo que conlleva que únicamente pueden acceder a él personas que acrediten el conocimiento de la lengua cooficial, lo que, en opinión del Tribunal no se compadece con el respeto al derecho de todos los ciudadanos a optar a los empleos públicos. A continuación, manifiesta que no es necesario que todos los agentes de la policía local conozcan el euskera para garantizar a los ciudadanos el derecho a relacionarse con la administración utilizando esa lengua, dando indicaciones de cómo debía organizarse el servicio policial, lo que en mi opinión es interferir en la capacidad de autoorganización del ayuntamiento para prestar sus servicios.

Estima la sentencia que la opción de la administración, de exigir como requisito para poder aspirar a policía local acreditar un determinado nivel de euskera, requisito no justificado para garantizar los derechos de los ciudadanos, se convierte en elemento de discriminación hacia una parte importante de la población y por tanto revoca la sentencia de instancia y declara nula la resolución por suponer una vulneración del artículo 23.2 de la Constitución.

Es llamativo que en toda la fundamentación jurídica no se hace ninguna referencia a la normativa autonómica y concretamente no se hace ninguna referencia al Decreto 86/ 1997, de 15 de abril, que regula el proceso de normalización lingüística en las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Este Decreto, en los artículos que a continuación se transcriben, fija las determinaciones fundamentales de aplicación a la exigencia o valoración del euskera para el acceso al empleo público.

El artículo 4 indica que el proceso de normalización lingüística en las Administraciones Públicas Vascas se llevará a cabo a través de la aprobación y ejecución de los Planes de Normalización del Uso del Euskera de cada entidad y la asignación a los puestos de trabajo de los perfiles lingüísticos y, en su caso, fechas de preceptividad, según lo dispuesto en el presente Decreto.

El artículo 7 indica que el perfil lingüístico está determinado por los niveles de competencia en euskera necesarios para la provisión y el desempeño de los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas radicadas en la Comunidad Autónoma de Euskadi. En tanto el perfil lingüístico no fuera preceptivo, servirá exclusivamente para determinar la valoración que, como mérito, habrá de otorgarse al conocimiento del euskera, tanto en la provisión de puestos de trabajo como en la selección externa.

El artículo 8 indica que la fecha de preceptividad es aquella a partir de la cual el cumplimiento del perfil lingüístico se constituye como exigencia obligatoria para el acceso y desempeño del correspondiente puesto de trabajo, concretando el artículo 9 que el perfil lingüístico así como, en su caso, la fecha de preceptividad, deberán quedar incorporados dentro de las especificaciones que, con carácter necesario, han de figurar en las relaciones de puestos de trabajo de cada Administración Pública, conforme a las previsiones contenidas en los artículos 15 y 97 de la Ley de Función Pública Vasca.

La determinación de cuantas dotaciones de puestos de trabajo han de tener perfil lingüístico preceptivo se regula en el artículo 11 que indica:

*«1.— El índice de obligado cumplimiento es el porcentaje que, para cada Administración y en cada período de planificación, debe suponer, respecto del total de dotaciones de puestos de trabajo, el número de aquellas que tengan asignado un perfil lingüístico preceptivo.*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

2— *Tomando en consideración la información relativa al conocimiento del euskera por la población de la Comunidad Autónoma de Euskadi recogida en el Censo o Estadística de Población y Vivienda y, en su caso, en las tablas generales de su validación, se establece el siguiente índice de obligado cumplimiento:*

*Euskaldunes + (Cuasi Euskaldunes/2).*

3.— *Para cada período de planificación, el cálculo de este índice se efectuará a partir de los datos del último Censo o Estadística de Población y Vivienda a la fecha de inicio de ese período y correspondiente al ámbito territorial de actuación de cada Administración Pública».*

Como se deduce de la normativa expuesta la exigencia del euskera para acceder al empleo público esta objetivada a través de un porcentaje, en mi opinión máximo, denominado índice de obligado cumplimiento, que se aplica sobre la totalidad de las dotaciones de los diferentes puestos de trabajo, que se basa en la realidad sociolingüística del ámbito territorial de cada administración pública y es objeto de revisión en cada periodo de planificación quinquenal. Esta normativa es la que de manera objetiva y hasta la fecha de forma pacífica y aplicada por los Tribunales logra un equilibrio razonable entre el derecho al acceso al empleo público y la necesidad de normalizar lingüísticamente en ambos idiomas oficiales la administración pública.

De esta normativa que desarrolla de manera expresa la Ley 10/1982 básica de normalización del uso del euskera y la Ley 6/1989 de la Función Pública Vasca nada, dice la sentencia, sino que directamente anula las bases de la convocatoria por entender que nadie que no sepa euskera puede acceder a las plazas convocadas. Si la sentencia hubiera contrastado la convocatoria con el Decreto 86/1997, se encontraría con que la misma estaba dentro de los límites del índice de obligado cumplimiento, que es un porcentaje a aplicar sobre la totalidad de las dotaciones de la administración convocante, en este caso el Ayuntamiento de Irún y no a cada

convocatoria, siendo competencia de cada administración, dentro de los criterios recogidos en el Decreto 86/1997 y con respeto a las limitaciones que impone, la determinación concreta de asignación de forma razonada y previo informe de la Viceconsejería de Política Lingüística del Gobierno Vasco, de los perfiles lingüísticos de los puestos de trabajo y de las fechas de preceptividad. Con la normativa autonómica vigente que estén ocupadas los 28 puestos de policía local que no tienen fecha de preceptividad vencida tiene relevancia ya que el índice de obligado cumplimiento se computa sobre la totalidad de las dotaciones de la plantilla municipal.

La sentencia realiza una vinculación directa entre la convocatoria y los derechos fundamentales de manera aislada, sin tener en cuenta la normativa relativa a la normalización lingüística, que es de obligado cumplimiento y que es la que tiene por finalidad cohonstar el derecho al acceso al empleo público con la existencia de una lengua cooficial y las medidas necesarias para normalizar lingüísticamente en ambos idiomas oficiales la administración pública.

Obviar la aplicación de esa normativa por las administraciones públicas es lo que puede generar discriminación en el acceso al empleo público y/o en el derecho al uso del idioma cooficial por parte de la ciudadanía en sus relaciones con el personal al servicio de la administración pública.

La sentencia en su fallo anula unas bases pero nada resuelve acerca de la adecuación a derecho ni de la relación de puestos de trabajo, ni de la oferta de empleo público, ambas aprobadas por actos administrativos firmes y consentidos que de conformidad con la legislación vigente en materia de función pública determinan el contenido de las convocatorias de selección.

Esta sentencia fue objeto de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, pero fue inadmitido el recurso pese a que el propio TSJPV opinó al amparo del artículo 89.5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa “*que debe admitirse el recurso de casación interpuesto toda vez*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

*que, de esta forma el Tribunal Supremo puede fijar doctrina sobre el alcance de la exigencia del conocimiento del euskera en el acceso a la función pública vasca”.*

Tampoco fue admitido el recurso de casación autonómico por el TS-JPV pese a la manifestación indicada favorable a la admisión.

## **2.2. Sentencia del TSJPV 84/ 2023, de 24 de febrero Fundación Uliazpi (2)**

En este recurso contencioso administrativo se recurren las bases de la convocatoria de 34 plazas de cuidador/a de la Fundación Uliazpi en las que para 32 de las plazas convocadas se requería la acreditación del perfil lingüístico.

En esta sentencia se fundamenta el fallo en base al contenido de dos Fundamentos de Derecho el sexto y el séptimo que recogen razonamientos diferentes.

El Fundamento de Derecho sexto no tiene en cuenta la normativa autonómica sino que únicamente se fija en la convocatoria y de manera directa la confronta con el derecho al acceso al empleo público. En dicho Fundamento de Derecho se recoge lo siguiente:

*«En primer lugar, el derecho de acceso conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad invocados por los recurrentes no puede reducirse a su participación en el procedimiento de selección, si los requisitos lingüísticos establecidas en sus bases comportan para aquellos unas condiciones desfavorables o restrictivas de concurrencia en comparación con las ofrecidas a los candidatos con conocimientos del euskera. Y no por discutirse la valoración como mérito del PL2 en el acceso a 2 plazas de las 34 invocadas, como argumento entendemos ad hoc en esta instancia, sino por extenderse el de exigencia del mismo PL (el 2) con fecha de preceptividad, ergo condición de acceso, a las 32 restantes, lo que comporta de “hecho” la exclusión de los aspirantes castellano-*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

*parlantes de la convocatoria al reducir a la mínima expresión sus posibilidades de acceso, esto es, el 5,88 del total de plazas convocadas.*

*Es, pues, esa desproporción entre aspirantes (100% de los euskaldunes vs. 5,88% de los castellanos parlantes) la que marca el cariz discriminatorio por razones lingüísticas de las bases recurridas».*

En el Fundamento de Derecho séptimo la sentencia cita al Decreto 86/1997 y se analiza el índice de obligado cumplimiento, manifestándose lo siguiente:

*«El llamado índice de obligado cumplimiento, fijado de conformidad con el artículo 11 del Decreto 11 del Decreto 86/1997 en el Plan de normalización aprobado por la Diputación Foral de Gipuzkoa en el período 2018-2022, no puede trasladarse a las bases de la convocatoria de acceso al punto de sacrificar con el alcance señalado en el fundamento anterior el derecho de los recurrentes amparado por el artículo 23.2 y concordantes de la Constitución.*

*Lo que marca dicho índice (65,32%) es el objetivo de obligado cumplimiento para la Diputación y sus organismo autónomos en el período de aplicación del Plan (artículo 11.1 y 3 del Decreto 86/1997 de 15 de abril); o sea, gradualmente y no mediante la OPE correspondiente a una sola de las anualidades (en este caso la de 2020) comprendidas en dicho período; así es que, la sentencia (idem, la defensa del apelado) aluden a un resultado, cifrado en el 57,87%, aproximativo del marcado por el antedicho índice.*

*En todo caso, lo que no puede hacer la Administración Pública es trasladar el mencionado objetivo a una convocatoria asignando al 94% de las plazas convocadas un determinado perfil lingüístico en euskera con fecha de preceptividad para así alcanzar o aproximarse al índice de referencia, con la consecuencia de imponer a todos los aspirantes tal requisito en menoscabo del derecho de acceso al empleo público de quienes no acrediten el conocimiento lingüístico requerido; aun en el caso de provisión de puestos como el de cuidador-a que por sus fun-*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

*ciones y relación del empleado con los usuarios y familiares de este demanda en el porcentaje señalado el conocimiento de los dos idiomas oficiales en la Comunidad Autónoma.*

*Con la misma razón o finalidad “maximalista” podría exigirse la acreditación de perfil lingüístico, con fecha de preceptividad, en todas las plazas convocadas; aun fueran más de las 34 ofrecidas en la convocatoria discutida. Y aun en ese caso, hablar de solución equilibrada o ponderada.*

*Más aún, no solo hay desproporcionalidad entre el requerimiento de PL-2, con fecha de preceptividad, en 32 de las 34 plazas convocadas y sus efectos en la esfera jurídica de los recurrentes, sino que también hay desproporcionalidad entre el índice de referencia (póngase el del 65,32% o el efectivamente aplicado) y el porcentaje (casi del 94%) de las plazas convocadas a que se ha extendido tal requisito de acceso.*

*Por lo tanto, dando por buenos dichos porcentajes, y no los estimados por los apelantes en base a datos que no fueron alegados ni acreditados en la instancia, además de referidos a la fecha de la sentencia y no de la convocatoria, hay también una manifiesta desproporcionalidad entre las previsiones u objetivos de normalización en el ámbito del Organismo demandado, marcados por el índice de referencia y los efectos de su aplicación en la convocatoria recurrida (65,32% vs 5,88%).*

*En conclusión, teniendo la Administración demandada la facultad y deber de organizar sus recursos personales para propiciar el ejercicio efectivo del derecho de los ciudadanos de relacionarse con ella en euskera (artículos 3.1 de la Constitución Española y 6.1 del Estatuto de Autonomía del País Vasco) no puede trasladarse a todos los aspirantes al empleo público en el mismo ámbito el déficit que representa la diferencia entre las dotaciones con perfil lingüístico y el índice exponencial de la euskaldunización en el territorio foral, con la consecuencia de limitar el derecho de aquellos a acceder en condiciones de igualdad a las plazas convocadas en la medida que denotan los efectos desproporcionados señalados.*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

*Y, en consecuencia, hay que declarar la nulidad de la convocatoria por vulneración de los derechos fundamentales invocados por los apelantes (artículo 47.1 a de la Ley 39/2015)».*

En esta sentencia se reconoce que pese a incorporar el perfil lingüístico preceptivo a 32 de los 34 plazas no se llegaría al índice de obligado cumplimiento, pero pese a ello, opina que no puede trasladarse el objetivo de alcanzar dicho índice a la convocatoria de un único año si ello sacrifica el derecho al acceso al empleo público, y que hay otros medios para lograr los objetivos del Plan de normalización. Destaca que el porcentaje de las plazas a las que se exige el requisito del euskera supera con creces ese índice lo que implica una desproporción entre los objetivos de la normalización lingüística de la Fundación y los efectos de su aplicación en la convocatoria recurrida.

Lo que obvia la sentencia es que el índice se refiere al total de dotaciones de la Fundación y la realidad lingüística de las dotaciones existentes previa a la convocatoria es un factor determinante, ya que manteniendo en cada convocatoria el índice que hay que alcanzar, no se garantiza dicho cumplimiento ya que dependerá de la situación previa existente y en este caso se reconoce en la sentencia que ni con las exigencias de la convocatoria se llegaría a alcanzar el índice de obligado cumplimiento.

Respecto a las valoraciones acerca de la existencia de otras medidas y de la aplicación de las mismas durante el periodo de vigencia del Plan de Normalización lingüística de la Fundación, estimo que decidir sobre las mismas corresponde a la potestad de autoorganización de la Fundación.

También en este caso la sentencia realiza sobre todo en el razonamiento recogido en el Fundamento de Derecho sexto una vinculación directa entre la convocatoria y los derechos fundamentales de manera aislada, sin tener en cuenta la normativa relativa a la normalización lingüística, que es de obligado cumplimiento y que es la que tiene por finalidad coho-

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

nestar el derecho al acceso al empleo público con la existencia de una lengua cooficial y las medidas necesarias para normalizar lingüísticamente en ambos idiomas oficiales la administración pública.

Respecto a las consecuencias de esa vinculación directa me remito a lo anteriormente indicado así como también respecto a la ausencia de pronunciamiento sobre la relación de puestos de trabajo, la oferta de empleo público y sus consecuencias.

### **2.3. Sentencias recaídas en diferentes procedimientos judiciales**

En relación al acceso al empleo público y el requisito de exigencia del euskera, han recaído diferentes sentencias que se fundamentan en las sentencias antes comentadas.

La sentencia número 66/2023 del Juzgado de lo Contencioso administrativo número 1 de Bilbao, de 18 de abril de 2023,(3) que anula una resolución dictada por el Ayuntamiento de Erandio, que desestimaba el recurso de reposición presentado frente a la aprobación de la relación de puestos de trabajo en relación con la fecha de preceptividad del perfil lingüístico asignado al puesto que ocupaba el demandante, la sentencia, 169/2023, de 14 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso administrativo número 3 de Bilbao,(4) que anula otra resolución del Ayuntamiento de Erandio que desestimaba un recurso de reposición presentado contra la aprobación de la relación de puestos de trabajo en relación con la fecha de preceptividad establecida para el perfil lingüístico del puesto que ocupaba el recurrente y contra el Decreto de Alcaldía que aprobaba las bases del proceso de estabilización en lo referente a la exigencia del perfil lingüístico para el acceso a la plaza vinculada a dicho puesto y la sentencia 205/ 2023 del Juzgado de lo Contencioso administrativo número 4 de Bilbao,(5) que anula el acuerdo plenario de 28 de julio 2022 que aprobó la modificación de la relación de puestos de trabajo del Ayun-

tamiento de Erandio en lo relativo a la fecha de preceptividad establecida para un concreto puesto de trabajo, y consecuentemente también contra el Decreto de Alcaldía que aprobar las bases específicas reguladoras de la convocatoria para la estabilización de 8 plazas de conserjes, indicando que al menos 1 de las plazas convocadas no exija perfil lingüístico preceptivo, se fundamentan en los razonamientos contemplados en la sentencia del TSJPV 84/2023, de 24 de febrero, que anula las bases de una convocatoria de selección de personal por parte de la Fundación Uliazpi.

También con esa misma argumentación se dicta la sentencia 41/2024 del Juzgado de lo Contencioso administrativo número 3 de Bilbao, (6) que anula la convocatoria por la Diputación Foral de Bizkaia de pruebas selectivas por el sistema de concurso oposición para proveer 150 plazas de administrativo/a de las que 133 tenían perfil lingüístico preceptivo, y la sentencia 7/2024 del Juzgado de lo contencioso administrativo número 6 de Bilbao (7) que anula el acuerdo de la Diputación Foral de Bizkaia también dicha convocatoria, si bien en este caso incorpora también parte de la fundamentación de la sentencia del TSJPV sobre la convocatoria de las plazas de la policía local de Irún.

La sentencia del TSJPV número 485/2023, de 2 de noviembre (8), ratifica la sentencia 625/2021, de 30 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso administrativo número 3 de Vitoria, por la que se declara nulo el cese de la recurrente, funcionaria interina por no acreditar el perfil lingüístico del puesto de trabajo que venía desempeñando. El argumento que fundamenta estos fallos es la aplicación de la Directiva Comunitaria 1999/70 relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que recoge la no discriminación respecto a las condiciones de trabajo entre los trabajadores con contrato de duración determinada respecto a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada. En base a ese criterio extiende

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

a los funcionarios interinos la exención de acreditación por edad a los funcionarios de carrera mayores de 45 años en los supuestos que con posterioridad a esa edad el puesto que ocupan incorpore la exigencia de la acreditación del perfil lingüístico, exención contemplada en el artículo 42 del Decreto 86/1997, de 15 de abril.

La sentencia 237/2023, de 22 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso administrativo número 3 de Donostia, (9) declara nula las bases de la convocatoria del proceso excepcional de estabilización para la provisión de 2 plazas de agente de la Guardia Municipal en San Sebastián que exigían en ambas plazas el perfil lingüístico preceptivo, basándose en la argumentación recogida en la sentencia del TSJPV 602/2020, relativo a la Policía Municipal de Irún. Aplicando dichos criterios al caso concreto manifiesta que no es exigible por principio que todos los agentes de la unidad de prevención permanente de la Guardia Municipal de San Sebastián deban conocer euskera para garantizar la prestación del servicio público a todos los ciudadanos, y entiende discriminatorio exigir como requisito la acreditación del perfil lingüístico para poder aspirar a las dos plazas convocadas, argumentando que las actuaciones que realiza la Policía Municipal, concretamente las plazas convocadas se realizan por una pareja de agentes de la policía local, siendo suficiente con que uno de ellos conozca el euskera para garantizar a la ciudadanía sus derechos lingüísticos.

Con la misma argumentación en la sentencia 1/2024, de 8 de enero, el mismo Juzgado de lo Contencioso administrativo número 3 de Donostia (10) desestima el recurso interpuesto contra la convocatoria para la provisión mediante el sistema de concurso, en el proceso de estabilización, de dos plazas de técnico/a de digitalización cartográfica, a las que se exigía un perfil lingüístico preceptivo, argumentando el contenido de la sentencia del TSJPV 602/2020, relativa a la Policía Municipal de Irún, si bien, en la aplicación concreta al caso estima que siendo las únicas dos

dotaciones de ese puesto y que tiene relación con la ciudadanía no quedaría adecuadamente garantizado el derecho de la ciudadanía a relacionarse en euskera con la administración únicamente con el conocimiento de una de las dotaciones, debido a que existen periodos de vacaciones, posibles, bajas, excedencias, etcétera, por lo que desestima el recurso.

De las sentencias del Juzgado de lo contencioso administrativo número 3 de Donostia se deduce que la argumentación jurídica recogida en la sentencia del TSJPV referida a la Policía Local de Irún lleva a que el Juzgador valore los principios constitucionales de manera directa, sin atender a la normativa autonómica de aplicación, y en cada caso valore si existe una discriminación en el acceso al empleo público. Este criterio ofrece muy poca seguridad jurídica e interfiere en la potestad municipal de organización de sus servicios, aunque de esta sentencia pudiera deducirse que cuando únicamente exista una dotación de un puesto de trabajo (algo habitual en los pequeños municipios) sea exigible la exigencia del euskera para garantizar el derecho de la ciudadanía a su uso en sus relaciones con la administración.

La sentencia 90/2022, del Juzgado de lo Contencioso administrativo número 2 de Vitoria (11) anula la resolución del Director General de la Academia Vasca de Policía y Emergencias que tenía como objeto constituir una bolsa de interinos de policía local para prestar servicios temporales en las corporaciones locales, en la que se exigía acreditar un perfil lingüístico para poder participar en el procedimiento. La anulación se fundamenta en la argumentación jurídica recogida en la sentencia del TSJPV referida a la Policía Local de Irún y en que al tratarse de la creación de una bolsa para atender necesidades de cobertura temporal de las distintas administraciones locales, se desconoce si los puestos que se pretendan cubrir a través de la bolsa requieren la acreditación de un perfil lingüístico preceptivo por lo que la exigencia de la acreditación para participar en la bolsa es discriminatorio.

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

La sentencia 149/2023 del Juzgado de lo Contencioso administrativo número 1 de Vitoria, (12) anula distintos preceptos de la Orden de 22 de abril de 2021, de la Consejería de Gobernanza, por la que se convoca un proceso selectivo para constituir una bolsa de interinos propios de la Comunidad Autónoma Vasca, de secretarios-interventores de administración local con objeto de cubrir puestos reservados a habilitados nacionales en las administraciones locales. Entre los preceptos anulados se encuentra la obligación de tener acreditado un determinado perfil lingüístico para poder integrarse en la bolsa, y lo anula por entender que es una exigencia desproporcionada e irracional, si bien la argumentación se refiere a que en opinión de la Juzgadora es la administración del Estado la única competente para la selección temporal y atendiendo a la realidad de conocimiento del euskera de las personas provenientes de la selección estatal la exigencia del euskera se configura como una causa de exclusión del proceso selectivo.

Las sentencias del TSJPV 28/2024 y 30/2024, ambas de 19 de enero, (13) (14) relativas a la impugnación que se realiza de la Orden de 8 de septiembre de 2022, de la Consejera de Gobernanza Pública y Autogobierno, por la que se convocan procesos especiales de consolidación de empleo y procesos excepcionales de consolidación de empleo en cuerpos y escalas de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus organismos autónomos, recogen una argumentación diferente que fundamenta la desestimación de los recursos.

La argumentación contenida en ambas sentencias es la misma, por lo que se procederá a comentar la sentencia 30/2024, ya que incorpora alguna cuestión añadida a lo que se debate en el procedimiento que da lugar a la sentencia 28/2024.

La sentencia 30/2024, en el Fundamento de Derecho cuarto, fija el criterio del Tribunal respecto al porcentaje de plazas perfiladas, manifestando lo siguiente:

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

«La Administración de la Comunidad Autónoma, al igual que el resto de administraciones a las que resulta de aplicación la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del Euskera, viene sujeta al mandato del legislador en orden a asegurar la efectividad del derecho de los ciudadanos a relacionarse en euskera o en castellano oralmente y/o por escrito con la Administración (art. 5.1.a y 5.3). Esta obligación se concreta en la adopción de las medidas tendentes a la progresiva euskaldunización del personal afecto a la Administración Pública en la Comunidad Autónoma del País Vasco (art. 14.1). Entre otras cosas, determinado las plazas para las que es preceptivo el conocimiento de ambas lenguas (art. 14.2).

Lo particular de este proceso es que la Administración está obligada a ofrecer lo que la Ley 20/2021 permite e impone. Se trata de plazas que cuyo diseño consta en la relación de puestos de trabajo (RPT) y que están ocupadas de forma interina. La RPT es el instrumento para racionalizar y ordenar las estructuras internas de la Administración vasca; para determinar sus necesidades de personal, para definir los requisitos exigidos para su desempeño y para clasificar cada uno de los puestos de trabajo, de acuerdo con los criterios de eficacia, eficiencia y racionalidad organizativa (artículo 45.1 de la Ley de Empleo Público Vasco). Entre esos requisitos se encuentra el perfil lingüístico, como ejecución del Plan de Normalización vigente en el momento de su aprobación. Así lo prevé la Ley: Todos los puestos de trabajo existentes en las administraciones públicas vascas, sus instituciones y organismos, incluidos aquellos de naturaleza temporal o coyuntural, tendrán asignado su correspondiente perfil lingüístico, determinado según las características y necesidades comunicativas atribuidas a dichos puestos de trabajo y a las destrezas lingüísticas exigibles a dicho fin.

En consecuencia, no corresponde a la Orden por la que se convocan los procesos de consolidación de empleo (que la demanda identifica como objeto de este proceso) la definición de los perfiles lingüísticos de las plazas ofertadas. Este no es su objeto; ni la autoridad que adopta la Orden tiene competencia para ello, pues las relaciones de puestos de trabajo de la Administración general de la Comuni-

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

*dad Autónoma de Euskadi y de sus organismos autónomos se aprueban por el Consejo de Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17 y 45.8 de la Ley de Empleo Público Vasco.*

*Aun cuando podría debatirse si con ocasión de la impugnación de un acto plúrimo, cual es la oferta de empleo, cabe la impugnación del perfil asignado a las plazas ofertadas, nada de esto aparece en la demanda. La parte actora se limita a alegar que en el desempeño de sus tareas como funcionaria interina no ha requerido el uso del euskera, y que le parece contrario a Derecho que en el momento de acceder al proceso de consolidación de empleo muchas de las plazas a las que podría optar resultan estar perfiladas. El error aquí radica en pedir la aplicación del art. 11 del Decreto 86/1997 al porcentaje de plazas perfiladas en unas determinadas Escalas y Cuerpos entre las ofertadas por la Orden recurrida, cuando el contraste de legalidad debe establecerse con el porcentaje en el total de la plantilla de la Administración General de la Comunidad Autónoma. Es decir, la reiterada alegación de infracción del derecho constitucional al acceso al empleo público sin discriminación alguna debe sostenerse desde la perspectiva del conjunto de plazas que componen la RPT, y no puede segmentarse para cada una de las plazas convocadas al amparo de la Ley 20/2021, porque lo contrario supone ignorar la manera en que el art. 23.2 CE ha sido desarrollado por las normas propias de la Comunidad Autónoma.*

*Otra estrategia impugnatoria pasaría por examinar cada una de las plazas que componen una oferta de empleo para demostrar que no se ha cumplido el mecanismo de asignación de perfiles. Bien porque no se han observado los factores previstos en el art. 20 del Decreto (grado de aproximación del puesto de trabajo con respecto al público —destinatario, modo y frecuencia de dicha relación—; red de relaciones del puesto de trabajo dentro de la Administración —destinatario, características y frecuencia de las mismas—; carácter y tipología del servicio o unidad en el que se ubica el puesto de trabajo). Bien porque se han ignorado los criterios de prioridad o, en fin, porque se ha obviado el procedimiento previsto (con informe-propuesta de la Viceconsejería de Política Lingüística, consulta e*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

*información a sindicatos y organizaciones sindicales, respeto a las competencias del Consejo Vasco de la Función Pública, etc.). Pero no ha sido esa la línea argumental de la parte actora.*

*La exigencia de acreditar un determinado nivel de conocimiento de la lengua vasca no es de suyo discriminatoria. Este Tribunal, en armonía con lo declarado por el Tribunal Constitucional, lo ha recordado en numerosas ocasiones».*

La sentencia aplica la normativa autonómica y concretamente el contenido del Decreto 86/ 1997, de 15 de abril, por el que se regula el proceso de la normalización del uso del euskera en las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de Euskadi, y respeta asimismo que las convocatorias son actos administrativos, que vienen condicionados por otros actos administrativos, como son los correspondientes a la aprobación de la relación de puestos de trabajo y lógicamente también la aprobación y publicación de la oferta pública de empleo.

La conclusión que se puede extraer de las sentencias es que en tanto las convocatorias se hallan ajustadas y cumplimentan la normativa de aplicación, especialmente lo dispuesto en el Decreto 86/1997 no se genera ninguna situación de discriminación, ni suponen la exigencia de un requisito del conocimiento del euskera calificable de irracional ni desproporcionado.

La sentencia aborda en el Fundamento de Derecho sexto la aplicabilidad de la exención del conocimiento del euskera en razón de la edad, recogida en el Decreto 86/1997, analizando las manifestaciones de la demanda de la persona aspirante, que había estado prestando servicios como interino, y que a partir del proceso selectivo pretendía estabilizarse en la administración convocante. El Tribunal manifiesta lo siguiente:

*«El alegado artículo 97.3 de la Ley de la Función Pública Vasca tiene el siguiente tenor literal: “A partir de su fecha de preceptividad, el cumplimiento*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

*del perfil lingüístico se constituirá como exigencia obligatoria para el acceso y desempeño del correspondiente puesto de trabajo. Ello no obstante, el Gobierno Vasco, a propuesta de la Secretaría General de Política Lingüística, determinará reglamentariamente los supuestos en que, con carácter excepcional y por circunstancias objetivamente apreciables, el titular de un puesto de trabajo pueda ser eximido del cumplimiento del perfil asignado al mismo”.*

*En ejecución del mismo, el artículo 42 del Decreto 86/1997, de 15 de abril, por el que se regula el proceso de normalización del uso del euskera en las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de Euskadi, establece lo siguiente:*

*“Conforme a lo dispuesto en el art. 97.3 de la Ley de la Función Pública Vasca estarán exentos del cumplimiento del régimen general de preceptividad de los perfiles lingüísticos en relación al puesto de trabajo del que son titulares:*

*Quienes superen la edad de 45 años al comienzo de cada Periodo de Planificación, previa conformidad del interesado [...].”.*

*La norma legal contiene una regla general y varias excepciones. La regla es que vencida la fecha de preceptividad y no acreditado el perfil de la plaza, esta circunstancia deviene exigencia obligatoria para el acceso y desempeño del correspondiente puesto de trabajo. Por lo que, quien no acredita el perfil ni puede aspirar a la plaza ni puede permanecer en la misma. La exención que ahora interesa se limita a los casos en los que en la persona que no acredita el perfil se reúnen dos condiciones: a) alcanza la edad en la que se considera que el acceso al conocimiento de la lengua reviste una dificultad desproporcionada; b) es titular de la plaza perfilada. La excepción aparece prevista en las normas aplicables únicamente para el perfil preceptivo como condición de desempeño; pero no como condición de acceso. En consecuencia, el término de comparación seleccionado por la demanda no es relevante. No se produce una diferencia de trato entre sujetos que se encuentran en la misma situación, sino entre quienes se encuentra en situación diferente, pues unos desempeñan un puesto de trabajo*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

*y otros aspiran a acceder a un puesto de trabajo. Cualquier persona que quiera acceder a una plaza perfilada debe cumplir el requisito debatido, de modo que el trato que se dispensa es homogéneo. No concurriendo un término de comparación válido en la demanda, no resulta posible apreciar la discriminación que alega».*

Como se puede observar los criterios jurídicos que la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJPV manifiesta a través de sus sentencias difieren en función de la Sección que las dicta, siendo estos últimos de la Sección Segunda, los más ajustados a la aplicación de la normativa autonómica, que ha desarrollado la Ley de Normalización del uso del euskera respecto a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público, concretamente en la Ley 6/1989 de la Función Pública Vasca y la Ley 11/2022 de Empleo Público Vasco, que la sustituye y el Decreto 86/1997, que como se ha indicado anteriormente es el texto normativo que realiza el encaje entre el derecho al acceso al empleo público y la existencia de una idioma cooficial, estableciendo la técnica de los perfiles lingüísticos, que discriminan el nivel de conocimiento del euskera necesario para cada puesto de trabajo en función de su contenido, y a su vez determina un índice de obligado cumplimiento, del que se deriva el número máximo de dotaciones que deben de acreditar el perfil lingüístico exigido, índice que viene determinado por el nivel de conocimiento del euskera de la ciudadanía de cada municipio dando así respuesta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad exigible a la exigencia del conocimiento del euskera.

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

## 2.4. Consideraciones jurídicas

Antes de finalizar este apartado relativo a las lenguas oficiales y el acceso al empleo público y a la vista de los referentes jurídicos y de jurisprudencia constitucional en los que se fundamentan las sentencias estudiadas creo interesante recalcar que se han obviado determinados preceptos de la legislación básica estatal de aplicación al empleo público y criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional posteriores a los citados en las sentencias del TSJPV, que posibilitarían, en mi opinión, una resolución diferente de los recursos, más ajustada a la normativa autonómica vigente y más receptivas a las medidas destinadas a equilibrar el uso de los dos idiomas cooficiales.

El Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TRLEBEP) en su artículo 54.11 establece como deber de los empleados públicos garantizar la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite siempre que sea oficial en el territorio, y el artículo 56.2 del mismo texto legal en relación a los requisitos generales del acceso al empleo público indica que las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, deberán prever la selección de empleados públicos debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo en las Comunidades Autónomas que gocen de dos lenguas oficiales. Estas previsiones recogidas en la legislación básica estatal no se han tenido en cuenta en los diferentes pronunciamientos judiciales comentados.

Respecto a la jurisprudencia constitucional es importante la sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el estatuto catalán que en su Fundamento Jurídico 14 indica: *«se trata, aquí sí, no de un deber generalizado para todos los ciudadanos de Cataluña, sino de la imposición de un deber individual y de obligado cumplimiento que tiene su lugar específico y propio en el ámbito de [...] las relaciones de sujeción especial que vinculan a la Administración*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

*catalana con sus funcionarios, obligados a dar satisfacción al derecho de opción lingüística reconocido en el art. 33.1 EAC».*

De esta sentencia se deduce una interpretación jurídica acorde con la actual normativa de función pública antes señalada, en la que se pone el acento en el servicio a la ciudadanía.

En relación a entender la exigencia del conocimiento de la lengua oficial distinta del castellano como vinculada a la acreditación del mérito y capacidad para el acceso al empleo público y su relación con el principio de igualdad es ilustrativa la sentencia del Tribunal Constitucional 46/1991 de la que se reproduce a continuación su Fundamento Jurídico:

*«1.— El objeto del presente recurso de inconstitucionalidad es el inciso final del art. 34 de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/1985, de 23 de julio, de la Función Pública de la Administración de la Generalidad, que establece, en referencia al personal al servicio de la misma, que «en el proceso de selección deberá acreditarse el conocimiento de la lengua catalana en su expresión oral y escrita». La representación del Estado afirma que dicho precepto choca frontalmente tanto con el principio de cooficialidad de las lenguas como con el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad del art. 23.2 C.E., en conexión con el art. 14 C.E., y con el principio del art. 139.1 C.E., que establece que los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado. La exigencia del conocimiento del catalán para todas y cada una de las plazas de un determinado tipo de función pública o para toda ella resulta irrazonable y desproporcionada respecto del fin que fundamenta la imposición del deber, y supone un obstáculo al derecho de acceso a la función pública por parte de quien no conozca la lengua catalana.*

*En esta breve y compleja argumentación se entremezclan, sin la debida distinción, dos cuestiones diferentes. Por un lado, la relativa a si la exigencia del conocimiento del catalán para el ingreso en la función pública al servicio de la Generalidad de Cataluña significa introducir un factor de discriminación en*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

*perjuicio de los españoles residentes en cualquier parte del territorio nacional que no posean conocimientos de la lengua catalana; y, por otro lado, la cuestión de si introduce un requisito para el acceso a la función pública contrario a los principios de mérito y capacidad del art. 103.3 C.E. y, por ello, en el derecho de acceso en condiciones de igualdad a la función pública del art. 23.2 C.E.*

2.— *En relación con la presunta desigualdad que originaría el precepto impugnado en los derechos y obligaciones reconocidos a españoles en cualquier parte del territorio nacional (art. 139.1 C.E.) al introducir una exigencia de conocimiento lingüístico para acceder a la función pública de la Administración de la Generalidad de Cataluña que no se establece para el acceso a otras Administraciones, debemos partir del reconocimiento, al amparo de la remisión que efectúa el art. 3.2 C.E., del idioma catalán como lengua oficial en Cataluña (art. 3.2 E.A.C.). Se establece, así, un régimen de cooficialidad lingüística que rige en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña y del que, entre otras consecuencias, se deriva que el catalán y el castellano deben ser usados preceptivamente por la Administración en la forma determinada por la Ley (art. 5.2 Ley del Parlamento de Cataluña 7/1983, de 18 de abril, de Normalización Lingüística) y que el catalán sea lengua propia de la Administración territorial catalana (art. 5.1 Ley 7/1983, en relación con el art. 3.1 E.A.C.). Consecuencia todo ello de que, como dijimos en la STC 82/1986 (fundamento jurídico 2.º), una lengua es oficial cuando es reconocida por los poderes públicos como medio normal de comunicación en y entre ellos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos. Naturalmente, el establecimiento de un régimen de cooficialidad lingüística en una parte del territorio del Estado no contradice el principio de igualdad de los españoles en todo el territorio nacional, recogido por el art. 139.1 C.E., ya que tal principio no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que en cualquier parte del territorio se tengan los mismos derechos y obligaciones, puesto que con la debida reserva respecto de la igualdad en las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y libertades (art.*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

149.1.1.<sup>a</sup> C.E.), «la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan da a nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional» (STC 37/1981, fundamento jurídico 2º).

De lo expuesto, resulta claro que la exigencia de conocimiento del catalán para el acceso a la función pública de la Administración de la Generalidad no es discriminatoria desde la vertiente de la igualdad de los españoles en todo el territorio nacional. Cuestión distinta, que analizaremos seguidamente, es la de si esa exigencia comporta un factor de discriminación personal entre quienes tienen conocimientos de catalán y quienes no los tienen en cuanto al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública (art. 23.2 C.E., en relación con el art. 14 C.E.).

3.— El Abogado del Estado reconoce que la Administración de la Generalidad de Cataluña puede encontrar en los principios de mérito y capacidad del art. 103.3 C.E. un fundamento para exigir el conocimiento del catalán en el acceso a la función pública, pero en cuanto dicha exigencia supone un condicionamiento singular y específico sólo sería admisible constitucionalmente en lo estrictamente indispensable para el fin que justifica la imposición del mismo. Además, dicha exigencia, en cualquier caso, habría de ser proporcionada a la naturaleza de la plaza de que se trate. El precepto impugnado, desde su punto de vista, resultaría discriminatorio para quienes no posean conocimiento del catalán y pretendieran acceder a la función pública de la Administración de la Generalidad.

Sin embargo, el inciso impugnado del art. 34 de la Ley catalana 17/1985, al establecer la exigencia de conocimiento del catalán, parte de lo dispuesto en el inciso precedente, en el que se recogen los principios constitucionales de mérito y capacidad para el acceso a la función pública (art. 103.3 C.E.). Y dentro de estos principios es donde se sitúa el requisito de conocimiento del catalán. No resulta aceptable el argumento del Abogado del Estado de que esa exigencia puede suponer un obstáculo para acceder a la función pública para quien carezca del conocimiento del catalán. El propio principio de mérito y

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

*capacidad supone la carga para quien quiera acceder a una determinada función pública de acreditar las capacidades, conocimientos e idoneidad exigibles para la función a la que aspira. Por lo que la exigencia del conocimiento del idioma que es oficial en el territorio donde actúa la Administración a la que se aspira a servir es perfectamente incluíble dentro de los méritos y capacidades requeridas. No debe entenderse la exigencia de conocimiento del catalán un requisito ad extra, independiente del mérito y capacidad acreditadas, sino, al igual que cualquier otro conocimiento o condición exigida para el acceso a la función pública, una exigencia con cuya acreditación se da satisfacción a dichos principios constitucionales, en la medida en que se trata de una capacidad y un mérito que, según el art. 34 de la Ley catalana 17/1985, ha de acreditarse y valorarse en relación con la función a desempeñar, y por tanto guarda la debida relación con el mérito y capacidad, tal como impone el art. 103 C.E. (STC 27/1991, fundamento jurídico 4º).*

*La razonabilidad de valorar el conocimiento del catalán como requisito general de capacidad, aunque variable en su nivel de exigencia, viene justificada por diversos motivos. En primer lugar debemos mencionar el carácter del catalán como lengua de la Administración de la Generalidad, junto con el castellano, ambas de uso preceptivo (art. 5 Ley catalana 7/1983); que son válidas y eficaces las actuaciones administrativas hechas en catalán (art. 7.1 Ley catalana 7/1983); y que los particulares gozan del derecho de usar el catalán en sus relaciones con la Administración (art. 8 de la Ley 7/1983 y STC 82/1986, fundamento jurídico 3.º). Además, se trata de un requisito justificado y equitativo también en función de la propia eficacia de la Administración autónoma (art. 103,1 C.E.), por lo que resulta constitucionalmente lícito exigir, en todo caso, un cierto nivel de conocimiento de la lengua catalana, que resulta imprescindible para que el funcionario pueda ejercer adecuadamente su trabajo en la Administración autonómica, dado el carácter cooficial del idioma catalán en Cataluña (art. 3.2 C. E. y art. 3.2 E. A. C.) y dada también la extensión del uso del catalán en todo el territorio de la Comunidad Autónoma.*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

4.— *Cuestión distinta, como subraya el representante del Parlamento de Cataluña, es la de la proporcionalidad de esa exigencia, en función del tipo y nivel de la función o puesto a desempeñar, que viene impuesta por el art. 23.2 C.E., pues sería contrario al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública, exigir un nivel de conocimiento del catalán sin relación alguna con la capacidad requerida para desempeñar la función de que se trate. Ciertamente una aplicación desproporcionada del precepto legal podría llevar a resultados discriminatorios, contrarios tanto al art. 14 como al 23.2 C.E., pero ello no resulta directamente del precepto impugnado, que entendido en sus propios términos, no tiene nada de objetable desde el punto de vista constitucional.*

*El Abogado del Estado reconoce en su escrito de interposición del recurso, que en realidad no cuestiona tanto la constitucionalidad del precepto como la constitucionalidad de la aplicación del mismo, que entiende debería estar supeditada a un criterio de razonabilidad y proporcionalidad. Pero como ha afirmado este Tribunal en otras ocasiones (valga por todas la STC 58/1982, fundamento jurídico 2º), no sirve como argumento de la inconstitucionalidad de una norma el que en su aplicación o desarrollo puedan producirse extralimitaciones. Estas caben en la aplicación o desarrollo de cualquier norma legal y frente a ello el art. 23.2 C.E. permite impugnar ante la jurisdicción ordinaria, y en último término ante este Tribunal en vía de amparo, las normas reglamentarias o aplicaciones de las mismas que quiebren la igualdad (STC 50/1986, fundamento jurídico 4º). Por consiguiente, en tanto que en las concretas convocatorias de los concursos u oposiciones de acceso a los Cuerpos y Escalas o plazas de la Función Pública de la Generalidad no se utilice la exigencia de conocimiento del catalán de manera irrazonable y desproporcionada impidiendo el acceso a su función pública de determinados ciudadanos españoles, no se vulnerará la igualdad reconocida por el art. 23.2 C.E. En todo caso, re trata de meras hipótesis, no basadas en evidencia Táctica alguna, y que en absoluto desvirtúan la constitucionalidad del inciso final del art. 34 de la Ley catalana 17/1985».*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

Parece probable que si el TSJPV hubiera acudido para fundamentar sus sentencias a esta sentencia del Tribunal Constitucional, que es posterior a las que invoca, el fallo previsiblemente hubiera sido diferente.

Finalmente indicar que en otras comunidades autónomas con lengua cooficial como Galicia y Cataluña, la legislación autonómica exige acreditar el conocimiento de la lengua cooficial en todos los procesos selectivos de acceso al empleo público, discriminado el nivel de conocimiento en función de las tareas asignadas a los diferentes puestos de trabajo, sin que ello haya generado reproches constitucionales o judiciales ya que se ha abordado esta cuestión desde la perspectiva del mérito y capacidad como requisitos constitucionales para el acceso a la función pública y teniendo en cuenta la relación de sujeción especial del empleado público.

En base a lo expuesto estamos aún ante una falta de clarificación jurídica de la cuestión tal como reconoció expresamente el TSJPV cuando informó favorablemente a la admisión del recurso de casación que se planteó frente a su sentencia 152/2021, de 4 de mayo al indicar: *«que debe admitirse el recurso de casación interpuesto toda vez que, de esta forma el Tribunal Supremo puede fijar doctrina sobre el alcance de la exigencia del conocimiento del euskera en el acceso a la función pública vasca»*.

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

### III. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO RELATIVAS AL DECRETO 179/2019, DE 19 DE NOVIEMBRE, SOBRE NORMALIZACIÓN DEL USO INSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO DE LAS LENGUAS OFICIALES EN LAS INSTITUCIONES LOCALES DE EUSKADI

En relación al Decreto 179/2019 han recaído dos sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJPV. Concretamente las sentencias número 435/2023, de 28 de septiembre (15) y la número 440/2023, de 4 de octubre, (16) sentencias que se dictan resolviendo recursos interpuestos por los partidos políticos, Vox y Partido Popular respectivamente.

El objeto del Decreto 179/2019 viene recogido en su artículo 1 que indica lo siguiente:

«1.— *El objeto de esta norma es la regulación de los usos institucionales y administrativos del euskera y del castellano en las entidades locales y demás entidades que conforman el sector público local de Euskadi en desarrollo de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi y la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización y uso del Euskera y garantizar los derechos lingüísticos de los ciudadanos y ciudadanas en sus relaciones con las administraciones locales.*

2.— *Los objetivos principales de este decreto son:*

- a) *Garantizar el uso oficial del euskera y del castellano, sin ninguna discriminación, para los ciudadanos y ciudadanas en sus relaciones con las entidades y personas referidas en el artículo 2 del presente Decreto.*
- b) *Normalizar y fomentar el uso del euskera en la administración local con el objetivo de convertirla en lengua de servicio y lengua de trabajo de uso normal y general en sus actividades.*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

- c) *Amparar y fomentar el uso del euskera por parte de los vecinos y vecinas.*
- d) *Alcanzar la igualdad real en cuanto a la garantía de los derechos lingüísticos de los ciudadanos y ciudadanas en el ámbito social del municipio, impulsando las acciones necesarias a tal fin y removiendo los obstáculos que hoy la dificultan.*
- e) *Promover el uso del euskera en todos los ámbitos de la vida de las entidades locales y demás entidades que conforman el sector público local de Euskadi».*

De las sentencias comentadas, la sentencia, 435/2023 es la que desarrolla de manera más extensa el criterio del TSJPV, ya que la sentencia 440/2023 se limita exclusivamente a repetir argumentos y aplicarlos a un precepto concreto.

Los criterios jurídicos con los que el TSJPV analiza el Decreto recurrido vienen recogidos principalmente en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia 435/2023. En dicho Fundamento de Derecho, se recuerdan de forma sintética los principios constitucionales y legales con los que los preceptos de la disposición reglamentaria van a ser confrontados indicándose lo siguiente:

*«El Tribunal Supremo, recordando y aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional que en ellas se menciona (v gr en las Sentencias 82/1986, 31/2010, 165/2013, 86 y 88/2017 y 11/2018 ), ha dictado varias Sentencias que podemos calificar de paradigmáticas ya que en ellas encontramos la líneas esenciales de la cooficialidad lingüística. Así, de las Sentencias de 24 de noviembre y 1 de diciembre de 2020-recursos nº 1965 y 1968/2019 se desprenden los principios que siguen.*

*La cooficialidad supone la igualdad entre ambas lenguas de modo que la actuación bien de elaboración normativa bien propiamente administrativa ha de*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

*desarrollarse de modo que no se altere el equilibrio entre ambas; no puede haber predominio o superioridad de una sobre la otra.*

*Ambas lenguas son oficialmente iguales en la Comunidad Autónoma y una y otra son medios normales de comunicación en y entre los Poderes Públicos y en la relación de estos con los sujetos privados sin que pueda establecerse un uso preferente de ninguna de ellas.*

*Si bien resultan admisibles medidas correctoras tendentes a evitar la inicial postergación de una respecto de la otra, su posición inicial secundaria, ha de valorarse si con ellas es esto lo pretendido o si por el contrario se trata de dotar a una de ellas de preferencia en perjuicio de la otra.*

*Las normas han de preservar la garantía del uso normal de ambas y prohibir medidas tendentes a la exclusión de cualquiera de ellas, medidas peyorativas y las medidas desproporcionadas que alteren el equilibrio que debe reinar entre ellas.*

*En la Sentencia de 10 de junio de 2020-recurso nº 3798/2017 se vuelve sobre todos estos aspectos tras recordar que la base normativa radica en los arts. 3 de la Constitución, 6 de la Ley Orgánica 3-1979 por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía del País Vasco, la Ley 10-1982 y la Ley 2-2016 de Entes Locales.*

*En esta última se recoge además que el fomento y la dinamización de la lengua, de una de ellas, no puede actuarse de forma excluyente sino que ha de procederse de modo inclusivo de modo que se permita la combinación de ambas y se eviten actuaciones tendentes a excluir a quienes hablan únicamente una de ellas.*

*Ha de tenerse presente también que la Constitución en su art. 3 no impone el deber de conocer las lenguas cooficiales distintas al castellano.*

*No es jurídicamente admisible, continúa la Sentencia, imponer el uso estatutario preferente de la lengua cooficial en detrimento del castellano.*

*Y tampoco lo es la imposición del uso exclusivo de la lengua autonómica en el ámbito de la Administración Local en razón de la determinación sociolingüísti-*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

*ca del municipio y tampoco es constitucionalmente admisible la exclusión total del castellano en el campo de la actividad administrativa de fomento mediante la imposición del uso exclusivo de la lengua autonómica.*

*Por último, es también premisa esencial, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 37-2021 dictada en el recurso nº 4709-2009 se recuerda la necesidad de apurar la interpretación, natural y no forzada, de las normas conforme a la Constitución».*

Estos criterios jurídicos se basan fundamentalmente en dos sentencias del Tribunal Constitucional que se citan en la propia sentencia y que definen lo que posteriormente el TSJPV aplica como interpretación de la preferencia de un idioma cooficial sobre el otro idioma y los efectos que se pueden derivar de atender a la situación sociolingüística de los diferentes municipios.

La primera de ellas es la sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, relativa al Estatuto de Autonomía de Cataluña, en la que en relación a la determinación que se realizaba de que el catalán, además de la lengua de uso normal, se declara la misma como lengua propia de Cataluña y es también la lengua de uso preferente, manifiesta lo siguiente:

*«además de “la lengua de uso normal”, declara que el catalán como lengua propia de Cataluña es también la lengua de uso “preferente” de las Administraciones Públicas y de los medios de comunicación públicos de Cataluña. A diferencia de la noción de “normalidad”, el concepto de “preferencia”, por su propio tenor, trasciende la mera descripción de una realidad lingüística e implica la primacía de una lengua sobre otra en el territorio de la Comunidad Autónoma, imponiendo, en definitiva, la prescripción de un uso prioritario de una de ellas, en este caso, del catalán sobre el castellano, en perjuicio del equilibrio inexcusable entre dos lenguas igualmente oficiales y que en ningún caso pueden tener un trato privilegiado. La definición del catalán como lengua propia de Cataluña no puede justificar la imposición estatutaria del uso preferente de aquella*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

*lengua, en detrimento del castellano, también lengua oficial en la Comunidad Autónoma, por las Administraciones Públicas y los medios de comunicación públicos de Cataluña, sin perjuicio, claro está, de la procedencia de que el legislador pueda adoptar, en su caso, las adecuadas y proporcionadas medidas de política lingüística tendentes a corregir, de existir, situaciones históricas de desequilibrio de una de las lenguas oficiales respecto de la otra, subsanando así la posición secundaria o de postergación que alguna de ellas pudiera tener. No admitiendo, por tanto, el inciso “y preferente” del art. 6.1 EAC una interpretación conforme con la Constitución, ha de ser declarado inconstitucional y nulo».*

La segunda sentencia del Tribunal Constitucional citada por el TSJPV fundamenta su criterio sobre los efectos que puede tener la situación sociolingüística del municipio. El TSJPV se remite al pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia 82/1986, relativa a la Ley básica de normalización del uso del euskera, en el análisis que realiza del artículo 8.3 de dicha ley cuando indica:

*«10. El art. 8.3 [sic] permite a los poderes públicos “hacer uso exclusivo del euskera para el ámbito de la Administración Local, cuando en razón de la determinación sociolingüística del municipio no se perjudiquen los intereses de los ciudadanos” [...].*

*En cuanto a la inconstitucionalidad material que el Abogado del Estado invoca, y que la parte vasca trata de salvar basándose en la necesidad de que existan zonas monolingües en euskera en cuanto que lengua minoritaria en situación diglósica, e independientemente del hecho de que haya hoy también otros medios de salvaguardar el euskera, es inexcusable, desde la perspectiva jurídico-constitucional a la que este Tribunal no puede sustraerse, señalar que la exclusión del castellano no es posible porque se perjudican los derechos de los ciudadanos, que pueden alegar válidamente el desconocimiento de otra lengua cooficial. Pues bien, el citado art. 8.3 prevé la redacción exclusiva en euskera, sin que logre reducir su alcance la genérica salvedad de no perjudicar los de-*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

*rechos de los ciudadanos, ya que este precepto es una excepción (“no obstante lo preceptuado anteriormente...”) a los anteriores apartados del artículo, que disponen la redacción bilingüe de disposiciones normativas, resoluciones, actas, notificaciones y comunicaciones como regla general.*

*Por ello, el art. 8.3 [sic] viene a ser inconstitucional por infracción de lo dispuesto en el art. 3.1 de la Constitución, en relación con la no existencia del deber de conocimiento del euskera en zona alguna del territorio del Estado, que resulta del art. 6 del EAPV».*

A partir de estos criterios aborda la sentencia el análisis de los preceptos del Decreto objeto de recurso.

En primer lugar analiza el contenido del artículo 18 del Decreto que se refiere a la documentación y que indica lo siguiente: «*Las convocatorias, órdenes del día, mociones, votos particulares, propuestas de acuerdo, dictámenes de las comisiones informativas, acuerdos y actas de los órganos de las entidades locales, así como el resto de la documentación municipal podrá ser redactada en euskera, de acuerdo con lo que al respecto disponga la normativa aprobada por cada entidad local. En caso de que la utilización del euskera o del castellano para la redacción de dicha documentación pudiera lesionar los derechos de algún miembro de la entidad local que pudiera alegar válidamente el desconocimiento de la lengua utilizada, se le proporcionará una traducción a la otra lengua oficial*».

En su análisis se remite al pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su sentencia .../2023 de 5 de julio sobre el artículo 6.2 de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi que tenía una redacción similar eliminando dicha sentencia la exigencia “*que pudiera alegar válidamente el desconocimiento de la lengua utilizada*”, manifestando que dicha exigencia supone una carga añadida que va en contra del criterio de equilibrio y que no tiene por qué estar vinculado el derecho a recibir la documentación en castellano al desconocimiento de la lengua cooficial, sino que

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

en todo caso debe respetarse la voluntad de elección lingüística de la persona corporativa afectada, y en coherencia anula.

A continuación procede la sentencia a analizar el resto de artículos recurridos, procediendo a anular total o parcialmente 7 artículos que a continuación se comentan.

Artículo 9 referido a la competencia ad intra de las administraciones locales que indica lo siguiente:

«1.— *Los municipios regularán y fomentarán el uso del euskera y planificarán su normalización en los órganos administrativos, servicios y actividades que correspondan a su esfera de atribuciones.*

2.— *La planificación lingüística se dirigirá a posibilitar que las actuaciones municipales puedan desarrollarse en euskera. A tal efecto adoptarán medidas tendentes al funcionamiento del municipio en euskera, especialmente en los espacios vitales del euskera.*

3.— *Los municipios promoverán la capacitación oral y escrita en ambas lenguas por parte de las personas electas a través de los medios que establezca cada entidad local.*

4.— *Los municipios adoptarán medidas destinadas al aprendizaje, mejora y optimización del conocimiento de la lengua vasca por parte del personal a su servicio».*

Respecto al apartado 2 la sentencia estima: *“no deja duda de su finalidad, esto es, que en el municipio se termine utilizando únicamente el euskera y esto supone excluir la utilización del castellano.*

*Son aplicables así, y por las propias razones que se contienen en la misma y que antes han quedado transcritas, las consecuencias previstas en la Sentencia n° 82-1986 del Tribunal Constitucional».*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

La sentencia no da más argumentos y pese a que el apartado anulado en ningún momento realiza referencia alguna a excluir el uso del castellano, ni a la obligatoriedad de usar únicamente el euskera sino que únicamente habla de tender a que se desarrollen las actuaciones municipales en euskera, y referido al ámbito interno de la administración, es decir que no afecta a la relación con la ciudadanía, la sentencia asigna a ese apartado una voluntad inequívoca de excluir el castellano y lo anula amparándose en una sentencia del Tribunal Constitucional que se refiere a la exclusión del castellano y los derechos de la ciudadanía. Se trata, en mi opinión, de una anulación de carácter preventivo ya que el párrafo anulado no tiene un contenido concreto que pueda ser objeto de valoración jurídica, sino que anuncia una voluntad que no tiene efectos jurídicos directos ya que debe plasmarse en medidas concretas que serían las enjuiciables y que no podrían incumplir las determinaciones del Decreto acerca de las relaciones con la ciudadanía. Estimo que la decisión obedece a un prejuicio acerca del funcionamiento de las entidades locales que no considero argumento suficiente para la decisión adoptada por el TSJPV.

Artículo 11 referido a las determinaciones e instrumentos. El Decreto indica lo siguiente:

«1.— *Sobre la base de la competencia propia municipal en materia lingüística, los municipios, de acuerdo con su situación sociolingüística, contemplarán, entre otros, y dentro del marco previsto en esta norma, los siguientes aspectos:*

- a) *Los criterios de uso oral y escrito de las lenguas oficiales en el funcionamiento interno de los órganos de gobierno municipal.*
- b) *Los criterios de uso oral y escrito de las lenguas oficiales en el funcionamiento interno de los servicios municipales.*
- c) *El tratamiento del euskera en las relaciones orales y escritas con las personas administradas y con otras instituciones.*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

- d) *El formato lingüístico de los documentos estandarizados.*
- e) *El tratamiento del euskera en los actos públicos.*
- f) *El tratamiento de uso de las lenguas en las relaciones con otras administraciones.*
- g) *El tratamiento del euskera en materia de publicaciones.*
- h) *El euskera en el paisaje lingüístico y en la rotulación.*
- i) *Los criterios para las traducciones y la interpretación.*
- j) *Los criterios lingüísticos a utilizar en la actividad de fomento, de acuerdo con el objeto y naturaleza de las actividades a subvencionar.*
- k) *Los criterios lingüísticos en la contratación administrativa.*
- l) *Los criterios lingüísticos en los anuncios, publicidad y campañas publicitarias.*

2.— *Los instrumentos en los que se plasmará la política lingüística municipal serán los siguientes:*

- a) *Planes de normalización lingüística, cuyo contenido se ajustará a las previsiones de su normativa reguladora vigente en cada momento.*
- b) *Ordenanzas de normalización lingüística: disposiciones de carácter general, con vocación de permanencia, que establecen los derechos y obligaciones en materia lingüística dirigidas a los vecinos y vecinas.*
- c) *Reglamentos de normalización lingüística: disposiciones de carácter general que regulan la organización y el funcionamiento lingüístico de la entidad local y la lengua en la prestación de los servicios públicos.*
- d) *Planes de gestión: disposiciones de carácter general que desarrollan algún aspecto del plan de normalización lingüística, con un período temporal inferior a este.*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

3.— *Para el ejercicio de las competencias reconocidas en materia de euskara, los municipios podrán recurrir, asimismo, a los siguientes instrumentos:*

- a) *Instrumentos de colaboración funcional, como convenios de cooperación.*
- b) *Instrumentos de colaboración orgánica, como la participación en mancomunidades, consorcios, asociaciones u otras entidades supramunicipales, así como adoptar otras formas de actuación conjunta con entidades públicas o privadas.*
- c) *Instrumentos propios de la actividad de fomento, como ayudas y subvenciones, de acuerdo con la normativa básica sobre esta forma de actividad.*
- d) *Títulos habilitantes para el uso del dominio público.*
- e) *Instrumentos de contratación administrativa».*

La sentencia respecto al contenido del punto 1 en el que citan diferentes cuestiones a contemplar, al indicar el precepto que habrá de tenerse en cuenta la realidad sociolingüística del municipio lo anula en base a que «*el apartado nº 1 de este art. 11, al hacer depender de la situación sociolingüística del municipio las medidas que a continuación pasa a enumerar, está reconociendo que en tales supuestos el castellano podrá ser completamente excluido en favor del euskera.*

*Es ese apartado nº 1 el que sirve de fundamento a los restantes y es por eso que anulado el mismo decaen sucesivamente en su validez también los restantes».*

La sentencia sigue equiparando atender a la realidad sociolingüística del municipio con la exclusión del castellano, sin realizar ninguna argumentación al respecto, ni aportar ninguna experiencia real que avale dicho criterio pese a que han transcurrido más de 40 años del inicio de la cooficialidad del euskera, y de haber tenido en cuenta la realidad sociolingüística a la hora de definir y aplicar las políticas de normalización lingüística.

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

Atender a la realidad sociolingüística del municipio es un principio fundamental y elemental para la adopción de las medidas necesarias de normalización lingüística que el propio Tribunal Constitucional ampara de forma expresa en el párrafo de la STC 31/2010 que se recoge en la sentencia del TSJPV cuando indica: «*La definición del catalán como lengua propia de Cataluña no puede justificar la imposición estatutaria del uso preferente de aquella lengua, en detrimento del castellano, también lengua oficial en la Comunidad Autónoma, por las Administraciones Públicas y los medios de comunicación públicos de Cataluña, sin perjuicio, claro está, de la procedencia de que el legislador pueda adoptar, en su caso, las adecuadas y proporcionadas medidas de política lingüística tendentes a corregir, de existir, situaciones históricas de desequilibrio de una de las lenguas oficiales respecto de la otra, subsanando así la posición secundaria o de postergación que alguna de ellas pudiera tener*».

Las medidas a adoptar en cada caso para que puedan ser valoradas acerca de su adecuación y proporcionalidad necesariamente han de atender a la realidad sociolingüística del municipio donde se vayan a implantar ya que la realidad sociolingüística de los municipios de la CAPV es muy diferente y esa realidad es un criterio determinante tanto para la normativa como para la jurisprudencia recaída en la valoración y exigencia del euskera para el acceso al empleo público, normativizada fundamentalmente a través del Decreto 86/1997.

Artículo 12 relativo a la regulación y planificación de las lenguas oficiales. El Decreto indica lo siguiente:

*«Las entidades locales y demás entidades que conforman el sector público local de Euskadi planificarán y regularán, de acuerdo con su situación sociolingüística, la utilización del euskera como lengua de servicio y lengua de trabajo de uso normal y general en sus actividades, de acuerdo con los criterios contemplados en los siguientes artículos».*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

Con el mismo argumento de equiparar la atención a la realidad sociolingüística con la exclusión del castellano, la sentencia anula dicho artículo.

Artículo 24 relativo a la lengua de los procedimientos y los expedientes administrativos. El Decreto indica lo siguiente:

1.— *La lengua de tramitación de los procedimientos administrativos será el euskera en aquellos procedimientos administrativos iniciados a solicitud de una única persona interesada en euskera o cuando, concurriendo varias personas interesadas, todas ellas utilicen esta lengua.*

2.— *En el resto de los casos de procedimientos iniciados a solicitud de persona interesada, la entidad local o cualquier otra entidad que conforma el sector público local de Euskadi determinará la lengua de tramitación en aplicación de su propia normativa, y de acuerdo con la legislación vigente, procurando el mutuo acuerdo de las partes que concurran.*

3.— *Cada entidad local o cualquier otra entidad que conforma el sector público local de Euskadi, atendiendo a las circunstancias sociolingüísticas de su ámbito territorial, determinará los criterios de uso de las lenguas en los procedimientos administrativos iniciados de oficio. El euskera, como lengua de uso normal y general, podrá utilizarse en la tramitación de los procedimientos administrativos iniciados de oficio.*

4.— *En los casos citados en los dos párrafos anteriores, si concurrieran varias personas interesadas en el procedimiento, y existiera discrepancia en cuanto a la lengua, el procedimiento se tramitará en euskera o en castellano, de acuerdo con lo que al respecto disponga la normativa aprobada por la propia entidad local o cualquier otra entidad que conforma el sector público local de Euskadi, si bien los documentos o testimonios dirigidos a ellas se expedirán en la lengua elegida por las mismas».*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

Con el repetido argumento de equiparar la atención a la realidad sociolingüística con la exclusión del castellano, pese que el precepto no determine ninguna medida concreta, sino que únicamente marca un criterio a tener en cuenta, sin que en su aplicación excluya las determinaciones de opción lingüística y salvaguarda de los derechos de la ciudadanía la sentencia anula el apartado tercero del artículo 24.

Artículo 27 referido a la atención a la ciudadanía. El Decreto indica:

«1.— *En los puestos de trabajo o unidades que tienen relación directa con la ciudadanía, las relaciones verbales se realizarán del siguiente modo:*

a) *El personal de las entidades locales y demás entidades que conforman el sector público local de Euskadi, en primera instancia, se dirigirá al ciudadano o ciudadana en euskera, y continuará en la lengua que este o esta elija.*

b) *Cuando un ciudadano o ciudadana se dirija en lengua vasca a un empleado o empleada público que desconozca dicha lengua, o le manifieste su voluntad de expresarse en ella, el o la empleada deberá recabar la ayuda de algún otro empleado o empleada bilingüe.*

c) *El servicio se prestará en la lengua elegida por el ciudadano o la ciudadana. El personal de las entidades locales y demás entidades que conforman el sector público local de Euskadi no solicitará a los ciudadanos y ciudadanas que se expresen en una u otra lengua oficial. Estas entidades garantizarán que el personal dedicado a la atención directa a los ciudadanos y ciudadanas disponga de la capacidad lingüística suficiente para actuar tanto en castellano como en euskera.*

d) *La atención regulada en los párrafos anteriores de este artículo comprende tanto la presencial como la telefónica.*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

e) *Los mensajes verbales sin persona destinataria determinados emitidos mediante dispositivos automáticos, servicios de información telefónica, altavoces o similares se realizarán en primer lugar en euskera.*

2.— *En las relaciones escritas, las entidades locales y demás entidades que conforman el sector público local de Euskadi actuarán del siguiente modo:*

a) *Responderán por escrito en la lengua oficial (euskera o castellano) que utilice el ciudadano o la ciudadana para dirigirse a aquellas, incluida la vía telemática y la electrónica.*

b) *En las bases de datos y registros de los diferentes servicios, destinados a la recogida de datos de personas físicas o jurídicas, deberá constar un campo que exprese la lengua de relación en cada caso. Una vez recogido el dato se garantizará que las comunicaciones sean realizadas en la lengua elegida.*

c) *Los documentos administrativos sin persona destinataria determinada se redactarán en las dos lenguas oficiales».*

La sentencia anula los apartados a) y e) del punto 1 del artículo. Entiende el TSJPV que esas determinaciones imponen un trato preferente en favor del euskera, si bien con una argumentación diferente en cada caso. Respecto a la determinación que el personal de las entidades locales se dirija en primera instancia en euskera a la ciudadanía estima que «*en la medida en que atiende a una sola de las situaciones posibles, que es la de que sea la administración quien dé inicio al acto de comunicación y no a la inversa, impone una solución única favorable desproporcionadamente al euskera y es que va a ser el ciudadano quien cuanto inicie la comunicación determine la lengua en que debe ser atendido como premisa inicial. La solución, en definitiva, debió haber sido la misma que la ofrecida en el punto n° 2.a) para las comunicaciones escritas*».

En mi opinión la sentencia se confunde en el alcance del supuesto que regula el apartado a) que anula. Dicho apartado está abordando la situación que se produce cuando una persona física se acerca a las dependen-

cias de una administración y es el empleado/a público quien comienza la conversación, normalmente saludando y preguntando al ciudadano o ciudadana que desea en euskera y a partir de ahí el ciudadano o ciudadana contestará en euskera o contestará en castellano y tal como indica dicho apartado el empleado o empleada pública atenderá lógicamente la opción lingüística del ciudadano o ciudadana que atiende. Esta situación no es equiparable a las comunicaciones escritas porque en las comunicaciones escritas que realiza la ciudadanía ya opta por un idioma y por tanto la argumentación de la sentencia en mi opinión no es correcta.

Respecto al apartado e) que se refiere a los mensajes verbales sin persona destinataria determinada emitidos mediante dispositivos automáticos, esto es decir, las locuciones grabadas que se escuchan cuando se llaman los teléfonos de la administración pública, la sentencia indica que *«la utilización exclusiva del euskera supone una imposición a la libertad lingüística del destinatario del mensaje que puede ignorar el euskera o sencillamente preferir que las comunicaciones sean en castellano. Por esto como quiera que el destinatario del mensaje es un grupo indeterminado el equilibrio entre ambas lenguas impone que o bien se efectúe en ambas o bien en aquella que todos tienen el deber de conocer pudiendo añadirse la opción de que el receptor a su vez comunique a la Administración la lengua en la que quiera que en lo sucesivo se le transmitan las informaciones a que hubiese lugar en el tipo de comunicaciones a las que el apartado del precepto alude»*.

La sentencia obvia que el Decreto dice que se realizarán en primer lugar en euskera, no que se realizarán exclusivamente en euskera como interpreta, en mi opinión de forma incorrecta y en base a esa interpretación anula dicho apartado.

Artículo 36, relativo a los contratos públicos. El TSJPV anula parte de dicho artículo. Anula el apartado 2 en el que se indica: *«los pliegos de condiciones administrativas particulares y de prescripciones técnicas se publicarán*

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

*en las dos lenguas oficiales, a excepción de aquellos documentos de carácter gráfico o eminentemente técnico que pueden redactarse en una de las lenguas oficiales*». Anula este precepto por entender que supone, o puede suponer la exclusión del castellano, cuando en la práctica el objeto último de esta determinación es fundamentalmente en la realidad posibilitar no tener que traducir al euskera soportes de carácter gráfico, normalmente planos o documentación de carácter eminentemente técnico, como puede ser determinaciones de materiales o especificaciones técnicas similares que suelen ser extensas y habitualmente están redactadas en castellano.

Se anula también el apartado 7, que indica: *«en las condiciones de ejecución del contrato se podrá incluir la regulación relativa a la lengua que se empleará en las relaciones entre la entidad contratante y la persona adjudicataria»*. Se argumenta la anulación al entender que la administración al confeccionar las condiciones de ejecución del contrato actúa desde una posición de superioridad, condicionando la libertad lingüística a los contratistas, y actúa o puede actuar de forma desproporcionada en favor de una de las lenguas, en lugar de preservar, en todo caso, el equilibrio que se garantizaría con que fuera el contratista, el que elija la lengua que empleará en su relación de la entidad contratante. La argumentación vuelve a basarse en una desconfianza hacia las administraciones locales a las que parece asignarles por su propia naturaleza, ya que no se aporta ningún dato sobre realidades ocurridas, una decidida voluntad de excluir al castellano.

Anula también el apartado b) del punto 8 que indica: *«cuando se presta el servicio, la adjudicataria procurará que las relaciones orales con por los ciudadanos y ciudadanas sean en euskera. A tal efecto, la persona trabajadora de la empresa adjudicataria comenzará la conversación en euskera y la continuará en la lengua que elija la persona destinataria del servicio. Los certificados, tarjetas, notas y otros escritos que la empresa adjudicataria expida a los ciudadanos y ciudadanas, durante el desempeño del servicio se redactarán en la lengua oficial*

*elegida por el usuario del servicio»*. La sentencia estima que dicho apartado impone a la adjudicataria la obligación de procurar que las relaciones con los destinatarios y actividades se desarrollen en euskera, lo cual introduce un factor desestabilizador del equilibrio, ya que implica actuaciones que excluyen el uso del castellano, y pese a reconocer que la última parte de dicho párrafo resuelve la situación ya que finalmente es el destinatario de la comunicación quien decide qué idioma se va a utilizar, anula el párrafo por entender que el inciso primero no se coherente con dicho proceder y resulta ser un elemento de distorsión injustificado. Sobre esta argumentación no se puede indicar más que lo indicado anteriormente en relación al artículo 27, ya que lo que indica el precepto únicamente se limita a que cuando la persona trabajadora de la empresa adjudicataria se dirija a un ciudadano o ciudadana procure empezar utilizando el euskera, si bien luego pasa a ser el ciudadano o ciudadana la que determine el idioma, y decidirá si excluye el castellano o el euskera en la comunicación. El precepto busca aportar una medida de potenciación de la lengua minoritaria.

Artículo 36 relativo a la contratación pública. La sentencia anula el apartado 10, que indica: *«Las entidades locales y demás entidades que conforman el sector público local de Euskadi podrán determinar que los estudios, proyectos y trabajos análogos encargados a terceras personas por ellas sean redactados, por lo menos, en euskera, salvo que su finalidad exija su redacción en lengua castellana. Dicho requisito constará en el pliego de condiciones de los contratos administrativos que se aprueben»*.

Entiende la sentencia que encargar informes y estudios exclusivamente en euskera impone un trato de discriminación injustificado y desproporcionado con el castellano, y que resulta lesivo para el castellano o para libertad lingüística de los contratistas encargados de la confección de tales informes, de los propios empleados públicos y de los cargos de elección popular integrantes de la administración de que se trate, por lo que lo

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

anula. El precepto que se impugna indica que sean redactados en euskera por lo menos, lo que no excluye la posibilidad de redactar conjuntamente en castellano, salvo que la finalidad del encargo exija su redacción en lengua castellana, es decir excluyendo al euskera lo que evidencia la existencia de supuestos en los que no tiene sentido que la documentación del encargo sea en los dos idiomas oficiales. También es importante destacar que en el ámbito de la contratación pública en el que un principio elemental es que es la administración contratante quien determina qué servicios quiere contratar y cómo deben de prestarse, y no existe un equilibrio entre el poder adjudicador y la empresa adjudicatarias, porque es el poder adjudicador quien determina el objeto del contrato.

La sentencia del TSJPV 440/2023 se dicta en el recurso contencioso administrativo promovido por el Partido Popular contra diversos preceptos del Decreto 179/2019. En dicha sentencia se anula el apartado 5 del artículo 33, relativo a publicaciones divulgativas o informativas, que indica lo siguiente: «*la determinación de la lengua, a emplear en las comunicaciones divulgativas o informativas, se realizará atendiendo al factor de conocimiento de ambas lenguas oficiales por parte de las personas receptoras*». La sentencia entiende que las comunicaciones informativas y divulgativas tienen trascendencia por cuanto que dan a conocer a la ciudadanía eventos o información de carácter general que puede afectarles, y por ello deben ser bilingües, criterio que se ratifica si se tiene en cuenta que determinar el nivel de conocimiento de las lenguas oficiales por las personas receptoras es de muy difícil o casi imposible concreción por la entidad local, y no puede exigirse a la ciudadanía que manifieste ese dato para recibir una información que pueda afectarle. Respecto a esta argumentación se puede objetar que sería, en todo caso, en cada comunicación concreta cuando se vería si existe una discriminación, ya que no todas las comunicaciones divulgativas o informativas tienen como destinatario la totalidad de la ciudadanía, sino que pueden ser en función de su contenido dirigidas

a colectivos concretos sobre los que pueda predicarse con fundamento objetivo el conocimiento o desconocimiento de las lenguas oficiales.

La conclusión de lo expuesto es que las sentencias incorporan los criterios antes indicados, pero en mi opinión con una interpretación de los mismos condicionada por un prejuicio que es el de entender que el objetivo fundamental del Decreto es la eliminación y la exclusión del castellano del ámbito de actuación de las entidades locales tanto en su funcionamiento interno como externo, prejuicio que no se compadece con la realidad actual, en la que en las entidades locales en su mayoría, y sobre todo en las más importantes, se mantiene una situación de prevalencia en el uso interno y externo del idioma castellano, lo que obliga a las administraciones locales, en cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución y la normativa autonómica, a impulsar medidas de normalización lingüística que aminoren el desequilibrio real existente entre ambas lenguas oficiales.

#### IV. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- 1.- Sentencia 152/2021, de 4 de mayo, de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJPV. Recurso apelación 602/2020. Ponente Trinidad Cuesta Campuzano.
- 2.- Sentencia 84/2023, de 24 de febrero, de la Sección primera de la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJPV. Recurso apelación 699/2022. Ponente Juan Alberto Fernández Fernández.
- 3.- Sentencia 66/2023, de 18 de abril, del Juzgado de lo Contencioso administrativo número 1 de Bilbao. PA 251/2022.
- 4.- Sentencia 169/2023, de 14 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso administrativo número 3 de Bilbao. PA 219/2023.

*La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi*

- 5.- Sentencia 205/2023, de 7 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso administrativo número 4 de Bilbao. PA 287/2023.
- 6.- Sentencia 41/2024, de 11 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso administrativo número 3 de Bilbao. PO 65/2023.
- 7.- Sentencia 7/2024, de 15 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso administrativo número 6 de Bilbao. PO 188/2023.
- 8.- Sentencia 485/2023, de 4 de mayo, de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJPV. Recurso apelación 256/2022. Ponente José Antonio Gonzalez Saiz.
- 9.- Sentencia 237/2023, de 22 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso administrativo número 3 de Donostia. PA 146/2023.
- 10.- Sentencia 1/2024, de 8 de enero, del Juzgado de lo Contencioso administrativo número 3 de Donostia. PA 157/2023.
- 11.- Sentencia 90/2022, de 6 de abril, del Juzgado de lo Contencioso administrativo número 2 de Gasteiz. PA 525/2021.
- 12.- Sentencia 149/2023, de 1 de junio, del Juzgado de lo Contencioso administrativo número 1 de Gasteiz. PA 225/2022.
- 13.- Sentencia 28/2024, de 19 de enero, de la Sección segunda de la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJPV. Ponente Juan Carlos Da Silva Ochoa.
- 14.- Sentencia 30/2024, de 19 de enero, de la Sección segunda de la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJPV. Ponente Juan Carlos Da Silva Ochoa.
- 15.- Sentencia 453/2023, de 28 de septiembre, de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJPV. Ponente José Antonio Gonzalez Saiz.
- 16.- Sentencia 440/2023, de 4 de octubre, de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJPV. Ponente Luis Ángel Garrido Bengoetxea.



# Autonomía de la voluntad. Decisiones para el final de la vida. La regulación de las Voluntades Anticipadas o Instrucciones Previas<sup>1</sup>

Francisco de Borja IRIARTE ÁNGEL

Doctor en Derecho

Magistrado de la Sala Civil y de lo Penal

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 25/01/2024

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 17/07/2024

---

<sup>1</sup> Ponencia realizada el 27 de septiembre de 2022 en las Jornadas “Autonomía de la voluntad y decisiones al final de la vida” celebradas en Albarracín (Teruel) dentro del plan de formación descentralizada del Consejo General del Poder Judicial.

Con posterioridad al cierre de este trabajo se publicó en el BOPV el *DECRETO 9/2024, de 30 de enero, por el que se regula el Registro Vasco de Voluntades Anticipadas y el otorgamiento de los documentos de voluntades anticipadas* que establece una novedad significativa al atribuir, previa habilitación, al personal médico y de enfermería que posea la condición de personal funcionario o empleado público, adscritos al departamento con competencias en materia de salud o a Osakidetza la capacidad para actuar como personas encargadas del Registro Vasco de Voluntades Anticipadas, para la exclusiva función de formalización del otorgamiento del documento de voluntades anticipadas.

Más allá de la complicada vía para atribuir las competencias sin modificar la *Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las Voluntades Anticipadas en el ámbito de la sanidad* la modificación merece una valoración favorable, en tanto parece más adecuada la formación del personal sanitario para asistir en el otorgamiento del documento de voluntades anticipadas.

**Autonomía de la voluntad. Decisiones para el final de la vida. La regulación de las Voluntades Anticipadas o Instrucciones Previas**

**Resumen:** Los avances de la medicina han alargado la vida y complicado los tratamientos, así como sus consecuencias. En el momento actual la decisión sobre seguir o no esos tratamientos recae en el enfermo, su representantes legales o allegados, que deben tomar la decisión, con unos condicionantes, en el momento de enfrentarse al tratamiento. Además, cabe anticipar esa decisión, mediante un documento en el que la persona decide qué tratamientos se le aplicarán y cuáles no.

**Palabras clave:** autonomía del paciente; voluntades anticipadas.

**Borondatearen autonomia. Bizitzaren amaierarako erabakiak. Aurretizko Borondateak edo aurretizko jarraibideak arautzea**

**Laburpena:** Medikuntzaren aurrerapenek bizitza luzatu dute eta tratamenduak eta horien ondorioak konplikatu dituzte. Gaur egun, tratamendu horiek jarraitzea edo ez egitea gaixoaren erabakia da edota haren legezko ordezkarien eta hurbileko senideen erabakia, tratamenduari aurre egiteko uneko baldintzak aintzat hartuta. Gainera, erabaki hori aurreratu daiteke, pertsonak zer tratamendu aplikatuko zaizkion eta zein ez erabakitzen duen dokumentua.

**Gako-hitzak:** pazientearen autonomia; aurretizko borondateak.

**Autonomy of the will. Decisions for the end of life. The regulation of Advance Directives or Prior Instructions**

**Abstract:** Advances in medicine have lengthened life and complicated the treatments, as well as their consequences. At the present time the decision on whether or not to follow these treatments falls on the patient, their legal representatives or close relatives, who must make the decision, with some conditions, at the moment to face treatment. Furthermore, this decision can be anticipated, through a document in which the person decides which treatments will be applied and which will not.

**Key words:** patient autonomy; advanced directives.

**SUMARIO:** **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** LA INFORMACIÓN, BASE PARA LA TOMA DE DECISIONES. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO. 2.1) La evolución de la relación médico-paciente en la toma de decisiones. 2.2) El consentimiento informado. 2.3) La capacidad para la toma de decisiones médicas. La capacidad por representación. 2.4) La información. 2.5) Objeto del consentimiento informado. 2.6) El otorgamiento del consentimiento informado. **III.** EL TESTAMENTO VITAL. 3.1) Introducción. 3.2) Concepto. 3.3) Normativa estatal y supranacional. 3.4) Capacidad. 3.5) ¿Información en el testamento vital? 3.6) Contenido. 3.7) Eficacia. 3.8) Modificación y revocación. 3.9) Registro. 3.10) Consentimiento informado y testamento vital. **IV.** COMPARATIVA ENTRE LAS NORMATIVAS ARAGONESA Y VASCA. 4.1) Aragón. 4.2) País Vasco. **V.** TESTAMENTO VITAL Y EUTANASIA. 5.1) ¿Qué es la eutanasia? 5.2) Interacción con el documento de voluntades anticipadas. **VI.** ¿QUÉ NOS DEPARA EL FUTURO? **VII.** BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES.

«La muerte no es la peor de las enfermedades;  
peor es el deseo de morir y no poder consumarlo».

[Sófocles]

## I. INTRODUCCIÓN

Enfrentarse a la muerte es una de las realidades del ser humano, sea a la propia, sea a la de los allegados. Las actitudes son diversas, desde la aceptación a la negación, pero, como dice la frase atribuida a Benjamin Franklin, es, junto a los impuestos, lo único seguro de la vida. También se enfrentan a ella a diario los sanitarios, si bien en relación con terceros (Terribas i Sala, 2004), por lo que su enfoque es distinto; lo que no significa que sean indiferentes a la muerte de los pacientes, sólo hay que ver las resistencias que suelen poner a dejar morir a un paciente cuando existe un tratamiento disponible que éste se niega a recibir.

Consecuencia de ello es la existencia inmemorial de una *cultura de la muerte* que, en los últimos tiempos busca la *rehumanización* del proceso de morir que permita a la persona *morir con dignidad* (Ezpeleta Echávarri, 2021).

El modo de morir ha evolucionado a lo largo del tiempo: desde la *muerte amaestrada* de la alta Edad Media, en la que se la trata sin dramatismo, como algo natural, hasta la *muerte prohibida* iniciada a finales del siglo

XX y que dura hasta nuestros días —en la que es un tema tabú<sup>2</sup>, del que no se habla— hemos ido pasando por diferentes niveles de aceptación. Hoy en día, “[l]os extraordinarios avances médicos y científicos producidos en las últimas décadas han propiciado el desarrollo de técnicas cada vez más sofisticadas que permiten la superación de un mayor número de enfermedades” incluso los que, hasta hace poco, eran procesos incurables (Noriega Rodríguez, 2016:31) de forma que, a salvo de situaciones de violencia o catástrofe, nos enfrentamos a una *muerte medicalizada*, en un entorno clínico, que evoluciona hacia la *muerte digna*, en la que, desde el respeto a la voluntad del enfermo, se pretende conservar su lucidez y evitar la agonía y el sufrimiento (Audicana Uriarte, 2021); porque, como dice Noriega Rodríguez (2016:31) también se ha “dado lugar a situaciones en las que personas en estado terminal o en coma son mantenidas artificialmente con vida de forma indefinida, generándose un debate ético-jurídico sobre quién puede decidir sobre su continuación o desconexión cuando el paciente no puede expresar por sí mismo su opinión” o, por el contrario, “en los que el equipo sanitario actúa contra la *lex artis* o experimenta con el paciente sin su consentimiento”<sup>3</sup>.

Dentro de ese proceso de *muerte digna* se incardina el control por cada individuo, en la medida de lo posible, de sus últimos momentos: asistencia religiosa, tratamientos, fallecer en el domicilio o en el hospital... Para ejercer ese control, incluso después de perder la conciencia, puede la per-

<sup>2</sup> En este sentido Bátiz Cantera (2016) hizo en su conferencia una interesante reflexión sobre los efectos de la negación de la muerte, que hace que sólo tengamos presentes las muertes traumáticas, que son las que nos presentan los medios de comunicación, eliminando de nuestro pensamiento la *muerte natural*, que es el fin habitual de la vida.

<sup>3</sup> Sobre los experimentos médicos permisibles y la necesaria aprobación del enfermo para su práctica es determinante el *Código de ética médica de Núremberg* publicado el 20 de agosto de 1947. Su formulación se produjo dentro de la sentencia del caso *United States of America v. Karl Brandt, et al.*, el llamado “Juicio de los médicos”, en el que se enjuiciaron los experimentos médicos y otras actuaciones relacionadas con la sanidad ocurridas durante el III Reich.

sona, cuando se encuentra en plenas facultades, otorgar un documento en el que exprese sus deseos.

Antes de avanzar es necesaria alguna precisión terminológica, ¿cómo debemos referirnos a aquel documento que recoge nuestros deseos futuros en relación con los tratamientos que queremos y no queremos recibir? Porque ya el propio nombre es polémico. Así se ha hablado de “testamento vital”, “documento de instrucciones”, “instrucciones previas”, que es el que utiliza la normativa básica estatal, o “documento de voluntades anticipadas” (Rodríguez Lainz *et al.*, 2021), que es el más común entre las normativas territoriales (Noriega Rodríguez, 2016); quizás éste sea al más correcto técnicamente, aunque aquí vamos a usar “testamento vital” porque es el que ha triunfado socialmente, a pesar de que un testamento es un documento para después de la muerte<sup>4</sup> y aquí hablamos de un documento para los últimos momentos de la vida.

En el presente trabajo trataré la autonomía de la voluntad al final de la vida y la forma de vehicular y manifestar esa autonomía con carácter anticipado, aunque para ello debemos tratar brevemente la transmisión de la información médico-paciente en situaciones concretas de enfermedad; no entraré a estudiar la normativa referente a la asistencia a la muerte o eutanasia, aunque sí me acercaré a la interacción entre ésta y el testamento vital.

También haré una breve comparación del sistema administrativo existente en el País Vasco y Aragón como acercamiento a la normativa de dos Comunidades Autónomas; porque no podemos olvidar que España es un país descentralizado en el ámbito sanitario.

---

<sup>4</sup> La primera definición del Diccionario de la RAE es “Declaración que de su última voluntad hace alguien, disponiendo de bienes y de asuntos que le atañen para después de su muerte”.

## II. LA INFORMACIÓN, BASE PARA LA TOMA DE DECISIONES. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

### 2.1 La evolución de la relación médico-paciente en la toma de decisiones

Como punto de partida, es importante repasar, aunque sea brevemente, cómo hemos llegado aquí, cómo ha sido la relación —mejor, la comunicación— entre el médico y el paciente a lo largo del tiempo; es importante porque nos ayudará a enfocar la importancia del testamento vital como vehículo de respeto a la voluntad del enfermo. Así, siguiendo a Audicana Uriarte (2021) y a Ulibarrena Sainz (2017) podemos distinguir:

(i) La edad del paternalismo o beneficencia, que arranca en la Grecia clásica, y en la que el enfermo está subordinado a la decisión del médico, que actúa buscando el que considera es el bien de aquél, llegando incluso a negarle la información relativa a su enfermedad y al tratamiento que se va a seguir (Romeo Malanda, 2022); información que, sorprendentemente, solía compartirse con los familiares (Terribas i Sala, 2004), que eran quienes consensuaban con el facultativo las medidas a tomar.

(ii) La edad de la autonomía, que arrancararía de las Revoluciones del XVIII, ligada al movimiento de los derechos humanos y que culminaría en el asunto *Schloendorff*<sup>5</sup> donde se dijo que “Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body”.

---

<sup>5</sup> *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 105 N.E. 92 (N.Y. 1914). Debe destacarse que, como en muchas otras materias, la jurisprudencia norteamericana, sea federal sea estatal, ha sido fundamental para la articulación del consentimiento informado tanto en Estados Unidos como en el resto de países.

En 1957 la sentencia Salgo<sup>6</sup> monetizó este derecho, al establecer la obligación de indemnizar en los supuestos de incumplimiento de las instrucciones del paciente:

«A physician violates his duty to protect his patient and subjects himself to liability if he withholds any factors which are necessary to form the basis of an intelligent consent by the patient to the proposed treatment. Likewise, the physician may not minimize the known dangers of a procedure or operation in order to induce his patient's consent».

(iii) La edad de la burocracia, en la que la autonomía del paciente se va transformando en una burocratización —protocolización— del sistema, llegando a una situación en la que es más importante que quede claro que se ha cumplido con la normativa que la forma y alcance de la información facilitada. Esto puede llevar a la deshumanización de la relación médico-paciente, a su conversión en un mero negocio (Ulibarrena Sainz, 2017) fruto de la *medicina defensiva* (Mata de Antonio, 2003) y de la profunda especialización que requiere la actual práctica médica (Martínez-Vares García, 2008) que lleva a que sean varios los facultativos que pueden atender a una persona, con la consiguiente pérdida de interrelación y confianza.

En la segunda mitad del siglo XX se produce un *punto de inflexión*, por el que estas tres edades son superadas por una cuarta, más justa, la de la toma de decisiones compartida por médico y paciente en una relación *horizontal*, que supera la tradicional relación *vertical* (Martínez-Vares García, 2008); en ella el paciente, en la medida de lo posible, toma su decisión bien asesorado por un médico en el marco de relación dual, cuyo origen es la enfermedad (Ulibarrena Sainz, 2017), de forma que

---

<sup>6</sup> *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, 154 Cal. App. 2d 560; 317 P.2d 170.

«[d]e los profesionales sanitarios ahora se espera que nos expliquen lo que nos pasa, que nos propongan líneas de actuación terapéuticas, sus pros y sus contras, y que una vez se cuente con toda esa información, se proceda de acuerdo con la decisión libremente adoptada por el paciente, aunque esta no sea compartida por la sociedad o pueda ser contraria al sentido común, incluso aunque pueda verse como perjudicial para el propio paciente» (Romeo Malanda, 2022:88).

Para articular esta decisión está el *Consentimiento Informado*, auténtico derecho humano fundamental de los ciudadanos (Romeo Malanda, 2022).

## 2.2 El consentimiento informado

Una vez el paciente ha sido informado del alcance de su enfermedad, de su previsible evolución y de los tratamientos que puede recibir, su margen de actuación es amplio, pudiendo negarse a recibir tratamiento, incluso si esta decisión pueda suponer su muerte; es decir, que aun considerando que no existe un derecho constitucional a morir<sup>7</sup> (Romeo Casabona y Arruego Rodríguez, 2022), sí existe un margen de actuación para articular la voluntad del paciente hasta sus últimas consecuencias que debe ser respetado (Rodríguez Lainz *et al.*, 2021).

El fundamento de este derecho a la información lo encontramos en el derecho a la dignidad (Dopico Gómez-Aller, 2010) y a la integridad de la persona (Romeo Casabona y Arruego Rodríguez, 2022); se trata de un

---

<sup>7</sup> En este sentido debemos recordar que, si bien no existe un derecho constitucional a morir, la respuesta penal al suicidio ha sido siempre limitada, configurada como una suerte de *agere licere*; por un lado, la conducta es atípica para el suicida —obviamente en los casos de tentativa, pues la consumación extinguiría cualquier responsabilidad penal— y, por el otro, desde el Código de 1848, tiene para el cooperador, incluso si ha sido ejecutante, penas menores a las que corresponderían a un homicidio —en muchos casos, asesinato—. Sobre la cuestión en general puede verse Rodríguez Lainz *et al.* (2021) y Mata de Antonio (2003).

derecho *defensivo* que nos permite oponernos a cualquier intervención no consentida en cuerpo y espíritu. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional en su sentencia 154/2002, de 18 de julio<sup>8</sup>, consideró la libertad religiosa como otro de los derechos fundamentales a tener en cuenta al enfrentarse al consentimiento a los tratamientos médicos.

Su positivización se encuentra en los artículos 5 a 9 del Convenio de Oviedo<sup>9</sup> y 4 a 9 de la Ley 41/2002<sup>10</sup>, su origen filosófico en el antes citado *Código de ética médica de Núremberg*, su definición en el artículo 3 LAP, para el que “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

Los elementos básicos del consentimiento informado son, según Ulibarrena Sainz (2017) (i) información suficiente y comprensible, (ii) voluntariedad / libertad, debe ser una decisión libre tanto de error como de coacción, y (iii) capacidad y competencia para otorgar el consentimiento.

Es interesante en este sentido la evolución de la doctrina constitucional en materia de libertad para rechazar un tratamiento, desde algún pronunciamiento en que validó una transfusión de sangre forzada en una mayor de edad hasta los pronunciamientos más recientes en los que —recogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— ha ratificado el derecho de un adulto en plenas facultades a rechazar un tratamiento, incluso si eso supone su muerte (Romeo Casabona y Arruego Rodríguez,

---

<sup>8</sup> ECLI:ES:TC:2002:154.

<sup>9</sup> *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina* (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

<sup>10</sup> Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP o Ley 41/2002).

2022). Doctrina que, por otro lado, es seguida con carácter general por los Juzgados de Instrucción a los que se suelen plantear los conflictos entre médico y paciente a la hora de practicar o no un tratamiento.

### 2.3 La capacidad para la toma de decisiones médicas.

#### La capacidad por representación

Varios son los supuestos con los que nos podemos encontrar.

a) El primero, y teóricamente más sencillo es el del mayor de edad con plena capacidad de obrar y capacidad para tomar decisiones: aquí deberemos estar a lo que la persona decida. Debe ser una capacidad material, una capacidad de comprender y de expresarse adecuadamente; para Audicana Uriarte (2021) requiere un paciente que pueda:

- Comunicarse, de forma verbal o no.
- Darse cuenta de la situación y de las expectativas razonables.
- Comprender la información relevante.
- Deliberar sobre las opciones que se le ofrecen, de acuerdo con los objetivos personales y valores propios.

Sólo cuando se den estas condiciones podremos hablar de capacidad para tomar decisiones clínicas. Sin embargo, no podemos olvidar que “no existen procedimientos que determinen claramente la capacidad de un paciente y la legislación no ofrece una guía que nos oriente” ni profesionales especializados en estos problemas (Romeo Malanda, 2022:93), con lo que el facultativo actuante, que es quien, en principio hará la valoración, se encuentra ante una decisión compleja<sup>11</sup> para decidir si la persona puede o no otorgar consentimiento a una intervención. Dopico

<sup>11</sup> El autor trata los métodos de valoración existentes, como el cuestionario Aid to Capacity Evaluation (ACE) y la escala MacCAT-T.

Gómez-Aller (2010:41) propone tres vías de aproximación a la valoración de la capacidad:

- El *enfoque consecuencial* conforme al que se considera capaz al sujeto que toma decisiones racionales e incapaz al que actúa de manera irracional; tiene el problema de que sólo permite al paciente tomar decisiones *standard*, por lo que es ajeno a nuestro sistema de autonomía del paciente.
- El *enfoque formal o de estatus* por el que acudiremos a la condición personal del enfermo (mayor o menor de edad, necesitado de apoyo...), que también debe ser rechazado en tanto no respeta los derechos de menores o personas necesitadas de apoyo.
- El *enfoque funcional* que se basa en la concreta decisión que debe ser adoptada para medir la concreta capacidad mental, partiendo de que, “salvo excepciones, el sujeto es competente para decidir sobre el tratamiento médico que se le proporcione siempre que sea capaz de comprender plenamente las implicaciones del tratamiento propuesto, sus riesgos o posibles desventajas y las alternativas existentes”. Este es el enfoque al que debemos acogernos hoy y así aparece en el art. 9.3 LAP.

Para este autor (2010) la valoración debe hacerse, al menos preliminarmente, en el momento de informar al paciente, acudiéndose a especialistas en los casos dudosos y siempre teniendo en cuenta que la decisión facultativa puede ser cuestionada por el enfermo, llegando incluso a judicializarse la cuestión.

b) Si esta persona mayor de edad y con plena capacidad no puede tomar decisiones procederá el consentimiento por representación, que podríamos definir como la situación en la que “un tercero toma decisiones sobre el cuerpo de una persona” de forma que la *autonomía* de la persona se transforma en *heteronomía* (Dopico Gómez-Aller, 2010:40).

Las personas vinculadas al enfermo por razones familiares o de hecho —que son las llamadas por la ley a otorgar el consentimiento—, deberán tomar una “decisión adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal” (art. 9.5 LAP) “atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente” (art. 9.6 LAP); como dice Dopico Gómez-Aller (2011:32):

«...nos encontramos en este punto con una normativa poco detallada, que por lo general se limita a indicar (con poco nivel de concreción) quiénes están llamados a sustituir al paciente en los supuestos de incapacidad para prestar consentimiento; y, además, rara vez establece una prelación o jerarquía entre ellos (2), de modo que si dos de los llamados manifiestan posiciones contrarias, no se aporta un criterio de resolución del conflicto».

Sobre esta normativa la doctrina ha venido trabajando en varios criterios, descartando en todo caso que la decisión pueda tomarse sobre la base de percepciones subjetivas de la persona llamada a tomarla (Dopico Gómez-Aller, 2010):

- El criterio llamado de *best interest*, en el que la decisión debe tomarse buscando lo mejor para el enfermo, es el que más claramente se desprende del texto legal; aunque parece una cuestión sencilla, en tanto que parece objetivable, nos encontramos con varios problemas. Por un lado, a veces la decisión no es tan clara y objetiva, a veces existe un *marco de decisiones admisibles* dentro de la *lex artis* médica en el que todas las opciones tienen riesgos y contraindicaciones (Dopico Gómez-Aller, 2011:61); un ejemplo propuesto por este autor, si bien referido a menores, nos puede ilustrar:

«Una chica de catorce años está embarazada de doce semanas. Su personalidad es infantil e inmadura. Su padre propone con vehemencia que

se interrumpa el embarazo, pues supone limitar vitalmente a la niña durante toda su juventud, su etapa formativa, etc. La niña es una ferviente católica y no quiere someterse a la intervención quirúrgica (que, además, la aterra). Su madre, también católica practicante, apoya el punto de vista de la menor».

Nos hallamos ante un supuesto en el que, ambas opciones (la de *consentir* y la de *rechazar* el tratamiento abortivo) son médicamente indicadas,

«Y si bien es cierto que puede sostenerse que una menor puede ver sumamente limitadas sus opciones vitales por quedarse embarazada demasiado joven, esta es una de las consideraciones que pueden entrar en juego a la hora de tomar una decisión sobre la intervención quirúrgica. El padecimiento físico y moral que puede acarrear imponer por la fuerza una intervención quirúrgica abortiva a una menor católica es otro, y no despreciable».

Por el otro las personas encargadas de tomar la decisión pueden actuar más en pos de sus propios intereses que de los del paciente (Romeo Casabona y Arruego Rodríguez, 2022)<sup>12</sup>; cuestión que se planteó en el caso *Terri Schiavo* en el que “el defensor legal («Guardian ad litem») de la paciente subrayaba que el marido podía tener incentivos perversos para decidir, pues era el heredero del patrimonio de la paciente”, a pesar de lo cual los Tribunales le dieron la razón al cónyuge (Dopico Gómez-Aller, 2011:33).

• Parte de la doctrina, entre ellos Dopico Gómez-Aller (2011) también considera aceptado por la LAP el criterio llamado de *subsistuted judgment*, por el que la persona que va a tomar la decisión adopta la que el paciente hubiese adoptado según la información que dispo-

---

<sup>12</sup> No existe propiamente un caso *Terri Schiavo* sino una serie de procedimientos que se produjeron ante los Tribunales federales y del Estado de Florida.

ne<sup>13</sup>; incluye los supuestos de *voluntad anticipada* en los que existe una manifestación de voluntad del enfermo anteriormente manifestada —no sólo un testamento vital, sino otras manifestaciones— en una suerte de voluntades anticipadas *verbales* (Dopico Gómez-Aller, 2010:58) sino también de *voluntad hipotética*, en la existe otra información que puede ayudar a inferir la que hubiese sido voluntad del enfermo “(como su religión, o filosofía vital, sus valores, su opinión respecto de supuestos similares, etc.)”; este criterio fue el que se siguió para acordar desconectar a Terri Schiavo, lo que, por otro lado, no supuso su muerte inmediata.

Esta opinión se fundamenta en la mención legal a la dignidad del paciente; entre sus problemas están la endeblez probatoria, que los datos de que se disponen no son tan ciertos como los derivados de un documento de voluntades anticipadas —una cosa es decir algo hablando con familiares o amigos y otra pensarlo indudablemente— y que se pueden producir discusiones cuando son varias las personas que participan en la decisión; en todo caso cabría prueba contradictoria de lo expresado por las personas llamadas a tomar la decisión (Dopico Gómez-Aller, 2010).

En ambos casos se plantea el alcance de la decisión del representante ¿puede tomar cualquier decisión? ¿puede tomar una decisión arbitraria, contraria a la indicación médica, por ejemplo, rechazar un tratamiento, decisión que es aceptable en un sujeto mayor de edad y capaz? Dopico Gómez-Aller (2011) da una respuesta negativa, esa decisión nunca puede ampararse en el superior interés del enfermo; sólo cabría si acudimos al criterio de la sustitución en la decisión y se prueba suficientemente la voluntad del enfermo, en una prueba extremadamente compleja<sup>14</sup>. Lo

<sup>13</sup> Por lo que sólo será operativo en los supuestos de personas que habiendo sido capaces han perdido por algún motivo la capacidad de manifestar su voluntad en el momento concreto.

<sup>14</sup> La doctrina suele acudir al *test de Buchanan y Brock*, conforme al que una declaración tiene más peso probatorio (i) cuanto más concretamente esté expresada, (ii) cuanto más

que no significa que, por ejemplo, una sedación terapéutica no pueda ampararse en el *best interest*; a veces lo mejor para el enfermo —y lo recomendado médicamente— es iniciar un procedimiento de cuidados paliativos que pueda llevar a la muerte. Si acudimos a la doctrina de la *substituted judgement* igualmente procedería la sedación terapéutica salvo que se probase —reforzadamente— que la voluntad de la persona sería contraria (Dopico Gómez-Aller, 2010).

Un artículo en prensa de Gimbernat Ordeig publicado en *El Mundo* el 19 de abril de 2005 relata de forma coloquial pero muy acertada la situación:

«Por lo que se refiere al supuesto del enfermo terminal que está padeciendo graves sufrimientos físicos, y que no puede prestar su consentimiento a un tratamiento paliativo por su bajo nivel de conciencia, o uno eficaz, por ser un menor de edad o por no estar en plenitud de sus facultades mentales, la tesis formulada recientemente desde diversos sectores de que entonces queda en manos de los parientes del paciente si procede o no su sedación, es una tesis incorrecta. Y ello por dos razones:

— La primera porque, a falta de una manifestación previa, expresa o tácita del enfermo, la voluntad presunta de éste no puede ser interpretada en el sentido de que pertenece a ese reducido grupo con tendencias masoquistas, o de mártires en vida, que confiere un valor superior a —y que prefiere— una vida más prolongada acompañada de dolores difícilmente soportables que otra más corta sin esos padecimientos, sino que lo que hay que presuponer es precisamente lo contrario: que se inclina por una eutanasia indirecta, ya que ésta, administrada, por un médico, es un comportamiento penalmente conforme a Derecho, cuya práctica, además, debe estar garantizada por el Sistema Sanitario, que tiene la obli-

---

directamente se refiera al propio paciente, (iii) cuanto mayor sea el número de fuentes probatorias, (iv) cuanta mayor fiabilidad tengan dichas fuentes y (v) cuanto más reiteradas hayan sido las manifestaciones del paciente (Dopico Gómez-Aller, 2011).

gación de poner a disposición de los enfermos terminales “unidades de atención paliativa” (arts. 12.2.8 y 132.E Ley 16/2003), y porque tanto el Parlamento Europeo, en junio de 1999, como incluso la doctrina oficial de la Iglesia católica se han pronunciado a favor de admitir la administración de opioides como la morfina y de ansiolíticos, aunque ello suponga un probable acortamiento de una vida que ya sólo tiene la perspectiva de durar hasta su final rodeada de un infierno de padecimientos físicos.

— La segunda razón por la que la decisión de los familiares no puede ser determinante para oponerse a los cuidados paliativos de un paciente que no puede expresar su voluntad, o que sólo la puede manifestar ineficazmente desde un punto de vista jurídico, reside en que, en tales casos de consentimiento por representación, el artículo 9.5 de la ya citada Ley 41/2002 dispone que “la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal”, es decir: que ese consentimiento de los familiares sólo es vinculante para el médico si en su prestación se actúa en interés del enfermo y se atiende a la salvaguarda de su dignidad. De donde se sigue que, naturalmente, la negativa de los representantes a que el paciente sea sometido a cuidados paliativos, es decir: la manifestación de voluntad de que aquél prolongue su agonía durante días o semanas entre aullidos de dolor, ni puede considerarse que atienda a los intereses del paciente, ni mucho menos que respete su dignidad, especialmente si se tiene en cuenta que la eutanasia indirecta penalmente lícita, jurídico-administrativamente conforme a Derecho y que está admitida por instituciones tan divergentes como el Parlamento Europeo y la Iglesia católica».

Para solucionar los conflictos de intereses que puedan surgir se han barajado, según (Romeo Casabona y Arruego Rodríguez, 2022:372) varias soluciones, como judicializar la cuestión, dejarla en manos de los comités de ética de los hospitales —lo que puede ser desaconsejable en tanto podría conducir a una “intromisión excesiva y desproporcionada, en tér-

minos generales, tanto en la vida familiar como en la propia dinámica profesional y podría implicar la imposición de intervenciones, por acción o por omisión, de las que, no obstante, sería responsable el profesional que interviene al paciente” — o, de una persona de confianza; opción esta última que se podría vehicular por medio de un testamento vital y que evita los problemas derivados del consentimiento por representación (Quijana-González y Tomás y Garrido, 2014).

Nuestra normativa opta por judicializar el asunto, en tanto el artículo 9.6 LAP continúa

«Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, pudiendo actuar los facultativos en casos de urgencia, adoptando las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad».

Si la medida tomada consiste en el internamiento del sujeto se comunicará a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas<sup>15</sup>.

Dentro de esta judicialización, caso paradigmático en España de disputa entre los intereses del menor y las convicciones de los representantes legales fue el que concluyó en la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, antes citada, relativo a la condena penal a unos Testigos de Jehová, padres de un menor que murió tras negarse a recibir transfusiones de sangre autorizadas por el Juzgado de guardia, por no haberle convencido para deponer su actitud ni haber autorizado dicha intervención médica. El Tribunal Supremo había condenado a los padres “como autores responsables de un delito de homicidio, con la concurrencia, con

<sup>15</sup> Normativa de aplicación no sólo en este supuesto, sino en todos los que opera el consentimiento por representación.

el carácter de muy cualificada, de la atenuante de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión”.

El Tribunal Constitucional anuló la condena manifestando que

«Más allá de las razones religiosas que motivaban la oposición del menor, y sin perjuicio de su especial trascendencia (en cuanto asentadas en una libertad pública reconocida por la Constitución), cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal —como distinto del derecho a la salud o a la vida— y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 de la Constitución Española)».

c) En los supuestos de personas necesitadas de apoyo deberemos acudir a la resolución que estableció las medidas y a la situación real del enfermo o verificar el eventual otorgamiento de un “poder o mandato preventivo a favor de una persona de su confianza facultándola para la gestión de sus asuntos personales y patrimoniales antes de sobrevenirle la situación que le impide prestar su consentimiento informado” (Vivas Tesón 2022:117) o de un documento de voluntades anticipadas.

En todo caso, conforme al artículo 9.7 LAP,

«Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento».

d) Especialmente compleja en lo fáctico es la situación del menor de edad mayor de 16 años, para el que, con carácter general, no procede el consentimiento por representación, sino que se deberá respetar su propia decisión. Aunque esta regla general es matizada por la LAP al decir que

“cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo”. También quedan excluidos de su ámbito de decisión la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida.

Es decir, con carácter general le trataremos como a un adulto, a salvo de las excepciones, en las que procede el consentimiento por representación teniendo en cuenta la opinión del menor<sup>16</sup>. El representante debería aplicar un criterio de *best interest*, ya que, vedado para el menor el otorgamiento de un testamento vital, no parece razonable pensar que cabe reconstruir su voluntad (Dopico Gómez-Aller, 2011:36); para este autor es una solución *insatisfactoria*, que, en mi opinión debería ser matizada, porque de alguna forma su voluntad hipotética, debidamente probada, debería ser tenida en cuenta.

En las situaciones en las que no procede el consentimiento por representación se suele practicar un enfoque consecuencial, de forma que se le permite tomar sus propias decisiones siempre que tome la decisión correcta y no una arbitraria; porque en este supuesto se tendría en cuenta la opinión de sus representantes legales y si aun así se produce un conflicto

---

<sup>16</sup> En relación con este apartado es necesario recordar brevemente la redacción original del artículo 9 LAP en relación con los menores mayores de 16 años, y que, con pequeñas variaciones estuvo vigente hasta el 18 de agosto de 2015:

«Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente».

Hasta ese momento, aún en los supuestos de grave riesgo la decisión era del menor, siendo únicamente informados los padres, de forma que la toma de decisiones descansaba en un reparto de roles inverso al actual, que probablemente dejaba decisiones demasiado graves en manos de personas no del todo formadas.

con el equipo médico, el Estado debe “proteger al menor y, en este caso, protegerle provisionalmente (hasta que alcance la plena autonomía) incluso de sus propias decisiones no terapéuticamente indicadas” (Dopico Gómez-Aller, 2011:37) por lo que el asunto habitualmente se judicializará y se acabará practicando el tratamiento recomendado por la *lex artis*.

En conclusión goza de una autonomía limitada a optar por la *lex artis* en los supuestos más graves, que nos hace dudar de la virtualidad de tal autonomía en las decisiones importantes.

e) El siguiente grupo son los menores de 16 años<sup>17</sup>, que, a su vez dividiremos en dos subgrupos.

Para los menores de 16 años inmaduros, esto es, que no sean capaces intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención el consentimiento lo otorgará su representante legal, siempre teniendo en cuenta su superior interés (art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor); es decir, que el criterio general es del *best interest* del que hemos hablado más arriba.

En todo caso, como en el supuesto anterior, nunca cabría rechazar un tratamiento recomendado por la *lex artis* en tanto se trata de un sujeto sometido a una especial protección por el Estado (Dopico Gómez-Aller, 2010); el gran problema nos lo encontraremos cuando la *lex artis* proponga varias soluciones aceptables pero de efectos diametralmente opuestos, como en el caso antes mencionado de la menor embarazada.

Otra cosa son los menores de 16 años maduros, *que sí pueden opinar* vista su libertad de autodeterminación al encontrarnos ante un derecho personalísimo (art. 162 CC). ¿Y cuándo un menor de 16 es maduro y puede participar en la toma de decisiones médicas?

<sup>17</sup> La compleja casuística que puede darse con menores, y las eventuales soluciones, aparece en Romeo Malanda (2022).

Para resolver la cuestión la doctrina suele acudir al llamado *test Gillick* que se formula por Lord Scarman<sup>18</sup> de la siguiente manera: “As a matter of law the parental right to determine whether or not their minor child below the age of sixteen will have medical treatment terminates if and when the child achieves sufficient understanding and intelligence to understand fully what is proposed”.

En estos casos del menor maduro debemos respetar su voluntad en tanto tiene madurez para comprender la naturaleza e implicaciones de la decisión. La cuestión se complica cuando el menor —maduro, pero menor— toma una decisión arbitraria que pone en peligro su vida, momento en el que procederá actuar de igual manera que con un menor de edad mayor de 16 años.

f) Finalmente, se podrá actuar sin consentimiento en los supuestos de riesgo para la salud pública o cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo (art. 9.2 Ley 41/2002), siempre, en este último supuesto, que el enfermo no pueda manifestar su voluntad o no la haya manifestado anteriormente.

Los tratamientos sanitarios obligatorios —que deben distinguirse de las enfermedades de declaración obligatoria— pueden afectar a los derechos fundamentales de la persona (por ejemplo, a la libertad o a la intimidad), por lo que el Tribunal Constitucional ha declarado que el sacrificio de tales derechos requiere siempre respetar la regla de la proporcionalidad, con los siguientes requisitos: (i) debe estar prevista por la ley en sentido formal, (ii) debe ser adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada y, (iii) ha de ser idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo (Sánchez Caro y Abellán-García Sánchez, 2022).

<sup>18</sup> *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 All ER 402 (House of Lords).

## 2.4 La información

Conforme al artículo 4.1 LAP

«Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias»,

por lo que “el alcance concreto de la información y la forma de transmitirla debe determinarse caso por caso, adaptándose a la edad y condiciones personales del paciente, como por ejemplo su nivel intelectual, procedencia, religión o cultura” (Romeo Malanda, 2022:89), por lo que puede ser inadecuada tanto por defecto como por exceso. En todo caso es necesaria, porque “self-determination ought not be blind”<sup>19</sup>.

Esta información puede limitarse por el llamado privilegio terapéutico regulado en el artículo 5.4 de la Ley 41/2002, conforme al que

«El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave».

---

<sup>19</sup> *President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, Making Health Care Decisions. A Report on the Ethical and Legal Implications of Informed Consent in the Patient-Practitioner Relationship. Volume One: Report. Washington: U.S. Gov. Printing Office, 1983, p. 56. (Citado por Dopico Gómez-Aller, 2010).*

Circunstancia ésta de la que se debe dejar constancia razonada en la historia clínica y ser comunicada a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho. Se trata de una actuación excepcional, en tanto existe el riesgo de una *conspiración de silencio* que vacíe de contenido el derecho a ser informado (Romeo Malanda, 2022:96) en una vuelta a la medicina paternalista.

## 2.5 Objeto del consentimiento informado

Como regla general el consentimiento únicamente comprende el acto médico que ha sido explicado por el médico, sobre el cual se ha recibido la información pertinente y sus riesgos, que son así asumidos por el paciente; además se debe informar de las eventuales complicaciones que pudieran surgir durante la intervención, quedando como no consentidos todos los aspectos sobre los que no se ha informado (Romeo Malanda, 2022); por tanto, estos sólo podrán ejecutarse en supuestos de inminente riesgo y siempre respetando las líneas generales transmitidas por el enfermo.

## 2.6 El otorgamiento del consentimiento informado

Con carácter general el consentimiento se otorga verbalmente; sin embargo, conforme al artículo 8.2 LAP “se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”.

Se trata de una medida que pretende asegurar la transmisión de la información en los procedimientos médicos más complejos, y deberá incluir (art. 10.1 LAP):

- «a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- d) Las contraindicaciones».

Debe prestarse antes de llevarse a cabo el acto médico irán referido a una actuación concreta, que es sobre la que recaerá la información y debe mantenerse durante todo el tiempo que dure el acto médico.

### III. EL TESTAMENTO VITAL

#### 3.1 Introducción

Visto lo anterior, procede enfrentarnos a la regulación del “documento de voluntades anticipadas”; institución que, como dice Fernández Otero (2021), no ha merecido hasta el momento excesivo interés en la práctica<sup>20</sup>, pero que probablemente tendrá un papel trascendental con la legalización de la eutanasia.

---

<sup>20</sup> El número de testamentos vitales activos a enero de 2023 era de 402.761, lo que supone un 0,848% de la población. Porcentaje que en Aragón era del 0,983% y en el País Vasco el 1,851%, sólo superado por Navarra con el 2,236%. El número de mujeres —0,518%— casi duplica al de hombres, que asciende al 0,304%.

Fuente *Registro nacional de instrucciones previas* del Ministerio de Sanidad. <https://www.sanidad.gob.es/areas/profesionalesSanitarias/rnip/home.htm> (consultado el 25 de enero de 2024).

Al igual que el consentimiento informado, su origen está en la jurisprudencia norteamericana, en concreto en los casos *In re Quinlan*<sup>21</sup> y *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*<sup>22</sup> en el que el Tribunal Supremo Federal dijo que “it was acceptable to require ‘clear and convincing evidence’ of a patient’s wishes for removal of life support”; el testamento vital es la mejor forma de obtener esa prueba clara y convincente de la voluntad del paciente, sin tener que recurrir a interpretaciones por terceros de su voluntad.

### 3.2 Concepto

Volviendo a nuestro país, empezaremos por su regulación positiva, contenida en el artículo 11 LAP, conforme al que:

«Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo».

Definición que lleva a autores como Mata de Antonio (2003:37) a decir que nos encontramos “ante una manifestación avanzada de la autonomía del paciente y del consentimiento informado” y que será un documento útil para el médico cuando el paciente no pueda expresar su voluntad. Según Fernández Otero (2021) la principal diferencia entre éste y el consentimiento informado es temporal, pues éste tiene efectos inmediatos y el testamento vital, futuros; aunque, como veremos, hay otras diferencias.

---

<sup>21</sup> 70 N.J. 10, 355 A.2d 647 (NJ 1976).

<sup>22</sup> 497 U.S. 261 (1990).

Junto a esta definición legal Quijana-González y Tomás y Garrido (2014:140) nos dan una definición popular conforme a la que “se llama testamento vital al documento en el que una persona manifiesta los tratamientos que desea recibir o rechazar para cuando haya perdido la capacidad de expresarse por sí misma, y decide el destino de sus órganos o de su cuerpo tras su fallecimiento”.

Para estas autoras sus características son:

- Es una excepción al régimen de consentimiento por sustitución en los supuestos de falta de capacidad para otorgar el consentimiento.
- Encuentra su fundamento en el principio de autodeterminación del paciente.
- Es un negocio jurídico, en tanto “se trata de la declaración de voluntad con la que el particular se propone conseguir un resultado que el derecho estima digno de especial tutela”. Característica que también destacan Martínez-Vares García (2008) o Tur Faúndez (2004:1960), para quien es un “auténtico negocio jurídico en el que el otorgante, en el ejercicio de un derecho individual, de carácter personalísimo y dispositivo por parte del sujeto, emite una declaración de voluntad sobre los cuidados” y el tratamiento de su salud ante determinadas contingencias.
- Su ejecución queda diferida en el tiempo y su contenido es heterogéneo en tanto “Abarca manifestaciones relativas al cuidado integral de la persona pudiendo contener peticiones de asistencia espiritual durante su enfermedad (11- 13), indicación de las personas con las que desea o no compartir sus últimos momentos y la manera de hacerlo, detalles sobre el sepelio, funeral, etc”.
- Su apertura procede en cualquier situación de falta de capacidad suficiente para tomar decisiones o de muerte, siendo su destinatario el profesional sanitario, para quien es vinculante.

Para Terribas i Sala (2004) sus cometidos son: (i) respetar la autonomía del paciente y (ii) hacerle corresponsable de su proceso terapéutico, legitimando sus decisiones tomadas anticipadamente para ser aplicadas en su momento. Además, para este autor (2004:7) el otorgante podrá designar un representante

«para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas que debe ser un auténtico fiduciario de este, en el sentido de que su mediación sea decisiva en la toma de decisiones igual que si se tratase del propio paciente, siempre que no vaya contra su voluntad» por lo que su “elección debe hacerse con seriedad, reflexionando bien qué persona, con la que exista una relación de plena confianza, es la mejor conocedora de los valores y principios del otorgante, garantizando que llegado el momento decisivo no se encontrará mediatizado por conflictos de intereses o circunstancias de emotividad o sentimientos contradictorios, que será capaz de defender la voluntad del paciente incluso contra el criterio médico que pretenda evadirla».

### 3.3 Normativa estatal y supranacional

- Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (art. 11).
- Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, que regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal.

- Orden SCO/2823/2007, de 14 de septiembre, por la que se crea el fichero automatizado de datos de carácter personal denominado “Registro Nacional de Instrucciones Previas”.

### 3.4 Capacidad

La ley exige mayoría de edad —o emancipación— para su otorgamiento, no siendo suficiente la mayoría de edad *sanitaria* (16 años conforme al art. 9.4 Ley 41/2002, como hemos visto) en una incoherencia que pone de manifiesto Vivas Tesón (2022) y que es solucionada por algunas de las normas autonómicas; por lo tanto, sólo se exigirá para su otorgamiento “capacidad de obrar” entendida en sentido negativo, esto es, que esta no haya sido limitada formalmente por un Tribunal (Rodríguez Lainz *et al.*, 2021) y siempre y cuando la limitación excluya expresamente la posibilidad de otorgarlo.

Se trata de un consentimiento personalísimo, en el que no cabe representación, ni en las personas con plena capacidad de obrar ni en menores o personas necesitadas de apoyo.

La voluntad debe ser libre, expresada<sup>23</sup> siempre por escrito<sup>24</sup> y es esencialmente revocable y modificable, debiendo acudir, cuando existan varios, a la última redacción, salvo que el último deje en algo vigentes los anteriores (Fernández Otero, 2021). Para que sea considerada libre no puede estar viciada por error ni prestada con violencia, intimidación o dolo.

---

<sup>23</sup> Al tratar las normativas autonómicas veremos las formas de expresar el consentimiento.

<sup>24</sup> Sin embargo, Terribas i Sala (2004:4) califica la necesidad de documento escrito, en una suerte de *subsistuted judgment*, como “una medida de garantía jurídica, pero ética y moralmente el valor de las manifestaciones del paciente, hechas en plena capacidad, debe ser el mismo exista o no documento por escrito, y deben regir la actuación profesional en cualquier caso”.

Sorprendentemente, la normativa no exige un control de la capacidad del otorgante, de forma que un documento de voluntades anticipadas vinculará en un futuro —incluso a efectos de un eventual auxilio a la muerte, como veremos— sin una verificación del conocimiento del alcance de la decisión ni de la capacidad material para su otorgamiento<sup>25</sup>. Tampoco se exige un control de la libertad con que se otorga (Quijana-González, C. y Tomás y Garrido, 2014) especialmente en los supuestos en que se otorgue ante testigos.

### 3.5 ¿Información en el testamento vital?

#### **Al principio el médico tomaba decisiones sin el paciente, ahora éste las toma sin el médico**

A diferencia de lo que hemos visto para los tratamientos médicos, para el otorgamiento de un testamento vital no es necesario informe o asesoramiento médico o sociosanitario previo, lo que para Rodríguez Lainz *et al.* (2021) es uno de los más graves errores de la normativa española en materia de voluntades anticipadas: se trata de una decisión abstracta en relación con una contingencia que no se ha producido —y que puede que nunca se produzca— habitualmente teniendo en cuenta unos tratamientos que puede que no sean los que correspondan en el momento en que se produzca el hecho que hace entrar en funcionamiento el testamento vital.

Como hemos visto más arriba, cuando nos encontramos ante un tratamiento médico la decisión se toma entre dos personas, el médico y el interesado, en un diálogo; sin embargo, el testamento vital es un monólogo, realizado habitualmente con mucha —a veces demasiada— antelación al

---

<sup>25</sup> Únicamente la normativa vasca, de la que luego hablaremos, establece la obligación para los facultativos de informar sobre la posibilidad de otorgar declaraciones de voluntad anticipadas.

momento en que debe surtir efecto por personas que pueden no saber muy bien que efectos reales tiene la decisión que están tomando.

Todo ello sin olvidarnos que la falta de información real podría dar lugar, en algunos supuestos, a la nulidad del documento de voluntades anticipadas en tanto el otorgamiento del consentimiento estaría viciado de error (Martínez-Vares García, 2008).

### 3.6 Contenido

Como decíamos, y con la salvedad apuntada, debe otorgarse preceptivamente por escrito, con las formales adicionales que puede establecer cada Comunidad Autónoma, siendo aconsejable que conste en la historia clínica (Quijana-González y Tomás y Garrido, 2014). Siguiendo a Fernández Otero (2021) y Terribas i Sala (2004) podemos distinguir los siguientes aspectos que debe contener el testamento vital:

- a) Cuidados y tratamiento de salud: se deben recoger las instrucciones y límites en cuanto a tratamientos, intervenciones, medicamentos o calmantes que se desean o se rechazan. Así Vivas Tesón (2022) recoge entre los posibles asuntos a tratar las medidas de contención o los internamientos psiquiátricos.
- b) Información que se desea recibir y personas que deben ser informadas de la situación médica (Martínez-Vares García, 2008).
- c) Destino del cuerpo y de los órganos: donación, estudio, investigación...
- d) Nombramiento de representante y asignación de límites a sus funciones.
- e) Otras manifestaciones: valores vitales, expectativas personales de calidad de vida, lugar en el que se quiere recibir tratamiento, asistencia religiosa.

Mención especial requiere el representante y el alcance de su representación, cuya función, conforme al artículo 11 LAP su función es servir “como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”; lo que le hace especialmente relevante si el documento es vago o sólo contiene directrices genéricas o valores.

Para Dopico Gómez-Aller (2011:53) su posición no es idéntica a la de los *allegados* del artículo 9 LAP en tanto “se trata de un representante que ha sido expresamente nombrado ad hoc por el paciente para velar por que se respete su voluntad en las fases finales de la vida”, de forma que, por ejemplo, su opinión prevalecerá sobre la de los familiares o será de especial relevancia cuando sea necesario reconstruir una voluntad hipotética. Por eso autores como Martínez-Vares García (2008:13) sugieren

«que hasta fuera conveniente designar como tal al médico de cabecera que puede ser quien mejor conozca esos deseos, y que, precisamente, por esa situación de mutua y suficiente confianza pueda conocer que es lo que exactamente quiso expresar el paciente al redactar sus instrucciones».

Designación que no sería problemática en tanto el médico de cabecera no fuese parte del equipo médico interviniente.

### 3.7 Eficacia

Nuestro punto de partida debe ser el carácter vinculante del documento, por lo que deberán seguirse obligatoriamente las instrucciones contenidas siempre que el otorgante no esté en condiciones de modificarlas o contradecirlas, incluso si ello supone negarse a un tratamiento vital o acceder a un procedimiento que ponga fin a la vida.

De esta manera la norma interna va más allá que el Convenio de Oviedo, que habla en su artículo 9 de *toma en consideración* de los deseos

de la persona, lo que para autores como Mata de Antonio (2003) autoriza al médico a no seguir las instrucciones si considera que han variado las circunstancias desde el otorgamiento, habida cuenta que el Convenio es parte de nuestro ordenamiento interno (art. 96 de la Constitución). Por el contrario, para para autoras como Vivas Tesón (2022), no cabe matización alguna, de forma que voluntad así expresada “prevalecerá sobre la opinión y las indicaciones que realicen los familiares, allegados y profesionales que participen en su atención sanitaria”.

A salvo del eventual derecho a la objeción de conciencia, los sanitarios deben seguir las instrucciones contenidas en el documento, siempre que respete los límites legamente establecidos: (i) no podrá acordarse en él nada contrario a la Ley —entendemos, con Quijana-González y Tomás y Garrido (2014), que el control de legalidad debe hacerse en el momento de ejecución, no de otorgamiento—, ni (ii) a la *lex artis* médica y (iii) no podrá “integrarse” para supuestos no contemplados expresamente, de forma que, en estos casos, deberemos volver al consentimiento por representación.

En relación con la *lex artis* médica es necesario recordar aquí dos cuestiones:

- El paciente puede indicar que no se siga un determinado tratamiento, aunque sea el aconsejado por la ciencia médica incluso si le puede suponer la muerte o graves secuelas (Mata de Antonio, 2003).
- También incluye evitar el *encarnizamiento terapéutico* mediante tratamientos que se limiten a la prolongación de la vida biológica sin expectativas previsibles de recuperación (Romeo Casabona y Arruego Rodríguez, 2022), por lo que instrucciones en éste sentido tampoco deben ser atendidas.

Si surgiesen problemas de interpretación deberíamos acudir “a las normas del Derecho Civil en relación con los contratos e incluso con

las normas relativas a los testamentos” (Martínez-Vares García, 2008:16); dudas que para este autor debe resolver el médico responsable, por lo que sería aconsejable “la creación en los centros hospitalarios de comisiones integradas por médicos y juristas que interpretasen los documentos de instrucciones previas” (2008:16).

### 3.8 Modificación y revocación

El documento de voluntades anticipadas puede ser modificado, sustituido o revocado en cualquier momento con arreglo a los requisitos establecidos para su otorgamiento, aunque Quijana-González y Tomás y Garrido (2014) plantean la posibilidad de modificaciones orales cuando no pueda acudir al procedimiento legal. Debe identificarse el documento concreto afectado, y en los casos en los que se modifique, los aspectos que subsisten y los que se eliminan.

### 3.9 Registro

Por último, debemos recordar que la Ley 41/2002 establece un *Registro nacional de instrucciones previas* al que se remiten las instrucciones registradas en cada una de las Comunidades Autónomas.

Se encuentra regulado en el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de voluntades previas y su objeto es facilitar el acceso nacional a todos los testamentos vitales otorgados. Tienen acceso al mismo:

- Las personas otorgantes.
- Sus representantes.
- Los responsables de los registros autonómicos.
- Las personas designadas por las diferentes autoridades sanitarias.

Los encargados de los Registros autonómicos deben remitir a éste todos los documentos de instrucciones previas que inscriban en el suyo.

### 3.10 Consentimiento informado y testamento vital

Quijana-González y Tomás y Garrido (2014) tratan en su obra las principales diferencias entre el testamento vital y el consentimiento informado; a la relativa a la información, que hemos tratado más arriba, unen:

- En el testamento vital no cabe el consentimiento por sustitución.
- En el testamento vital el control de la libertad de actuación y capacidad se presumen *iuris tantum*, mientras que en el consentimiento informado interviene el facultativo.

Es decir, que estamos ante mecanismos vinculados pero con diferencias significativas.

## IV. COMPARATIVA ENTRE LAS NORMATIVAS ARAGONESA Y VASCA

Hasta aquí hemos venido hablando de la normativa general, pero nos encontramos ante una cuestión en la que la normativa autonómica debe ser tenida en cuenta. Existen regulaciones de estas cuestiones en todas las Comunidades Autónomas, lo que es razonable si tenemos en cuenta la transferencia a éstas de la gestión sanitaria, pero siempre debiendo respetar la legislación básica del Estado (Martínez-Vares García, 2008).

En cuanto a la delimitación competencial, rige el principio *locus regit actum*, con lo que las características extrínsecas que deben cumplirse son las de la Comunidad Autónoma en la que va a otorgarse, sin perjuicio de que tenga efectos en todo el territorio nacional (Fernández Otero, 2021).

A continuación, veremos las principales características de las normativas aragonesa y vasca.

## 1. Aragón

### a) *Normativa*

- Ley 6/2002, de salud de Aragón, modificada por la Ley 8/2009 y por la Ley 10/2011.
- Ley 10/2011, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte.
- Decreto 100/2003, que aprueba el Reglamento de organización del Registro de voluntades anticipadas.
- Decreto 6/2008, que garantiza el cumplimiento del deseo del paciente expresado a través del documento de voluntades anticipadas.

### b) *Denominación*

La Ley aragonesa opta por la denominación *voluntades anticipadas*.

### c) *Capacidad*

Junto a los mencionados en la normativa general pueden otorgar el documento los menores aragoneses mayores de 14 años con asistencia de sus padres o tutor. Además, el médico que tenga dudas de la capacidad del otorgante incapacitado que no tenga limitada la posibilidad de otorgar el documento de voluntades anticipadas, deberá poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal por si fuese necesario modificar las medidas de apoyo establecidas.

### d) *Formalidades*

El documento puede ser otorgado:

- Ante notario<sup>26</sup>.
- En documento privado, antes dos testigos, mayores de edad, con plena capacidad de obrar y que no tengan con el otorgante relación de parentesco hasta el segundo grado o vínculos patrimoniales.
- Ante el funcionario legalmente establecido.

e) *Contenido*

Conforme al artículo 15.1 de la Ley 6/2002, el otorgante libremente puede manifestar:

- «a) Las opciones e instrucciones, expresas y previas, que, ante circunstancias clínicas que le impidan manifestar su voluntad, deberá respetar el personal sanitario responsable de su asistencia sanitaria.
- b) La designación de un representante, plenamente identificado, que será quien le sustituya en el otorgamiento del consentimiento informado, en los casos en que este proceda.
- c) Su decisión respecto de la donación de sus órganos o de alguno de ellos en concreto, en el supuesto que se produzca el fallecimiento, de acuerdo con lo establecido en la legislación general en la materia.
- d) Los valores vitales que sustenten sus decisiones y preferencias».

Existe un modelo orientativo con las circunstancias en las que puede ser operativo el documento de voluntades anticipadas así como con otras recomendaciones en relación con los aspectos que se pueden tratar.

---

<sup>26</sup> Que autorizará un acta, no un testamento.

La ley permite nombrar, junto al representante un representante sustituto; ambos deben ser mayores de edad, plenamente capacitados y deben aceptar expresamente el nombramiento.

f) *Registro*

El registro no es obligatorio por lo que no es presupuesto de eficacia de las voluntades anticipadas; en todo caso la Ley dice que es *recomendable* su inscripción a efectos de conocimiento en todo el sistema sanitario nacional.

Una vez otorgado se debe entregar en alguna de las siguientes dependencias administrativas:

- El Registro de voluntades anticipadas.
- El centro sanitario en el que es atendido, que sólo lo remitirá al anterior cuando así se solicite.

Pueden presentarlo el otorgante, sus familiares o allegados y su representante legal, salvo que se hubiese otorgado ante notario, en que podrá presentarlo cualquier persona; en relación a éste último debemos resaltar que el fedatario —a diferencia de lo que ocurre con los testamentos— no tiene obligación de remitirlo al registro correspondiente.

Finalmente, tienen acceso al Registro:

- El otorgante o su representante.
- Las personas autorizadas por el otorgante.
- Los profesionales sanitarios que le atienden, cuando el otorgante no pueda tomar decisiones por sí mismo.

g) *Deberes de los profesionales sanitarios*

Finalmente, la Ley establece una serie de obligaciones para los profesionales sanitarios derivadas de la existencia del documento de voluntades anticipadas:

- Informar a los pacientes de la posibilidad de otorgar testamento vital.
- Consultar el Registro si el paciente no puede manifestar su voluntad.
- Respetar la voluntad manifestada, aunque para autores como Rodríguez Lainz et al. la normativa aragonesa no es tan taxativa en relación con el carácter vinculante del documento. Además,

«[e]n aquellas situaciones clínicas no contempladas explícitamente en la declaración, el representante tendrá en cuenta las opciones u opiniones vitales recogidos en la citada declaración» (Noriega Rodríguez, 2016:42).

## 2. País Vasco

a) *Normativa*

- Ley 7/2002, de voluntades anticipadas en el ámbito de la salud.
- Ley 11/20016, de garantía de derechos y de la dignidad de la persona en el proceso final de su vida.
- Decreto 270/2003, crea y regula el Registro Vasco de voluntades anticipadas.
- Decreto 147/2015, declaración sobre derechos y deberes de las personas en el sistema sanitario.

b) *Denominación*

La normativa vasca opta por la denominación *voluntades anticipadas*.

c) *Capacidad*

El otorgante debe ser mayor de edad, no incapacitado judicialmente para otorgarlo y actuar libremente.

d) *Formalidades*

El documento de voluntades anticipadas puede ser otorgado:

- Ante notario.
- Ante el funcionario encargado del Registro Vasco de Voluntades anticipadas.
- Ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar; de ellos al menos dos no pueden tener vínculo de matrimonio o pareja, parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o relación patrimonial. En este caso los intervinientes deben manifestar por escrito que cumplen las condiciones legales tanto ellos como el otorgante.

e) *Contenido*

El contenido del documento, con carácter general coincide con la normativa aragonesa.

Así, el otorgante

«tiene derecho a manifestar sus objetivos vitales y valores personales, así como las instrucciones sobre su tratamiento, que el médico o el equipo sanitario que le atiendan respetarán cuando se encuentre en una situación en la que no le sea posible expresar su voluntad».

En el País Vasco pueden existir varios representantes, que también deberán aceptar expresamente el nombramiento.

No pueden ser representantes:

- El notario autorizante.
- El funcionario encargado del Registro Vasco de Voluntades anticipadas.
- Los testigos ante los que se formalice.
- El personal sanitario que debe aplicar las voluntades anticipadas.
- El personal de las instituciones que financian la atención sanitaria del otorgante.

Si el representante es el cónyuge o pareja de hecho el mandato se extingue por la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio o por la extinción formalizada de la pareja.

La posibilidad que otorga al representante el artículo 9.1 de la Ley 11/2016 de tomar decisiones “para lograr el mayor beneficio” para el otorgante plantea la duda de si autoriza a tomar decisiones cuando calle el testamento vital, aunque también podría interpretarse siguiendo criterios de ponderación (Rodríguez Lainz *et al.*, 202:69).

El documento sólo será eficaz cuando el otorgante no puede manifestar su voluntad, siendo a partir de ese momento respetado por los servicios sanitarios siempre que respete la Ley y la *lex artis*.

#### f) *Modificación, sustitución y revocación*

La normativa autonómica recoge la posibilidad de modificación, sustitución y revocación con el alcance que hemos tratado más arriba.

g) *Registro*

Al igual que en el caso de Aragón, el registro no es obligatorio, sin perjuicio de que sea aconsejable.

Tienen acceso al registro:

- El otorgante
- El médico que atienda a una persona que no pueda expresar su voluntad.

Finalmente, la Ley recuerda expresamente la obligación de secreto existente para todo el personal, facultativo o no, que acceda al documento.

h) *Deberes de los profesionales sanitarios*

Son deberes de éstos:

- Asesorar sobre las ventajas de otorgar un documento de voluntades anticipadas.
- Comprobar, antes de actuar, si existe y consultar su contenido.
- Respetarlo, con los límites antes mencionados.

En todo caso, la voluntad del otorgante, en tanto conserve capacidad, prevalece sobre el documento.

## V. TESTAMENTO VITAL Y EUTANASIA

Aunque excede con mucho al alcance de este trabajo la regulación de la eutanasia sí parece interesante tratar la interacción entre testamento vital y muerte asistida, los efectos que tendría la existencia de un previo testamento vital cuando llegue una enfermedad susceptible de dar lugar

a un procedimiento de eutanasia siempre que al otorgarse el documento se haya optado por solicitar la eventual ayuda a morir; porque si bien las normas sobre voluntades anticipadas no lo dicen expresamente, parece claro que su función es ser operativas especialmente al final de la vida (Fernández Otero, 2021). Además, la entrada en vigor de la *Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia* ha supuesto que eventuales cláusulas en documentos de voluntades anticipadas solicitando la muerte asistida hayan devenido legales y, en su caso, ejecutables; lo que abre una puerta de complejo futuro (Rodríguez Lainz *et al.*, 2021).

### 5.1 ¿Qué es la eutanasia?

Siguiendo a Fernández Otero (2021:2115) podemos definir la eutanasia como la muerte “que se produce de manera activa, consistente en la acción deliberada de dar fin a la vida de una persona, producida por la voluntad expresa de la propia persona y con la finalidad de evitar un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece”. Debemos distinguirla por tanto de la distanasia, “omisión de los medios considerados extraordinarios que únicamente sirven para prolongar artificialmente la vida de una persona con un proceso patológico irreversible” y del lenitivo, consistente en “aliviar o suprimir el dolor físico de una enfermedad mortal mediante fármacos o medios que tienen el efecto secundario, no principal, de acortar la vida”.

Para Rodríguez Lainz *et al.* (2021:47) no nos encontramos ante una opción terapéutica propiamente dicha, por lo que “[b]ajo ningún concepto puede entenderse que el profesional de la medicina tenga el deber de proponer a su paciente la eutanasia activa como una posible opción terapéutica a los problemas de salud que padece”. Lo que supone que la obligación del facultativo se limita a facilitar la información que le sea solicitada.

## 5.2 Interacción con el documento de voluntades anticipadas

Tres son las posibilidades con las que nos podemos encontrar:

### 2.1. *Que el testamento vital expresamente excluya la aplicación de la eutanasia*

En este caso la respuesta parece fácil: no procede la iniciación de un proceso de ayuda a la muerte. Por ello, por ejemplo, la Conferencia Episcopal Española recomienda a sus fieles otorgar un testamento vital con la referida exclusión.

### 2.2. *Que el testamento vital pida la aplicación de la eutanasia si se dan los supuestos legales*

En este caso la respuesta también parece fácil, pero hay una serie de matices que debemos tener en cuenta. Porque lo primero es que, llegados a este punto nos encontramos una paradoja: junto a un procedimiento complejo para obtener la asistencia a la muerte cuando se es capaz de otorgar consentimiento, con una doble, y separada en el tiempo, manifestación de voluntad, se permite

«la verdadera licencia de abrir las puertas a que una persona, a través de un documento definido como testamento vital, instrucción previa, declaración de voluntad anticipada..., completamente ajena y descontextualizada de un futuro posible escenario de grave de su salud en el que pudiera ser hipotéticamente viable acudir a la solución de la ayuda para morir, anticipe su decisión para el supuesto en que su estado mental le impidiera tomar válidamente una tan dramática e irreversible decisión» (Rodríguez Lainz *et al.*, 2021:21).

Como dice Fernández Otero (2021), en este supuesto todas las precauciones que establece la normativa *se disipan*, de forma que bastará para ejecutar un proceso de ayuda a la muerte que los dos médicos que exige

el procedimiento certifiquen (i) la incapacidad del sujeto para prestar una conformidad libre, voluntaria y consciente y (ii) que sufre una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante de los que dan paso a la asistencia a la muerte.

Es decir, que una decisión a futuro, tomada sin ningún asesoramiento legal ni médico, pensando en eventuales enfermedades que no padecemos pero pudiéramos padecer, puede ser suficiente para activar un procedimiento de muerte asistida imposible de parar, ni por el propio otorgante, devenido incapaz, ni por terceras personas. A una persona consciente se le hace pasar por un procedimiento largo, con dos entrevistas y dos tomas expresas de decisión; para un incapaz es suficiente un documento otorgado años atrás, cuando la enfermedad ni se atisbaba, que recoge una voluntad que nunca se ha ratificado.

Lo que lleva a autores como Rodríguez Lainz *et al.* (2021:122) a proponer el establecimiento de un “mínimo grado de control externo sobre si esa manifestación de voluntad pudiera llegar a un nivel de firmeza y capacidad de entendimiento y comprensión como el que se exige de un paciente en la plenitud de sus facultades”; para lo que proponen una solución en línea con la del Convenio de Oviedo, adentrándose en la situación real del otorgante en el momento en que hizo el documento; no tanto si tenía capacidad de obrar sino si tenía “capacidad de entender” lo que firmaba.

También afecta la existencia de un testamento vital a la determinación de los sujetos que pueden iniciar un procedimiento de muerte asistida, y que ahora será cualquier persona mayor de edad y capaz con acceso al documento —habitualmente familiares o el representante— o el propio médico responsable, con los conflictos de intereses que de ello pueden derivar.

Finalmente entran en estos supuestos aquéllos en los que el otorgante solicitó la eutanasia aun siendo ésta ilegal una vez devenida legal.

### 2.3. *Que el testamento vital no diga nada*

Es el supuesto más problemático, y que se producirá en muchos casos, sobre todo en los que se haya otorgado el testamento vital antes de la legalización de la eutanasia, habida cuenta que si acudimos a las diferentes definiciones legales contenidas en las normas reguladoras de los “testamentos vitales”, estas hablan de tratamientos, pero no de la posibilidad de regular los supuestos en los que el otorgante desea, siempre que sea legalmente posible, una muerte asistida<sup>27</sup>.

Para resolverlo habrá que interpretar el testamento otorgado, especialmente en lo relativo a los valores sobre la calidad de vida y opciones de proyecto vital manifestadas (Fernández Otero, 2021) por lo que es una operativa de enorme riesgo, en la que será fundamental el representante.

En todo caso, creo no procede la muerte asistida si existe la mínima duda sobre la voluntad del otorgante; es la interpretación más acorde con el consentimiento reiterado que requiere la Ley Orgánica 3/2021.

## VI. ¿QUÉ NOS DEPARA EL FUTURO?

Hasta aquí la evolución del consentimiento, desde el paternalismo médico hasta el poder de decisión sobre la propia vida, una evolución que, en nuestra sociedad tiene poco más de cincuenta años y que parece que concluye la trayectoria.

Sin embargo, no es así, la tecnología sigue avanzando, y parece que el siguiente reto —tanto tecnológico como ético y jurídico— será la criogenización de los seres humanos;

---

<sup>27</sup> Para Fernández Otero (2021) el escaso interés existente por los documentos de voluntades anticipadas hace que es improbable que se revisen los otorgados con anterioridad a la regulación de la eutanasia para adaptarlos a la nueva realidad.

¿Ciencia ficción o realidad?

La criogenización o criopreservación “consiste en congelar el cadáver o el cerebro justo en el momento mismo del fallecimiento y mantenerlo en ese estado hasta que se descubra un tratamiento eficiente para la enfermedad que causó la muerte” (Romeo Casabona y Arruego Rodríguez, 2022) y plantea complejas cuestiones éticas y jurídicas; además de técnicas, por supuesto. De momento la *American Cryonics Society* tiene su propio modelo de consentimiento para los ¿pacientes? que quieren someterse a un proceso de estas características<sup>28</sup>. Tiene tantas condiciones e incertidumbres pendientes de la evolución de la ciencia que para Lledó Yagüe e Infantes Esteban (2019) es un auténtico “cheque en blanco” para la entidad que ejecuta el proceso.

## VII. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

AUDICANA URIATE, J., (2021) “La autonomía de la voluntad y decisiones al final de la vida”, conferencia inédita dictada el 16 de marzo de 2021 en el curso *La autonomía de la voluntad y decisiones al final de la vida* organizado por el Consejo General del Poder Judicial.

BÁTIZ CANTERA, Jacinto, (2016) “Enfermos cuidados, no eliminados”, conferencia inédita dictada en el *Rotary Club* de Portugalete el 14 de noviembre de 2016.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (2010) “Problemas del consentimiento informado «por representación»” dentro de la obra colectiva *Consentimiento por representación* (M. Corcoy, coordinadora editorial y J. I. Gallego, relator), Fundació Víctor Gírfols i Lucas, Barcelona, 2010, pp. 38-101).

--- (2011) “*Best interest vs. Substituted judgment*. Criterios para el consentimiento informado prestado por representante”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. LXIV, 2011, pp. 31-67.

---

<sup>28</sup> Toda la documentación puede verse en <https://www.americancryonics.org/arrange.html>. Como curiosidad, se refieren al eventual usuario como *Jack Frost*.

EZPELETA ECHÁVARRI, D. (2021) “Humanizar el proceso de morir” en la obra colectiva *Manual básico de la SEN sobre el Final de la Vida y la Ley de la Eutanasia*, Madrid, 2021, pp. 114-123.

FERNÁNDEZ OTERO, E., (2021) *Testamento vital y eutanasia*, Madrid, 2021, p. 126.

GIMBERNAT ORDEIG, E., (2005) “El problema jurídico de la muerte y el dolor”, en Diario *El Mundo*, 19 de abril de 2005.

LLEDÓ YAGÜE, F. e INFANTES ESTEBAN, S., (2019) *Aspectos jurídico-científicos de la criónica en seres humanos: el derecho a vivir después de la muerte. (La brecha entre la vida y la muerte se reduce...)*, Madrid, 2019, 257 pp.

MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, S., (2008) “Régimen jurídico del testamento vital”, Cuadernos Digitales de Formación 29, 2008, 31 pp.

MATA DE ANTONIO, J. M., (2003) “Los testamentos vitales frente al Código Penal. Una nueva visión de la eutanasia”, *Acciones e Investigaciones Sociales*, 17 (junio 2003), pp. 9-64.

NORIEGA RODRÍGUEZ, L., (2016) “Análisis de la legislación estatal y autonómica en materia de instrucciones previas o voluntades anticipadas”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 20, 2016, pp. 29-71.

QUIJANA-GONZÁLEZ, C. y TOMÁS Y GARRIDO, M. G., (2014) “Testamento vital: conocer y comprender su sentido y significado”, *Persona y Bioética*, nº 28, julio-diciembre, 2014, pp. 138-152.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F., (2021) “El derecho a la vida y el derecho a decidir sobre la vida: una perspectiva desde la actual regulación de la eutanasia en la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo”, Diario *La Ley*, nº 9857, de 25 de mayo de 2021, p. 20.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.; FUERTES ROCAÑÍN, J. C.; FUERTES IGLESIAS, C. y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, B., (2021) *Eutanasia y testamento vital*, Cizur Menor, 2021, p. 182.

ROMEO CASABONA, C. M. y ARRUEGO RODRÍGUEZ, G., (2022) “Toma de decisiones al final de la vida” en la obra colectiva *Manual de Bioderecho*, Madrid, 2022, pp. 361-386.

ROMEO MALANDA, S. (2022) “Consentimiento informado (I)” en la obra colectiva *Manual de Bioderecho*, Madrid, 2022, pp. 87-114.

SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F., (2022) “Medidas de salud pública y deberes de los ciudadanos” en la obra colectiva *Manual de Bioderecho*, Madrid, 2022, pp. 141-168.

TERRIBAS I SALA, N., (2004) “Las voluntades anticipadas y su problemática en la aplicación práctica”, Cuadernos de Derecho Judicial, V/2004, p. 23.

TUR FÁUNDEZ, M. N., (2004) “El documento de instrucciones previas o testamento vital. Régimen jurídico”, *Aranzadi civil: revista quincenal*, n° 2, 2004, pp.1955-1984.

ULIBARRENA SÁINZ, M. A., (2017) “El consentimiento informado”, número monográfico sobre *Responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario* de Cuadernos Digitales de Formación 23, 2017, p. 42.

VIVAS TESÓN, I. (2022) “Consentimiento informado (II)” en la obra colectiva *Manual de Bioderecho*, Madrid, 2022, pp. 115-140.

NOTAS/  
OHARRAK/  
EXPLANATORY NOTES



# La situación actual del Derecho aragonés

Fernando GARCÍA VICENTE

Presidente de la Comisión aragonesa de Derecho Civil

*Comienzo mostrando mi satisfacción por estar hoy en esta tierra, donde he pasado cinco años de los mejores de mi vida. También por intervenir en este Parlamento, el mío me eligió por unanimidad tres veces Justicia de Aragón, que es un milagro civil. Y dar las gracias a Andrés Urrutia y a la Academia por haberme invitado a participar en este prestigioso foro; y a los Colegios de Abogados y Notarial, con los que siempre he tenido una excelente relación.*

## La situación actual del Derecho aragonés

Entrando en materia, hay que resaltar que en Aragón el desarrollo y aplicación del Derecho foral está funcionando bien, o muy bien, por tres motivos que paso a exponer con más detalle.

El Primero, se debe a que el Derecho en Aragón es considerado una seña de identidad fundamental. Ya lo decía Joaquín Costa: “Aragón se caracteriza por el Derecho”. Basta recordar la influencia que el Fuero de Jaca ha tenido en todos los territorios que están al norte del Camino de Santiago; no se impuso por la fuerza a los peregrinos y a los que allí vivían, sino que lo eligieron para resolver sus problemas, porque daba más libertad que el viejo derecho romano. Desde otra perspectiva, la pública, se puede citar el viejo juramento de los fueros del Sobrarbe: “Nos que

cada uno de nosotros somos igual que vos y todos juntos mas que vos, te hacemos Rey si cumples nuestros fueros y los haces cumplir, si no, no”, que supone el reconocimiento del estado de derecho y la sumisión del Rey a las leyes, y que fue citado en el Parlamento inglés cuando Oliver Cromwell estableció el protectorado, la dictadura, después de matar al rey Carlos I y conquistar Irlanda y Escocia, en 1649-1650.

En segundo lugar, porque la aplicación del Código civil no suscita recelos en Aragón. No se promueve, solo por razones identitarias, la fuerza expansiva de nuestro Derecho. Recordemos que Lacruz Berdejo, artífice e inspirador de la Compilación, es autor de un manual de derecho civil común de diez tomos, “Los Elementos de Derecho Civil”, que se utilizó en toda España y continuaron sus colaboradores: Por eso, por ejemplo, cuando una institución, la adopción, se ha considerado que está bien regulada en el Código civil, no se ha planteado la necesidad de tener una regulación propia. Tampoco suscita recelos fuera de nuestra Comunidad lo que nosotros hacemos. Pondré otro ejemplo: desde el Justicia se estimó que los límites, por razón de la cuantía, impuestos al recurso de casación foral hacían muy difícil que entrara a conocer de algunas instituciones peculiares, las servidumbres y relaciones de vecindad, porque daban lugar a pleitos de escasa entidad económica, que no social. Por eso se propuso modificar la cuantía de la competencia casacional del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Al ser derecho procesal nuestra Comunidad Autónoma podía discutirse su competencia. Las Cortes admitieron la sugerencia y se convirtió en ley que se está aplicando sin problemas. Hoy hay jurisprudencia sobre la materia, antes no la había.

En tercer lugar, siempre ha habido un deseo de aproximación en cuestiones polémicas. Un ejemplo: hace unos años al informar un proyecto de ley sobre el alcance de la minoría de edad y sus consecuencias, se introdujo el aborto por menores. Como era polémico y podía dar al traste con

todo el proyecto de ley, discretamente y con el acuerdo inicial de todos los partidos, desapareció su regulación.

Durante los últimos treinta y cinco años el desarrollo y aplicación del Derecho Foral aragonés ha evolucionado de una manera muy positiva. Han influido varios factores. Primero, muy importante, que se creó, decreto 162/1994 de 12 de junio, por D. Manuel Giménez Abad, Consejero de Presidencia del Gobierno de Aragón, la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, como una institución estable. Se fijó normativamente como debía de funcionar, así como el nombramiento de sus miembros. El Gobierno solo se reservó el derecho a elegir tres, entre juristas de reconocido prestigio, dando al Tribunal Superior de Justicia y a los Colegios de Abogados, Notarios, Registradores de la Propiedad y a la Facultad de Derecho, la posibilidad de elegir uno cada uno. El presidente no lo designa el Gobierno, sino que lo eligen por votación los miembros de la Comisión. Resultó elegido el profesor D. Jesús Delgado Echeverría, catedrático de derecho civil y sucesor en esa materia del Profesor Lacruz Berdejo. Lo ha sido, con éxito, hasta el mes de junio de 1992, porque el Gobierno limitó la edad a los 75 años para ser miembro de la Comisión de pleno derecho. Solo otros tres hemos permanecido durante todo ese tiempo: D. Adolfo Calatayud, notario; D. José Antonio Serrano, catedrático de derecho civil y yo que en aquella época era Fiscal jefe de Huesca. El puesto ni es retribuido, ni se percibe ninguna compensación por gastos. Durante este tiempo se han levantado 326 actas, que recogen las reuniones que ha habido, que pueden ser consultadas, lo son, cuando hay dudas sobre la interpretación de una norma. El nivel técnico de las propuestas que han realizado ha sido muy importante y todos sus miembros han trabajado de una forma muy exigente, que hay que reconocer. El informe que se realiza se traslada al Gobierno, el cual puede realizar todas las modificaciones que estime oportunas, porque la Comisión es un órgano consultivo. Luego se traslada a las Cortes, que pueden pedir

aclaraciones a la Comisión. Son muy pocas las modificaciones que se han introducido al texto enviado por la Comisión.

Hay que reconocer que, tras la Constitución española, antes de esta Comisión hubo, de forma puntual y para resolver modificaciones concretas hubo otras Comisiones; pero no tuvieron la continuidad que ha tenido esta y los encargos que se les hizo eran menos ambiciosas; por ejemplo, reformar la sucesión *ab intestato* en favor de la Comunidad.

La segunda medida que se tomó fue la creación del “Foro de Derecho Aragonés”, a propuesta del Decano, entonces, del Colegio de Abogados D. Carlos Carnicer Díez. Se decidió que lo presidiera y dirigiera el Justicia de Aragón y que se celebrara en la sede del Colegio de Abogados de Zaragoza, las tres primeras semanas de noviembre, pasando luego a cuatro y alternativamente una en Huesca y Teruel. Con el tiempo se amplió a temas del derecho público. Forman parte del Foro, que eligen los temas y los ponentes, representantes de las instituciones antes citadas y alguno más que se añadió: la Academia de Jurisprudencia y Legislación. Se escoge de común acuerdo un tema de actualidad, que interese, un ponente principal y dos coponentes, normalmente de profesiones distintas, que deben desarrollarlo en una hora de duración, dando después lugar a un coloquio muy interesante con los profesionales de distintas ramas, que en un número aproximado de cien suelen acudir. Las ponencias y estas intervenciones son grabadas y transcritas a una publicación que cada año publica el Justicia. Se editan unos tres mil ejemplares que sufraga y se reparten gratuitamente entre todos los Colegios profesionales e instituciones que colaboraban. Con ello se ha ido generando un substrato jurídico que facilitó mucho tanto la aplicación de la Compilación vigente como el trabajo de la Comisión. Se han celebrado y publicado los XXXI encuentros. Además, en la página web del Justicia se pueden consultar todas las sesiones. El Foro tiene un indudable prestigio y ello se debe a

la importancia de los temas planteados, la calidad de los ponentes e intervinientes en los coloquios posteriores y por el interés que han puesto en apoyarlo las instituciones que lo forman y quienes pertenecen a ellas.

Desde el Justicia se propuso a la Universidad la creación de una Catedra de derecho privado y otra de derecho público. La sugerencia fue inmediatamente aceptada. Al mismo tiempo, con la colaboración de Ibercaja que sufragaba aproximadamente la mitad del coste, se encargó la confección de sendos manuales de derecho público y privado aragonés. Han intervenido en su redacción los mejores especialistas. Se han realizado varias ediciones, facilitando mucho su acceso. También, con la colaboración del Gobierno y Cortes de Aragón, el Justicia y Colegios de Abogados, se fueron editando todas las leyes forales nada más publicarse. Luego el Código que las refundió. Se acompañaban con unos índices muy completos.

Se solicitó y obtuvo del Consejo General del Poder Judicial que se reconociera como mérito el conocimiento del Derecho aragonés para acceder a algunas plazas de Aragón. Se organizaron y sufragaron cursos de especialización, tanto presenciales como on line, para que los Jueces y Magistrados, incluidos los que estaban destinados fuera de Aragón, pudieran utilizarlos. Fue un verdadero éxito. Hubo varias convocatorias, porque hubo más peticiones que plazas se ofertaban. Se hace una prueba final y a quien la supera se le da un título acreditativo que puntúa al elegir algunos destinos. Hoy se ha añadido a esa iniciativa la Fiscalía. Por fin algo para mi inexplicable: El Consejo General del Poder Judicial no da la compatibilidad a Jueces o Magistrados en activo. No es ese el criterio de la Fiscalía General del Estado, que me la dado antes y después de ser Justicia de Aragón

Por otra parte, al finalizar el año todos los juzgados y tribunales de Aragón enviaban todas las sentencias dictadas relativas a nuestro derecho. El Justicia las clasificaba y las recogía en el informe anual que presentaba a

las Cortes sobre el grado de aplicación de nuestro Derecho. Este informe se colgaba en la página web para su consulta. Hoy es más fácil el acceso a la jurisprudencia de Juzgados y Audiencias Provinciales, pero en aquellos momentos era el más completo.

También desde el Justicia, primero en Radio Nacional y luego en la Radio de Aragón, se realizaron, lo que se denomina en el argot periodístico “quesitos”, unas intervenciones, de entre tres y cinco minutos, en los que se plantea una cuestión y su solución. Por ejemplo; ¿Se puede dejar en Aragón todo un hijo y nada a los demás? O ¿De quién es un piso si se compra antes de casarse, se paga un plazo y luego los demás plazos se realizan constante matrimonio? ¿Qué derechos tiene el cónyuge viudo? ¿Qué es el testamento mancomunado o el pacto al más viviente o la fiducia? ¿Cuándo conviene hacerlos, qué ventajas tienen? Estos programas los preparaban y ejecutaban un Magistrado y una periodista de la institución. Abarcamos casi todo el derecho aragonés y duraron varios meses durante varios años. Se buscaba un lenguaje atractivo e inteligible para toda la población.

La institución del Justicia publicó más de cien libros, en veinte años, sobre Derecho histórico y actual aragonés. Los hicieron desde los más destacados especialistas hasta los que se estaban iniciando en el estudio del Derecho aragonés. El profesor Pérez Martín recuperó las cuatro versiones conocidas de los Fueros de Aragón, publicándolas en paralelo. Aunque se ponían a la venta, muchos de ellos se regalaban a bibliotecas y todos los que manifestaban tener interés en leerlos o estudiarlos. También se entregaban en las visitas que semanalmente el Justicia realizaba a centros escolares o a la inversa. La Institución Fernando el Católico, dependiente de la Diputación Provincial de Zaragoza, viene editando una revista de Derecho Civil aragonés.

Cada vez que se modificó una parte importante de nuestra ley reguladora, en todos los periódicos de nuestra Comunidad se publicó un cuaderillo explicando, de forma sencilla para que lo entendiera todo el mundo, el contenido y las posibilidades que otorgaba. Ello se hizo con la colaboración de las Cortes. Las tiradas han sido superiores a los 50.000 ejemplares.

También se ha concedido una beca anual a dos alumnos del último curso de la carrera, con los dos mejores expedientes, para realizar un trabajo sobre nuestro Derecho. Se dirigía y publicaba por la Institución.

Por otra parte, el Justicia impartió conferencias divulgativas en más de doscientas cincuenta localidades, por pequeñas que fueran. Contestando luego a las numerosas preguntas que se hacían en público o en privado. Unas veces la visita se realizaba con esa sola finalidad; otras cuando nos desplazábamos para recoger quejas.

En conclusión: hoy nuestro Derecho se aplica y utiliza con naturalidad en toda la sociedad aragonesa y por todos los profesionales jurídicos. Diré más, se sienten orgullosos de él, en cuanto que respeta el principio de libertad civil, la seguridad jurídica y es el reflejo de una seña de identidad y de una larga tradición histórica propia.

### **Las reformas. La actual**

No voy a tratar de describir todas las leyes que en esta materia se han hecho. Se empezó con el Derecho de sucesiones porque por diversas razones era el que más lo necesitaba; le siguieron siete hasta que se llegó al Código Foral. La mayoría han tenido un informe previo de la Comisión. Se exceptúan la de Parejas de Hecho y la de Custodia Compartida, promulgadas a instancia de partidos políticos. Pero es interesante destacar que desde que se inició este proceso se ha procurado mantener la esencia de lo que estaba regulado en la Compilación, porque se consideró que,

tanto desde un punto de vista técnico como de fondo, recogía bien lo que era las aspiraciones en ese momento y la tradición jurídica aragonesa. Había que desarrollarla. Para ello unas veces se introdujeron modificaciones puntuales, como por ejemplo la que redujo la cuantía de la legítima de los hijos, la supresión del testamento ante capellán. También hubo cambios sustanciales, como en la fiducia. El que no se fuera contra la Compilación no es óbice para poder tener en cuenta que la sociedad cambia y el legislador se debe adaptar a las necesidades de la sociedad a la que pertenece, sin verse constreñido por lo que ha sido nuestro Derecho histórico, no pudiendo ir más allá.

Probablemente, al decir de expertos juristas, la reforma más complicada que se ha tenido que realizar por esta Comisión es la de adaptar el Código vigente al Convenio de Nueva York sobre discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificado por España el 21 de abril del 2008. Hoy nos hemos reunido 51 veces, sin contar el trabajo preliminar de cada sesión. Esa tarea que era imprescindible hacer porque, a diferencia de otras Comunidades Autónomas, tenemos reguladas instituciones como la tutela, curatela, defensor judicial que directamente se ven afectadas tras la reforma por el Código Civil. Otras instituciones recogidas en el Código foral, como la fiducia, desheredación... también se ven afectadas en mayor o menor medida. La duplicidad de legislaciones provoca dudas al tener que compaginarlas. Con la nueva ley, se trata de evitar la inseguridad jurídica, que afecta a un problema social de primera magnitud. Además, como una parte de la doctrina, Rodrigo Bercovitz, critica el texto legal apreciando errores técnicos y aspectos que considera cuestionables, el mismo concepto de persona discapacitada, patria potestad prorrogada, vecindad... el legislador aragonés pretende superarlo.

Si nuestro texto legal no hubiera tenido esta regulación quizás no hubiera sido necesario reformar el Código foral. Quizás tampoco hubiera

sido necesario reformar el Código civil. Hay que tener en cuenta que un jurista tan prestigioso, principal experto en esta materia, Rodrigo Bercovitx, autor con Luis Diez Picazo del texto anterior del Código civil, (*Revista jurídica del Notariado*, jul-dic., 2021), consideró que no era necesaria la reforma, porque el Código civil no era contrario al Convenio, aunque reconoce las mejoras en las medidas judiciales de apoyo. De hecho, desde que se aprobó el convenio de Nueva York hasta que se reformó el Código civil transcurrieron casi quince años sin que el Tribunal Supremo, ni ningún otro, encontrara inconveniente alguno para aplicar el Código civil vigente; aunque alguna vez la Fiscalía, el Fiscal Carlos Genzenmuller, planteara la cuestión en pleito ante el Tribunal Supremo.

Partiendo del sistema de folio en blanco, la Comisión ha elaborado un texto que desea presentar al Gobierno, tal y como se lo ha solicitado, antes de que acabe el año 2023. En este momento se está integrando ese texto en el conjunto del articulado del Código foral, porque hay muchas instituciones en las que hay que introducir cambios, al desaparecer la incapacidad plena y la tutela de estas personas y haberse creado medidas que antes no existían tal y como hoy se regulan. Sin pretender ser exhaustivos y a resultas de lo que el Gobierno y las Cortes decidan adelantamos algunos principios.

Dignidad. Se reconoce la capacidad jurídica de toda persona y su dignidad. Al mismo tiempo, sin que sea incompatible, hay que tener en cuenta que, en algunos momentos y situaciones, hay personas que necesitan protección, en su propio beneficio. Siempre me han preocupado mucho los niños sordo ciegos.

¿Quién tiene capacidad jurídica? “El que entiende el contenido de un acto y los efectos del mismo”. Para que exista discapacidad, a los efectos de esta ley, se exige que la limitación sea permanente, no en quien por una enfermedad lo está un corto periodo de tiempo.

Hay que confiar en los que tienen que aplicar la ley. Este es el sistema anglosajón inspirador del Convenio. Cada caso es diferente; esta materia no es la sucesión *ab intestato* o la legítima que tienen que ser igual para todos. Hay que confiar en los operadores jurídicos: jueces, fiscales, notarios, abogados e incluso en la Administración, para que puedan buscar la mejor solución para el caso concreto. Por eso utilizamos en la ley muchas veces la expresión “podrán”, el Juez o el Notario podrá... Seguido de varias alternativas o lo que el sentido común aconseje. Como en esta materia nada es definitivo siempre se puede recurrir o cambiar.

Procuramos no complicar más la vida a los cuidadores. Es verdad que en muchos casos la relación de unos padres con sus hijos *border line* tiene sus compensaciones, porque al quedarse en la edad de la niñez son mucho más cariñosos con sus padres y les hacen más compañía que los que son independientes. Pero hay otros casos muy duros. Mi experiencia, tras haber estudiado en sendos informes presentados a las Cortes de Aragón, es que la mayoría, de alrededor de cien personas que duermen en la calle todos los días en Zaragoza o casi la mitad de los que están internos en la prisión de Zuera, tienen una enfermedad mental no diagnosticada o no tratada, y su familia no quiere saber nada de ellos, porque están hartos de tener que asumir responsabilidades, y porque el trato diario, en algunos casos, es muy difícil y afecta a toda la familia.

Como norma fundamental de actuación, hay que respetar la voluntad y decisiones manifestadas por una persona cuando está bien, aunque luego su estado no le permita ni reconocerlas ni tomarlas. Hay que asumir las decisiones que toma cuando tiene plenas facultades sobre los mandatos de apoyo. También sus preferencias. Los deseos son más difíciles de identificar. Se exceptúa cuando el Juez considera que ha habido un cambio de circunstancias tan grande y tan imprevisto de haberse podido conocer, en su momento, según qué decisiones no se hubieran tomado. Solo lo podrá decidir el Juez, de forma motivada y en beneficio del discapaz.

La guarda de hecho. Partiendo de lo anterior, hay que potenciar la guarda de hecho, como forma de actuar en la mayoría de las pequeñas decisiones que la vida exige. Si la decisión es muy importante o trascendente habrá que acudir a la curatela; sino a la guarda de hecho. Puede acreditarse por cualquiera de los medios de prueba establecidos, que no tienen por qué ser judiciales. Es compatible con otras medidas, por eso cuando hay medidas de apoyo, quien ejerce la guarda deberá respetarlas. La guarda de hecho también legitima las pequeñas decisiones del ámbito sanitario, por ejemplo: darle la medicación prescrita o llevarlo a una consulta médica. Los apoyos extemporáneos e informales ejercidos de forma benévola se regirán por las normas de gestión de negocios ajenos.

Intervención judicial mínima. A falta de medidas de apoyo, tomadas por el interesado cuando sabía lo que hacía, el Juez podrá adoptar las que estime estrictamente necesarias, proporcionales y revisarlas cada cierto tiempo. Cuando afecten a la esfera personalísima se atenderá en primer lugar a sus preferencias o lo que haya podido prever el interesado; la intromisión en esta esfera se hará solo en su propio beneficio. Nadie podrá ser obligado a permanecer internado sin autorización judicial.

Intervención judicial más amplia. Cuando no sean suficientes las medidas de apoyo concretas, la forma normal y más amplia de protección será la curatela, que puede ser de comunicación, acompañamiento, asistencia o con facultades de representación. Todas ellas se describen. Es una situación permanente, sometida a los debidos controles. Se considera que según las circunstancias puede coexistir con la guarda de hecho.

Hemos suprimido lo que en derecho común se llama la patria potestad prorrogada, para nosotros el deber de crianza; la convertimos en una curatela, aunque la eximimos, como norma general con excepciones, de los controles a que está sujeta cuando la ejerce un tercero. Esta supresión es discutible por el carácter afectivo que la patria potestad tiene para los

padres, así nos lo han hecho saber algunas asociaciones y personas. También se ha mejorado la regulación del defensor judicial como último recurso.

Al integrar la ley en el Código Foral se ha considerado necesario introducir como causas de desheredación para suceder el no aceptar hacerse cargo de las medidas de apoyo; o actuar en su ejercicio con dolo o negligencia grave.

Además, y apatición de los que están implicados en la representación, apoyo y cuidado de las personas con discapacidad se ha introducido la sustitución ejemplar, que ha sido suprimida por el Código Civil y ha hecho que testamentos ya otorgados sirviéndose de ella puedan ser ineficaces; ha habido alguna sentencia en ese sentido. La supresión de la sustitución abre la sucesión ab intestato, heredando unos primos que no se han ocupado para nada del discapaz, en lugar de los que con cuidado y mimo lo han hecho durante mucho tiempo y a los que sus padres quieren agradecerse en su testamento. Mientras tanto el elemento más adecuado puede ser la sustitución fideicomisaria

Respecto a las disposiciones transitorias, en lugar de fijar un plazo, como hace el CC. para modificar todas las sentencias anteriores, que con los medios actuales es irrealizable, vamos a proponer que automáticamente todas las tutelas se conviertan en curatelas representativas, sin perjuicio de que el Juez de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o una parte pueda modificar esta situación.

También vamos a proponer que se confirme la validez de todas las medidas de apoyo previamente establecidas.

Vitoria a 15 de noviembre, 2023

# De la compilación del Derecho Civil especial de Cataluña al código de Derecho Civil de Cataluña

Enric BRANCOS I NÚÑEZ

Notario de Girona y miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Catalunya

## I. ANTECEDENTES

Iniciemos por un breve recorrido histórico.

Hasta el Decreto de Nueva Planta de 16 de enero de 1716, Cataluña gozaba de un derecho civil propio completamente ajeno a cualquier otra norma. A partir de 1716, la intención del monarca declarada en la Nueva Planta consiste en “llevar a todos mis reinos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y Tribunales”. Pese a ello, se mantiene el derecho civil vigente en Cataluña. De hecho, las últimas *Constitucions i altres Drets de Catalunya* se habían aprobado en las Cortes de 1704, siendo rey Felipe V, antes de que Cataluña se incorporara al bando austriacista en la Guerra de Sucesión. Acabada ésta, el monarca suprime los órganos legislativos de Cataluña con lo que queda cercenada la evolución de su derecho civil.

Con la Ley de Bases del Código civil de 11 de mayo de 1888 —tras ordenar que “serán obligatorias para todas las provincias el Reino” las dis-

posiciones del Código civil relativas a la eficacia y aplicación de las leyes así como las del matrimonio— las bases 5ª y 6ª, que pasarán artículo 12 del Código civil, siguen manteniendo la vigencia de todas las leyes civiles forales “en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código”, así como su sistema de fuentes. El Código civil “español” sólo aparece como derecho supletorio de segundo grado “en defecto del que lo sea de cada una de ellas según sus leyes especiales”. Asimismo se dispone que la vigencia de las leyes forales cesara al publicarse los previstos Apéndices de derecho especial o foral a incorporar al Código civil.

Sin entrar en la legislación civil del Período Republicano, que queda derogada al terminar la Guerra Civil, tras el Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza de 1946 se supera el sistema de Apéndices y se inicia el proceso compilador. Dando un pequeño salto en su desarrollo, aquí interesa destacar que el Proyecto de Compilación del Derecho civil de Cataluña en su artículo 5 disponía que «Las normas contenidas en esta *Compilación, refundición del derecho vigente en Cataluña, se interpretarán e integrarán por los textos que de ellas emanan, por el siguiente orden de prelación: 1º, la compilación de las “Constitucions y altres drets de Catalunya” de 1704; 2º, el “Corpus Iuris Canonici” y la legislación canónica recibida posteriormente; 3º, el “Corpus Iuris civilis”, y 4º, la doctrina común y constante de los Autores de Derecho Catalán, canónico y romano y las opiniones de aquellos que hayan sido aceptadas por las Sentencias de la Real Audiencia de Cataluña o del Tribunal Supremo de Justicia».*

Se contiene aquí todo el derecho catalán vigente antes de la Compilación que no sólo servía para interpretar sino también para integrar el derecho civil de Cataluña. La Comisión de Codificación borraría sin contemplaciones el valor integrador del Derecho Histórico.

En el texto definitivo de la Compilación se relegó el papel del Derecho Histórico a una función interpretativa de sus preceptos. Decía el apartado

segundo del artículo 1 de la CDCC que «para interpretar los preceptos de esta *Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica catalana, encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan*». No se habla ya de integrar. Conforme a la disposición final segunda: «*En lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código Civil que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general*». El Código Civil español pasa así derecho supletorio de primer grado. Y según establecía la disposición final primera, «*Las normas del Derecho Civil especial de Cataluña, escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de esta Compilación, quedan sustituidas por las contenidas en ella*». De esta forma se aparca definitivamente todo el Derecho Histórico.

Así llegamos a la Fase Constitucional.

Como dice VAQUER ALOY, la Generalitat de Cataluña ha desarrollado su competencia estatutaria sobre derecho civil en tres fases que coinciden con tres técnicas legislativas distintas.

En la **primera fase** se procede a “catalanizar” la Compilación de 1960 como ley emanada del Parlament de Catalunya y adaptada a los mandatos constitucionales mediante la aprobación de su Texto Refundido de 1984.

Una **segunda fase** es de desarrollo a través de tres vías:

- a) la modificación de la Compilación en materia de legítimas (ley 8/1990), venta a carta de gracia (ley 29/1991) y relaciones patrimoniales entre cónyuges (ley 8/1993)
- b) la aprobación de leyes especiales, hasta un total de 47, de las que tienen especial relevancia las promulgadas en materia de fundaciones (ley/1982), contratos de integración (ley 24/1984), protección de menores (ley 11/1985, modificada por la ley 12/1988), sucesión intestada (ley 9/87), consumo (ley 1/1990), censos (ley 6/1990),

acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad (ley 13/1990), filiaciones (ley 7/91), menores desamparados i adopción (ley 37/1991), garantías posesorias sobre cosa mueble (ley 22/1991), tutela e instituciones tutelares (ley 39/91, modificada por ley 11/96), protección de menores i adolescentes (ley 8/95), potestad del padre y de la madre (ley 12/1996), asociaciones (ley 7/1997), uniones estables de pareja (ley 10/1998), situaciones convivenciales de ayuda mutua (ley 19/1998), pensiones periódicas (ley 6/2000), usufructo, uso y habitación (ley 13/2000), acogimiento de personas mayores (ley 22/2000), mediación familiar (ley 1/2001), nuevamente fundaciones (ley 5/2001), cesión de finca o habitabilidad a cambio de construcción futura (ley 23/2001), accesión y ocupación (ley 25/2001), contratos de integración (ley 2/2005), derecho a la vivienda (ley 18/2007), contratos de cultivo (ley 1/2008), mediación en el ámbito del derecho privado (ley 15/2009), derechos y oportunidades de la infancia y la adolescencia (ley 40/2010).

- c) Las codificaciones parciales, en parte recogiendo las leyes especiales: Código de Sucesiones (ley 40/1991), Código de Familia (ley 9/1998), Código de Consumo de Cataluña (ley 22/2010).

La **tercera fase** se concibe como una codificación general del derecho civil de Cataluña con la elaboración de un Código civil completo y exhaustivo.

En la Ley Primera de este Código civil se diseña la estructura que comprenderá seis Libros:

- a) Libro Primero, de disposiciones generales y regulación de la prescripción y la caducidad
- b) Libro Segundo, la persona y la familia
- c) Libro Tercero, la persona jurídica

- d) Libro Cuarto, las sucesiones
- e) Libro Quinto, los derechos reales
- f) Libro Sexto, las obligaciones y contratos

La numeración, inspirada en el moderno Código civil de los Países Bajos, es la propia de un código abierto. Las tres primeras cifras indican el libro, el título y el capítulo. Tras un guión se enumeran correlativamente los artículos empezando en cada capítulo por el número 1.

### **La ley primera del código civil de Cataluña, Ley 29/2002, de 30 de diciembre**

Así dice el Preámbulo de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, del Parlament de Catalunya, Primera ley de Código civil de Cataluña:

«En una primera fase, culminada con la Ley 13/1984, de 20 de marzo, sobre la Compilación del derecho civil de Cataluña, el objetivo fue adoptar la Compilación de 1960, integrarla en el ordenamiento jurídico catalán y adaptarla a los principios constitucionales, para superar los condicionamientos políticos del momento histórico en que fue dictada».

Dicha Ley 13/1984 de adaptación de la Compilación del Derecho civil de Cataluña a la Constitución, expone que: *«De conformidad con lo establecido en la Constitución y el Estatuto de Autonomía, las disposiciones del Derecho civil de Cataluña regirán con preferencia al Código Civil y a las restantes disposiciones de igual aplicación general. Para interpretar e integrar esta Compilación y las restantes normas se tomarán en consideración las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que constituyen la tradición jurídica catalana de acuerdo con los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico de Cataluña».*

Ya en esta Ley de 1984 vemos plasmados dos principios:

a) **Preferencia.** Este principio pasa al Primer Libro del CCcat:

**Artículo 111-5. Preferencia y supletoriedad.**

Las disposiciones del derecho civil de Cataluña se aplican con preferencia a cualesquiera otras. El derecho supletorio solo rige en la medida en que no se opone a las disposiciones del derecho civil de Cataluña o a los principios generales que lo informan.

**Artículo 111-3. Territorialidad.**

1. El derecho civil de Cataluña tiene eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad ...

En Cataluña el derecho civil propio es preferente al Código civil español, que sólo se aplica como supletorio cuando una institución carece en absoluto de regulación en el conjunto de fuentes del Derecho civil de Cataluña, incluidos los principios generales del derecho catalán entre tales fuentes, y no se opone a las disposiciones de Derecho civil de Cataluña o a dichos principios generales propios.

b) **Autointegración**

La interpretación e integración de las normas catalanas se efectuará siempre dentro del propio derecho civil de Cataluña. Nunca será de aplicación el Código civil “estatal” para interpretar e integrar el derecho civil de Cataluña.

**Artículo 111-2. Interpretación e integración.**

En su aplicación, el derecho civil de Cataluña debe interpretarse y debe integrarse de acuerdo con los principios generales que lo informan, tomando en consideración la tradición jurídica catalana.

La llamada a los principios generales que informan el derecho civil de Cataluña y a la tradición jurídica catalana tiene sentido porque en los ordenamientos que han sufrido durante largo tiempo un escaso desarrollo normativo hay que buscar el fundamento del derecho histórico para completar las normas jurídicas.

El Libro Primero completa el esquema con los principios de:

### c) **Completud**

El artículo 111-1 inicia estableciendo las **fuentes** del derecho civil.

#### **Artículo 111-1. Derecho civil de Cataluña.**

1. El derecho civil de Cataluña está constituido por las disposiciones del presente Código, las demás leyes del Parlamento en materia de derecho civil, las costumbres y los principios generales del derecho propio.
2. La costumbre solo rige en defecto de ley aplicable.

Y cierra el sistema el artículo 111-5, antes citado, con su segundo y último inciso: *El derecho supletorio solo rige en la medida en que no se opone a las disposiciones del derecho civil de Cataluña o a los principios generales que lo informan.*

Es relevante destacar la función de los <<principios generales del derecho propio>> que actúan como fuente del derecho, como elemento de integración y, obviamente, como elemento de interpretación. Los principios generales cubren prácticamente cualquier laguna. El derecho supletorio, es decir, el Código civil estatal sólo se aplica cuando existe un verdadero vacío de regulación y no se opone a los principios del derecho civil de Cataluña. Conviene recordar aquí que el artículo 149, 1, 8ª de la Constitución en su último párrafo impone el respeto absoluto y sin excepción al sistema de fuentes del derecho especial o foral entre las

que están en Cataluña <<los principios generales de derecho propio>>. Por encima del “...*En todo caso...*” que fija el núcleo más estricto de las competencias del Estado.

#### d) **Iuris continuatio**

##### **Artículo 111-2. Interpretación e integración.**

1. En su aplicación, el derecho civil de Cataluña debe interpretarse y debe integrarse de acuerdo con los principios generales que lo informan, tomando en consideración la tradición jurídica catalana.

2. En especial, al interpretar y aplicar el derecho civil de Cataluña deben tenerse en cuenta la jurisprudencia civil del Tribunal de Casación de Cataluña y la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no modificadas por el presente Código u otras leyes. Una y otra pueden ser invocadas como doctrina jurisprudencial a los efectos del recurso de casación.

El Título Preliminar deja claro que el Derecho civil de Cataluña no es exclusivamente el de la Compilación sino que arranca de una larga tradición jurídica propia.

e) Función de **derecho común** respecto de las restantes leyes emanadas del Parlament de Catalunya.

##### **Artículo 111-4. Carácter de derecho común.**

Las disposiciones del presente Código constituyen el derecho común en Cataluña y se aplican supletoriamente a las demás leyes.

Con este esquema es obvio que el derecho civil de Cataluña constituye un completo <<sistema de derecho civil propio>>.

Otra cosa es la discusión sobre dos cuestiones esenciales:

- a) Si la competencia del Parlament de Catalunya sobre derecho civil es exclusiva —con las únicas excepciones del artículo 149.1.8 de la Constitución—. Es decir, artículo 149,1.8 CE *versus* artículo 129 EAC reformado, puesto que ambos hablan de competencias exclusivas. La expresión “desarrollo” que emplea el artículo 149.1.8 de la Constitución parece implicar que “desarrollar” va más allá de “modificar” lo previamente existente y abre el paso a nuevos contenidos. Por otra parte, la referencia a las bases de las obligaciones que corresponde al Estado podría incardinarse en una dinámica competencial de normas básicas y normas de desarrollo.
- b) Si el derecho civil especial o foral al que se refiere el artículo 149.1.8 Constitución es el vigente en el momento de aprobación de dicha Constitución o comprende también:
  - b’) las leyes civiles catalanas anteriores a la Compilación que ya no estaban vigentes al promulgarse la Constitución;
  - b”) la legislación civil catalana y sus leyes especiales posteriores a la Compilación.

Lo trataremos al abordar el Libro Sexto y la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de noviembre de 2019, recaída en la demanda que contra el mismo interpuso la Abogacía del Estado, especialmente ilustrativa al respecto.

En los artículos 111-6 a 111-9 CCCat se formulan unos principios generales del Derecho civil de Catalunya:

- a) **Libertad civil**, es decir, carácter dispositivo de las normas salvo las excepcionalmente imperativas;

- b) **Buena fe y honradez** como exigencia general en el cumplimiento de los tratos en la línea de los Principios de Derecho Contractual Europeo de la llamada Comisión Lando;
- c) Vinculación por los **propios actos**, recogiendo la doctrina jurisprudencial al respecto;
- d) **Equidad** como elemento orientador de la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán fundamentarse de modo exclusivo en ellas cuando la ley lo disponga.

Especial interés tiene la regulación de la **prescripción** y la **caducidad**.

El Libro I mantiene el Usatge Omnes Causae estableciendo un mismo plazo tanto para las acciones reales como para las personales, lo que resuelve el problema de las acciones llamadas mixtas, pero reduciendo el plazo general de 30 a 10 años, en la línea de los modernos modelos europeos (art. 121-20). Para las pretensiones a pagos periódicos por años o plazos menores, ventas de consumo y responsabilidad extracontractual, son 3 años (art. 121-21) y para la defensa de la posesión, 1 año (art. 121-22).

También se adoptan los modelos europeos en cuanto al criterio de inicio de la prescripción, que pasa a ser subjetivo desde que el titular conoce las circunstancias de su pretensión y la persona contra la que debe ejercitarla. Como el criterio subjetivo depende de un conocimiento que podría no haberse producido nunca, se cierra con un plazo de preclusión absoluta a los treinta años.

Se regula la suspensión y la interrupción de la prescripción. La suspensión puede tener su origen en circunstancias de fuerza mayor, razones personales o familiares de proximidad, yacencia de la herencia o inicio de una mediación. Sorprendentemente, no provoca suspensión la apertura de negociación entre las partes, que los jueces y tribunales acaban catalogando como hecho interruptivo, lo que perjudica al deudor dispuesto a

negociar. Interrumpen la prescripción las reclamaciones judiciales, extra-judiciales, los procedimientos arbitrales y el reconocimiento del derecho.

Los plazos de prescripción pueden modificarse por acuerdo de las partes sin puedan exceder del doble o reducirse a menos de la mitad.

La prescripción se configura como excepción del deudor, que debe ser alegada y no se aplica de oficio. Puede ser alegada o invocada activamente por aquella persona a quien interese.

En la caducidad se distingue según se trate de relaciones jurídicas disponibles o indisponibles. En las disponibles cabe la suspensión y debe ser alegada. Cabe la suspensión por acuerdo expreso de las partes. La caducidad puede establecerse por acuerdo de las partes y se rige por las disposiciones sobre caducidad de las relaciones jurídicas disponibles.

En su momento se interpuso recurso de inconstitucionalidad sobre el Libro Primero que, como ya se ha dicho, se retiró. Es especialmente interesante al auto 349/2003, de 29 de octubre, por el que se levanta la suspensión del recurso. Ahí se muestran las espadas en alto que no acabarán en contienda por la retirada del recurso, pero que regresarán en el recurso sobre el Libro VI.

De la argumentación del Abogado del Estado entresacamos:

- a) En primer lugar, el apartado primero del art. 111.1, rubricado “Derecho civil de Cataluña”, en conexión con el inciso segundo del art. 111.5, “supletoriedad”, impide la aplicación de las disposiciones estatales de Derecho civil en el territorio de Cataluña, tanto de forma directa, ya que las mismas no forman parte del Derecho civil de Cataluña (art. 111.2), como supletoria, dado que la aplicación preferente de los principios generales propios permite cubrir cualquier tipo de laguna normativa sin necesidad de acudir a las normas estatales. Estos preceptos chocan frontalmente con la voluntad constitucional, plasmada en el art. 149.1.8 CE,

de que los Derechos forales o especiales (¿se diferencien del?) Derecho general, considerado común, que ha de ser aplicable en todo el territorio nacional en ausencia de especialidad foral o autonómica. Dicha “unidad interna del Derecho civil español” (¿...?) es puesta en cuestión por el legislador autonómico catalán, que se ha decantado por una concepción cerrada del Derecho civil propio... Se sujetan a una serie de normas de signo general que sustituyen a las que la Constitución quiso configurar como mínimo normativo común a todo el ordenamiento jurídico.

b) *Los arts. 111.4 “Carácter de Derecho común”, en relación con el primer inciso del art. 111.5 “Preferencia” han sido impugnados porque excluyen la aplicación supletoria del Código civil en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, permitiendo alterar de manera inconstitucional el ámbito territorial de vigencia del Derecho común. La atribución de la condición de Derecho común a las disposiciones contenidas en el Código civil de Cataluña no puede ampararse en la función de modificación y desarrollo del Derecho civil foral o especial porque viene a producir consecuencias en todo el ordenamiento jurídico y sólo sería admisible si se partiera de una concepción del ordenamiento jurídico catalán como una totalidad autosuficiente, dotado de principios propios que no tengan conexión alguna con el ordenamiento jurídico estatal. Sostiene el Abogado del Estado que la consecuencia que deriva de la íntima conexión entre ambos preceptos es que la declaración del Derecho civil de Cataluña como Derecho común permite su aplicación supletoria en el territorio de la Comunidad Autónoma en defecto de norma especial aplicable, impidiendo con ello la aplicación del Código civil.*

c) *Los arts. 111.6 “Libertad civil”, 111.7 “Buena fe” y 111.9 “Equidad” se recurren porque alteran el criterio de delimitación negativa de las competencias autonómicas sobre legislación civil resultante del art. 149.1.8 CE. Estos principios se regulan en los arts. 3, 6 y 7 del Código civil, que forman parte del título preliminar...*

d) Un último grupo de preceptos (capítulo I del título II, dedicado a la prescripción, con excepción de los arts. 121.20, 21, 22, 23.1 y 24, y el capítulo II, relativo a la caducidad) se recurren porque en el Derecho civil catalán no existen los necesarios antecedentes que justifiquen tanto el ilimitado desarrollo normativo de la regulación de la prescripción como la novedosa normativa dictada para la caducidad. La nueva normación agota la totalidad de la materia...

Por su parte, el Abogado de la Generalitat, entre otros argumentos, alega:

- a) La determinación del sistema de fuentes cuenta con disposiciones equivalentes en las Compilaciones aragonesa de 1985 y navarra de 1987. El TC añadirá en las normas promulgadas en el ínterin: Baleares y Galicia.
- b) No se pretende otra cosa que ofrecer a los operadores jurídicos un ordenamiento civil propio de Cataluña lo más completo posible, evitando la heterointegración pero sin excluir del Código civil español que, además, resulta de directa aplicación en las materias constitucionalmente reservadas a la regulación estatal.
- c) En cuanto a la prescripción y la caducidad, constata que se vienen a plasmar con completud y nitidez unos institutos de consolidada configuración jurisprudencial.

El final de este debate no lo sabremos nunca porque el TC evitó, obviamente, pronunciarse sobre el fondo en esta fase procesal y el Gobierno de la Nación retiró su recurso. Aunque veremos nuevamente los argumentos a propósito del Libro VI CCCat.

Atendido el límite de tiempo, no hay espacio para comentar el contenido de cada uno de los Libros en que se divide el Código civil. Tampoco

tendría demasiado objeto porque los antecedentes del derecho civil vasco son netamente diferentes. Nos centraremos en los escollos que ha encontrado el proceso codificador.

### **Los recursos de inconstitucionalidad**

La legislación civil de Cataluña se fue aprobando casi en todos los casos por unanimidad de los partidos y sin recursos de inconstitucionalidad. Ha sido en la última fase que éstos se han producido. Es de especial interés el correspondiente al Libro VI relativo a las obligaciones y contratos por cuanto afecta al artículo 149.1.8 de la Constitución Española que confiere al Estado la competencia exclusiva sobre las bases de las obligaciones contractuales. El recurso de inconstitucionalidad nº 4751-2017, contra la ley 10/2017, de 27 de junio, de voluntades digitales y otras disposiciones no presenta gran interés. El conflicto se centra en el llamado llamado testamento digital y, en concreto, en el registro administrativo de la última voluntad relativa a los fondos informáticos generados en vida del causante, que queda a cargo de la Generalitat. El TC entiende que no es un registro administrativo sino que pretende producir efectos sustantivos al primar frente los herederos ab intestato cayendo, por tanto, dentro de la ordenación de los registros públicos que es competencia exclusiva del Estado.

EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD N° 2557-2017,  
CONTRA DETERMINADOS PRECEPTOS DE LA LEY DEL  
PARLAMENTO DE CATALUÑA 3/2017, DE 15 DE FEBRERO,  
LIBRO SEXTO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA Y OTRAS  
DISPOSICIONES

Aparte del debate sobre distribución de competencias en materia civil entre el Estado y la Generalitat, se recurrió la regulación de los contratos de compraventa y permuta, el mandato y la gestión de negocios ajenos sin mandato. No fueron objeto de recurso las rúbricas de “contratos sobre objeto ajeno” (contratos de cultivo: arrendamiento rústico, aparcería y masovería, contrato de custodia del territorio y arrendamiento para pastos); “contratos aleatorios” (violario y alimentos); “contratos de cooperación” (contrato de integración); y “contratos de financiación y garantías” (el censal). La sentencia declara la constitucionalidad de todas las normas impugnadas, excepto el artículo 621-54.3 CCCat, referido al procedimiento notarial de resolución de la compraventa por considerarla norma procesal de resolución de conflictos que queda bajo la exclusiva competencia del Estado conforme al artículo 149.1.6 de la Constitución.

Refresquemos las palabras clave (en **negrita**) del artículo 149, 1, 8 de la Constitución:

**Artículo 149**

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

... 8.<sup>a</sup> Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las

obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.

Y, a partir de aquí, analicemos los diferentes argumentos esgrimidos en el recurso.

### **Posición del Abogado del Estado**

- La competencia exclusiva sobre legislación civil corresponde al Estado.
  - Con una excepción, la “garantía de la foralidad civil” que no se cifra en la intangibilidad de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la posibilidad de atribuir a las CCAA la competencia para su conservación, modificación y desarrollo en los territorios en los que aquellos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución.
  - Con una excepción de la excepción, la “segunda reserva competencial” que delimita un ámbito que queda absolutamente excluido de la competencia de las CCAA. En dicho ámbito se encuentran, entre otras, las reglas que ahora nos interesan relativas a aplicación y eficacia de las normas jurídicas, ordenación de los registros e instrumentos públicos y bases de las obligaciones contractuales.
  - Pasa de soslayo sobre la determinación de las fuentes del derecho, que han de respetar en todo caso las normas de derecho especial o foral.

Acudiendo al Estatuto de Autonomía de Catalunya, adelantamos que la argumentación del Abogado del Estado olvida los artículos 129 y 5 EAC reformado, que dicen:

**Artículo 129. Derecho civil.**

Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, con excepción de las materias que el artículo 149, 1. 8ª de la Constitución atribuye en todo caso al estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña.

La argumentación de la Abogacía del Estado, como si el precepto no hubiera pasado el filtro de constitucionalidad en la famosa sentencia 31/2010 del TC, sobre el Estatut de Catalunya reformado, restringe su abasto en el sentido de que la atribución de la competencia sobre derecho civil a la Generalitat no puede entenderse como competencia legislativa ilimitada “*ratione materiae*” sino constreñida a:

- a) figuras conexas a las reguladas y en vigor en el ordenamiento especial o foral,
- b) vigentes en el momento de aprobarse la Constitución,
- c) sólo para actualización,
- d) siempre sea acorde con los principios generales.

Para acabar concluyendo que, aun reconociendo que si bien la competencia legislativa en esta materia no debe vincularse rígidamente al contenido existente en la compilación (sic, en minúscula) u otras normas del ordenamiento jurídico catalán (STC 88/1993, FJ3), falta la conexión entre las figuras individualmente reguladas en el Libro VI CCCat y las instituciones civiles propias de carácter foral o especial, sin entrar en mayores detalles.

Por falta de tiempo no reseñamos su refutación de los criterios de conexión de todos los contratos contemplados en el Libro Sexto. Nos limitaremos al supuesto más importante: el contrato de compraventa. En cuanto a la regulación de la compraventa de consumo, la considera ma-

teria mercantil de competencia exclusiva del Estado y atentatoria contra el principio de unidad de mercado. Entiende, además, que las competencias autonómicas en materia de regulación del consumo no permiten un *novum* contractual, es decir, que no se pueden introducir derechos y obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas (STC 88/1986, FJ 5) pues la protección del consumidor y la determinación de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución se insertan dentro de la competencia estatal exclusiva atribuida al Estado por los arts. 149.1.6 y 8 CE (STC 62/1991, FJ 4 e) (STC 264/1993, de 22 de julio FJ 5). Cita la tan invocada, como a mi juicio incierta, “igualdad básica de todos los españoles”.

## II. POSICIÓN DEL PARLAMENT DE CATALUNYA

Añade a la argumentación el artículo 5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña reformado, que también pasó el filtro de la sentencia TC 31/2010:

### **Artículo 5. Los derechos históricos.**

El autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana, que el presente Estatuto incorpora y actualiza al amparo del artículo 2, la disposición transitoria segunda y otros preceptos de la Constitución, de los que deriva el **reconocimiento de una posición singular de la Generalitat en relación con el derecho civil...**

El precepto fue objeto de una sanción de conformidad (del Preámbulo y del artículo) dada por la sentencia 31/2010 TC relativa al EAC reformado, aclarando que los derechos históricos del pueblo catalán no pueden ser el fundamento de un “derecho constitucional al autogobierno fuera de

la Constitución” pero sí son base para “explicar la asunción estatutaria de determinadas competencias” en el marco de la Constitución.

Poniendo en relación el artículo 129 EAC reformado con el artículo 5, el Parlament de Catalunya recuerda que:

- El Derecho catalán precompilado conformaba un ordenamiento civil completo y autosuficiente en el que tiene un papel muy importante la tradición jurídica catalana.
- El Derecho civil catalán conforme al artículo 111.2 CCCat debe no sólo interpretarse sino también integrarse con los principios que lo informan, tomando en consideración la tradición jurídica catalana.
- La competencia atribuida a la Generalitat en el artículo 149, 1, 8º de la Constitución comprende la conservación, modificación y desarrollo del derecho foral o especial. La conservación y modificación podría entenderse que se limita al derecho preexistente, pero no así el desarrollo. La noción de desarrollo comprende el crecimiento orgánico del Derecho civil propio, actualizando e innovando contenidos y, más concretamente, procediendo a la regulación de materias ausentes del texto originario de la Compilación.
- La conexión debe establecerse con el Derecho civil propio “existente”, esto es, con el vigente en todo momento —el Derecho histórico previo, el compilado y el posterior a la Constitución— y no sólo con el que existía en 1978.
- Como resulta del artículo 5 EAC, la tradición jurídica catalana de termina una posición singular de Cataluña en relación con el derecho civil por formar parte de los derechos históricos.
- La tradición jurídica catalana fue un cuerpo completo, un sistema, y determina que este sistema de derecho civil de Catalunya comprenda todo el derecho civil como competencia exclusiva —y así inicia el

artículo 129 EAC— salvo las competencias atribuidas “en todo caso” al Estado por el artículo 149. 1. 8º, es decir, las formas del matrimonio, las bases de las obligaciones contractuales, la ordenación de los registros e instrumentos públicos, etc.

Seguidamente analiza la conexión con algunos contratos regulados en el Libro Sexto. Algunas conexiones podrían calificarse como tangenciales, pero no es el caso del importantísimo contrato de compraventa. En la Compilación, la regulación de la compraventa y la permuta disciplinaba la traditio de los bienes vendidos y permutados a través del *constitutum possessorium*, los gastos de entrega y escritura pública, en su caso, la rescisión por lesión *ultra dimidium*, los derechos de tanteo y retracto, la venta a carta de gracia, la presunción muciana, la compra con pacto de sobrevivencia, la venta de bienes a beneficio de inventario, entre otras especialidades. Y entre las leyes especiales podemos destacar la cesión de finca o habitabilidad a cambio de obra futura. El Parlament de Catalunya también señala hasta cinco leyes especiales que regulan amplias zonas del derecho patrimonial. En resumen, estima suficientemente acreditada la conexión en todas las materias reguladas en el Libro Sexto. En cuanto a la compraventa de consumo, niega su carácter mercantil e invoca las competencias autonómicas en materia de contratos de consumo que resulta del artículo 123 EAC, estando dentro de la órbita de la legislación civil, título que el Tribunal Constitucional califica como prevalente.

El Parlament no ahorra una cierta crítica llamando la atención sobre el hecho de que el Gobierno de la Nación no cuestione la posible adecuación a las bases de las obligaciones contractuales y que la descalificación se centre exclusivamente en que no existan precedentes legislativos. Cierra este punto afirmando la absoluta adecuación de la regulación del Libro Sexto a las bases de las obligaciones contractuales fijadas por el Estado, así como al Derecho europeo de contratos, que inspira algunas de las soluciones.

En cuanto a la posible afectación a la unidad de mercado argumenta que la diversidad jurídica de las normas civiles no supone obstáculo a la libre circulación de bienes porque no impone aranceles, aduanas o trabas económicas. De hecho la rescisión por lesión *ultra dimidium* de los ordenamientos catalán y navarro han convivido hasta hoy con el sistema del Código civil. Mientras se mantenga la libertad de mercado y de empresa no hay fragmentación del mercado nacional.

### III. POSICIÓN DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA

Tras lamentar que el Abogado del Estado haya prescindido de analizar el contenido material de las normas impugnadas, limitándose a predicar de todas una única causa de inconstitucionalidad, a saber, que tales normas no se contemplaban en la Compilación de 1960, afirma con rotundidad que la voluntad del constituyente fue que las comunidades autónomas que poseían un Derecho civil propio, pudieran asumir plenitud de competencias para conservar, modificar y desarrollar no sólo la legislación civil entonces vigente sino su propio sistema normativo considerado como un conjunto armónico, informado por valores y principios peculiares que le proporcionan los medios de autointegración.

El texto constitucional, artículo 149.1.8, no pretende restringir la competencia de los territorios forales en materia de derecho civil, sino excluir de la citada competencia a las comunidades autónomas sin ellos. No hay una competencia del Estado so pretexto de una pretendida unidad jurídica civil, sino que lo que varía es el ámbito material. Hay un límite a la competencia estatal en determinados territorios autonómicos. En definitiva, los territorios con un sistema de derecho civil propio constituirían compartimentos estancos en los que el legislador autonómico es competente para desarrollar todo este sistema que, concretamente en Ca-

talunya, encuentra sus raíces en una tradición jurídica previa a la Compilación de 1960, abarcando todo el derecho civil salvo las excepciones concretas del artículo 149.1.8 de la Constitución. No hay situación de prevalencia sino ordenamientos diversos, informados cada uno de ellos por sus principios inspiradores. La idea de desarrollo del propio derecho civil significa que cabe su “crecimiento orgánico” siempre que conecte con el Derecho ya regulado y a los principios informadores propios del Derecho foral o especial.

Ahondado en la distribución de competencias entre el Estado y la comunidad autónoma recuerda que la Ley Primera del Código civil de Cataluña, con quince años de antelación, ya contemplaba un Libro Sexto de las obligaciones y contratos bajo los títulos competenciales del artículo 149.1.8 CE y 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, al que hay que añadir el artículo 5 del Estatuto que incorpora la tradición jurídica catalana como fundamento del sistema jurídico autonómico. Cita la STC 31/2010 de la que extrae la idea de que se trata de un supuesto de coextensión de la competencia y la materia *in toto*.

#### IV. EL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

##### 1. Planteamiento General

D

Conviene traer a colación algunos argumentos de la sentencia:

*«[...] por lo que atañe al desarrollo del Derecho civil propio, el Tribunal advierte en la propia sentencia (STC 133/2017, FJ 4) que esta noción permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho (preexistente) pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido <<modi-*

*ficación>>. Existe, por lo tanto, un reconocimiento constitucional de la labor autonómica de actualización de los Derechos civiles existentes en el territorio nacional que lleva consigo su <<crecimiento orgánico>>, pues sin capacidad de crecimiento, actualización e innovación las instituciones jurídicas pierden su razón y es indudable, por lo demás que tal reajuste debe acometerse por la norma estatutaria, que establece el alcance de las propias competencias, siempre dentro de los límites dispuestos en el artículo 149.1.8 CE».*

—En la posterior sentencia STC 4/2014, FJ 4e), el Tribunal declara que la competencia autonómica que deriva del artículo 129 EAC es, en puridad, exclusiva, «*es un supuesto de coextensión de la competencia y la materia in toto, que no es contrario a la Constitución en tanto que aplicable a supuestos de competencia material plena de la Comunidad Autónoma y en cuanto no impide las competencias exclusivas del Estado...*».

—«*Como puede comprobarse, por tanto, la materia concernida es la civil contractual, respecto a la que la Constitución atribuye (al Estado) la competencia para dictar las bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.8 CE), mientras que a la Comunidad Autónoma de Cataluña le corresponde el desarrollo de su Derecho civil en virtud del art. 129 EAC*».

Será ilustrativo acudir al posterior estudio del que fue ponente de la sentencia TC sobre el Libro VI CCCat. Sr. XIOL RIOS, <<La competencia en Dret civil en el segle XXI>>, que sistematiza la polémica. En términos abstractos —dice— la comprensión del artículo 149.1.8 CE puede hacerse en base a estas tres concepciones:

—La <<foral residual>>, basada en el principio de conservación de los derechos forales. El Derecho civil de las CCAA ha de limitarse a las normas de Derecho civil foral o especial (incluido el consuetudinario) que se hallasen vigentes en el momento de entrada en vigor de la Constitución.

—La <<histórico-foral>> según la que las instituciones susceptibles de conservación, modificación y desarrollo son las que hubieran tenido relevancia histórica en un determinado territorio hoy autónomo, aunque no estuvieran vigentes en el momento de entrada en vigor de la Constitución.

—La <<federal>>, que atribuiría a las CCAA la competencia plena y exclusiva en materia de Derecho civil, sin más restricciones que las derivadas de las materias que la Constitución reserva al Estado.

En un sentido transversal, sobre la primera y la segunda concepciones planea la idea de <<conexión>> con las instituciones de derecho civil foral o especial vigentes o históricas que, a su vez, puede ser:

—<<Regulativa>>, es decir, la relación con las instituciones de derecho civil foral o especial preexistentes ha de entroncar con relaciones jurídicas concretas.

—<<Orgánica o de orden sistemático>>, de carácter muy amplio que contemplaría el derecho foral o especial preexistente como un conjunto de normas y principios generales que procede completar para que adquiriera todo su sentido.

A Juicio de XIOL en el tema de las competencias de las CCAA en materia de Derecho civil, la jurisprudencia del TC incurre en contradicciones o, al menos, en incoherencias siguiendo a veces el criterio de <<conexión orgánica>> y otras el de <<conexión regulativa>>. La consecuencia es la utilización de las relaciones de conexión para dar un distinto tratamiento de la relación de conexión siendo menos estricto en relación con la Comunidad Autónoma de Cataluña y, todavía menos respecto a la de Navarra. En cambio, aplica estrictamente la <<conexión regulativa>> en Galicia o Valencia.

Analicemos todas estas ideas del que fue ponente a la luz de la propia sentencia del TC.

## 2. El criterio de conexión. Preexistencia del Derecho civil

Como afirma el fallo de la sentencia del TC sobre el Libro VI CCCat, «*Esta normativa sustituye y deroga el texto refundido de la Compilación , así como otro número importante de leyes civiles autonómicas, tales como...*» (cita hasta 17 leyes civiles que son parte de las ya enumeradas).

La derogación de 17 leyes civiles no puede menos que significar que existía ya un importante cuerpo de Derecho civil en Cataluña, posterior a la Compilación y posterior también, en su mayor parte, a la Constitución. Tratándose de normas en vigor que se codifican en el proyecto de construcción del Código civil de Cataluña en sus diversas etapas, pasarlas de nuevo por el cedazo del Tribunal Constitucional so pretexto de que no estaban en vigor en el arranque constitucional cuando hasta el momento nadie las había impugnado podía resultar gravemente distorsionador, además de incomprensible.

Por ello, en el caso de Cataluña puede concluirse que el punto de conexión no son unas normas aisladas que presentan especialidad sino lo que la propia sentencia denomina “sistema de Derecho civil”. Un sistema que, atendiendo a sus antecedentes remotos, se halla inspirado en una tradición jurídica diferenciada.

Así dice el TC: «*Los ordenamientos jurídicos civiles son el resultado de una evolución larga y pausada, cuyas normas se asientan a lo largo del tiempo y no pueden ser entendidos como un simple conjunto o recopilación de normas e instituciones aisladas y asistemáticas, sino, por el contrario, deben contemplarse como verdaderos sistemas normativos cuyas reglas y principios están racionalmente enlazados entre sí. Por ello hay que destacar que la noción de conexión que este*

*Tribunal exige para reconocer la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho civil prima el carácter de suficiencia, lo que significa que para comprobar si existe o no vinculación entre las nuevas normas y el ordenamiento jurídico autonómico no es necesario relacionarlas con instituciones concretas ya reguladas, sino que es suficiente con que tal unión o trabazón exista con el conjunto de las instituciones preexistentes, con su sistema normativo y con los principios que lo informan (STC 95/2017, de 6 de julio, FJ4). En tal sentido, asiste la razón a la Generalitat cuando afirma que no se puede limitar la competencia en materia civil de la comunidad autónoma a la conservación, modificación y desarrollo solo de lo previsto en la Compilación de 1960, sino que podrá ir referida al Derecho civil catalán en su conjunto [...] El criterio de conexión, según la función que se ha señalado, debe ir referido al ordenamiento civil en su conjunto, esto es, puede tener lugar respecto de otra institución que forme parte del mismo o tenga relación a los principios jurídicos que lo informan (STC 95/2017, de 6 de julio)».*

*«Cabe recordar que la recodificación del derecho civil catalán tiene por objeto la reunión en un solo cuerpo legal de todas las materias presentes en aquel territorio, dotando al conjunto de una estructura sistemática y de una lógica interna. Así, la labor se inicia con la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código civil de Cataluña...». «Tras este recorrido, aún a título provisional, se puede concluir que Cataluña antes ya de la entrada en vigor de la Constitución ha gozado de un Derecho civil propio que contenía la regulación de las materias básicas civiles, persona, familia, derechos reales, sucesiones; que fue desde luego también objeto de la atención del legislador autonómico la disciplina obligacional y los contratos en particular...».*

*«Quiere esto decir que, si la comunidad autónoma catalana en un momento histórico dado y por las causas o razones que le impulsaran a tomar tal decisión, optó por incluir en su propio ordenamiento civil escasas o poco detalladas reglas sobre un determinado tipo contractual, esto no ha de significar que no pueda ahora completar su régimen jurídico...». «Así lo ha reconocido expresamente este Tribu-*

*nal en su STC 31/2010, FJ 10, al afirmar que en el caso de Cataluña <<tanto los derechos históricos como las instituciones seculares y la tradición jurídica de Cataluña... deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat en relación con el Derecho civil, la lengua, la cultura, la proyección de éstas en el ámbito educativo, y el sistema institucional en que se organiza la Generalitat», según concluye el propio artículo 5 EAC>>.*

### **3. La lógica bases/desarrollo**

La sentencia adopta una lógica de competencias compartidas con normas básicas y de desarrollo. Desde el este punto de vista, las “bases de las obligaciones contractuales” tendrían carácter de norma básica, valga la redundancia.

Dice la sentencia: «Justificada así (a través de la conexión orgánica que antes hemos explicado) una competencia general de determinadas comunidades autónomas en materia de Derecho civil, el concepto <<bases de las obligaciones contractuales>> pierde su sentido originario, para convertirse en un mínimo común denominador que las comunidades pueden desarrollar con independencia del alcance de sus respectivos Derechos forales tradicionales».

En contra se manifiesta el voto particular del Magistrado, Sr. Ollero, que atendiendo al inicio literal del artículo 149. 1, que dice: «El Estado tiene competencias exclusivas sobre las siguientes materias...», considera que el derecho civil es competencia exclusiva, no compartida. Que esta exclusividad tiene una excepción: la salvaguarda de los derechos forales, cuya competencia corresponde a aquellas Comunidades que los tuvieron. Y que hay una excepción de la excepción: las bases de las obligaciones contractuales. Afirmación que a nuestro entender no es del todo cierta por cuanto, siguiendo el criterio de conectividad, en el caso de Cataluña, la conexión no se establece con una institución aislada sino con un sistema de Derecho civil que es de gran amplitud.

Es curioso ver como los votos particulares obvian los artículos 5 y 129 EAT, que pasaron en su día por el filtro del Tribunal Constitucional. Con ello se olvida lo que estableció el Tribunal Constitucional en aquella sentencia: que Cataluña tiene un sistema propio de Derecho civil que da lugar a un supuesto de coextensión de la competencia y la materia *in toto*. Es por ello que el artículo 129 EAC tiene el siguiente tenor literal: «Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, con excepción de las materias que el artículo 149, 1. 8ª de la Constitución atribuye en todo caso al Estado». El Sr. Ollero parece que pretendiera reabrir el debate del recurso al TC sobre el Estatut de Catalunya reformado.

#### **4. Las bases de las obligaciones contractuales**

Desde un punto de vista sustantivo, procede a determinar dónde se encuentran estas bases. No se han declarado formalmente por el legislador por lo que las deduce de un mínimo común denominador que se encontraría en el Código civil estatal, “lo que no significa considerar que todas las normas contractuales lo sean”. Entiende el TC en la sentencia que las bases no vienen referidas a cada tipo contractual en especial de tal modo que se trasladarían a la regulación dada por el Libro VI a cada contrato, sino que son principios *«que persiguen la ordenación general del orden público económico y son reglas esenciales en el orden jurídico global al ser las normas que determinan la estructura y el sistema económico de la sociedad»*. “Las bases, por tanto, deben referirse con carácter general y común a todos los contratos o categorías amplias de los mismos (STC 71/1982, de 30 de noviembre) y no pueden comprender la regulación de cada tipo contractual...». «La razón para llevar a cabo este ejercicio de simple contraste principal o genérico se encuentra en la propia naturaleza del Derecho contractual, pues, salvo excepciones justificadas, estamos en presencia de un sistema jurídico eminentemente dispositivo en que debe regir y rige el principio de la libertad de pactos».

«Sólo debe considerarse normativa básica aquellas reglas que incidan directamente en la organización económica, en las relaciones inter partes y en la economía interna de los contratos, comprobando, por ejemplo, si se respetan las directrices básicas tales como el principio de iniciativa privada y la libertad de contratación, la conmutatividad del comercio jurídico, la buena fe en las relaciones económicas, la seguridad en el tráfico jurídico o si el tipo contractual se ajusta al esquema establecido en la norma estatal». La sentencia también considera bases de las obligaciones contractuales «... los principios desarrollados en los títulos I y II del libro IV del CC (arts. 1088 a 1314), especialmente las normas relativas a las fuentes de las obligaciones (art.1089 y ss. CC), a la fuerza vinculante del contrato (art. 1092 CC) y las que regulan los elementos esenciales y efectos (arts. 1254 a 1280 CC). Con el mismo carácter básico deben tomarse los principios materiales que se extraen de estas normas tales como la autonomía de la voluntad, la prevalencia del principio espiritualista de la perfección del contrato, la eficacia del contrato en relación con los modos de traslación del dominio, la obligatoriedad del contrato, la buena fe contractual, el sistema de responsabilidad por incumplimiento, la responsabilidad universal del deudor, los requisitos de validez y eficacia del contrato o la defensa de los consumidores».

El magistrado don Alfredo Montoya, en su voto particular, considera que también constituyen <<bases de las obligaciones contractuales>> las clases de obligaciones, sus modos extintivos, la novación y sus tipos, la cesión, la prueba, su documentación pública o privada, la representación o las reglas de interpretación, como en extenso ha analizado la Comisión General de Codificación en la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos realizada en el año 2009. Al tratar de los contratos concretos se observa, no obstante una cierta confusión entre bases y efectos jurídicos.

Pero un elemental argumento de la sentencia cierra el debate sobre el detalle de las bases: «Hay que advertir que en materia civil el legislador estatal no ha llevado a cabo una concreción formal de los que ha de considerarse <<bases

*de las obligaciones contractuales>>, por lo que, mientras esto sucede, las comunidades autónomas no pueden quedar obligadas a esperar un pronunciamiento específico del legislador estatal y pueden ejercer su competencia respetando los principios que deriven de la Constitución Española y de la legislación existente» (cita varias sentencias).*

Para completar este punto sobre la posible infracción de las <<bases de las obligaciones contractuales>> conviene recoger la argumentación del TC en torno a la regulación concreta de la compraventa contenida en el Libro VI CCCat. Son de destacar las siguientes incorporaciones:

—La obligación del vendedor de transmitir la titularidad de lo vendido. Considera el TC que se había producido un secular debate doctrinal acerca de si el vendedor queda obligado a transmitir la propiedad de lo vendido o cumple limitándose a entregar su posesión legal y pacífica, respondiendo de evicción. Para el TC el Libro VI se limita a optar por la solución más acorde con la doctrina moderna sin interferir en las reglas del Código civil.

—La ampliación de los supuestos de prohibición de contratar. El TC considera que con ello el Libro VI evita los conflictos de intereses que puedan perjudicar la causa del contrato, siguiendo la interpretación evolutiva realizada por el Tribunal Supremo.

—El establecimiento, cuando las partes no han determinado el precio o existe desacuerdo entre ellas en cuanto al precio fijado, de un criterio subsidiario para determinarlo. No parece que haya nada que objetar sobre este punto.

—La imposición al vendedor el deber de información y al comprador el de verificación y comprobación del objeto del contrato una vez adquirido o recibido. Entiende el TC que se recoge el principio admitido en la doctrina y la jurisprudencia en el estricto marco del Código civil

de que es el vendedor a quien resulta más sencillo y menos gravoso suministrar la información sobre el objeto del contrato. Tampoco observa lesión de ninguna base contractual en imponer la obligación de verificar al comprador.

—La obligación del vendedor de garantizar la conformidad de lo vendido con el contrato y los criterios acordados por las partes, no sólo entregar una <<cosa determinada>>. Para el TC la regulación impugnada se ajusta, complementándolo, al principio de certeza y a la proscripción de los supuestos de aliud pro alio en consonancia con la más moderna jurisprudencia y doctrina civilística formujada en torno al CC.

—El tratamiento de las acciones edilicias, a través de las cuales se puede exigir el cumplimiento específico, la suspensión del pago del precio, la resolución de la compraventa o la reducción del precio. Tampoco van más allá, según el TC, de los principios que se infieren de la interpretación jurisprudencial del artículo 1124 CC. Lo mismo concluye en cuanto a la reclamación de daños y perjuicios y la tradicional evicción.

—No se plantea una verdadera cuestión respecto de la rescisión por lesión ultra dimidium, de lejano arraigo en el Derecho civil de Cataluña. No se tiene en cuenta si la norma forma parte o no de las bases de las obligaciones contractuales, seguramente por entender que ha venido aplicándose sin interrupción a través del derecho justiniano y del derecho canónico vigentes en Cataluña antes de la Compilación.

—La regulación de la compraventa de consumo. Esta novedad dio lugar a una fuerte polémica entre el fallo y los votos particulares. Se plantea la cuestión previa de si tiene naturaleza civil o mercantil, en cuyo caso la competencia sería exclusiva del Estado. El TC considera que no son mercantiles las compraventas destinadas al consumo del comprador. Sólo son mercantiles las destinadas a la reventa en el mercado o a una finalidad profesional o industrial. Concluye el TC que «*La articulación de*

la venta de consumo, por tanto, tiene por objeto distinguir en la disciplina de la compraventa una modalidad de gran relevancia práctica cuyas especialidades sobre la perfección del contrato, las obligaciones de las partes y las consecuencias del incumplimiento, que se reflejan en distintos lugares del texto legal, deben dejarse establecidas si pena de dejar incompleta o desigualada la regulación del contrato en su conjunto, cosa que hace con pleno respeto a la normativa básica estatal en materia de consumo, a la que la ley catalana se remite implícitamente». El voto particular del magistrado Sr. Montoya trae a colación la STC 96/1996, FJ 30, que considera mercantiles los contratos de arrendamiento financiero y la STC 118/1996, que hace lo propio con el arrendamiento de vehículos. Hay que decir que, previamente, el Sr. Montoya efectúa un razonamiento que pasa por considerar inconstitucional el artículo 129 EAC que ya superó el control de constitucionalidad en la conocida sentencia del Estatut, STC 31/2010.

## V. A MODO DE CONCLUSIONES

Como ya se ha apuntado, a criterio de XIOL la jurisprudencia del TC incurre en contradicciones o, al menos, en incoherencias siguiendo a veces el criterio de <<conexión orgánica>> y otras el de <<conexión regulativa>>. Llega a decir que algunas declaraciones no tienen ya el carácter de *obiter dicta*, sino francamente el de *flatus vocis* como expresiones carentes de contenido real fuera del alcance retórico. Literalmente: «*Esto ocurre cuando la sentencia 312/2010, sobre el Estatuto de Cataluña reformado, alude al conocimiento de los derechos históricos en materia de derecho privado de las Comunidades Autónomas, sin que sea posible identificar contenido alguno en esta declaración, como no sea la moldeable voluntad de ser menos estricto en la exigencia de las relaciones de conexión...*». La consecuencia es la utilización de las relaciones de conexión para dar un distinto tratamiento de la relación de conexión siendo menos estricto en relación a la Comunidad Autó-

noma de Cataluña y, todavía menos respecto a la de Navarra. En cambio, aplica estrictamente la <<conexión regulativa>> en Galicia o Valencia. XIOL se apunta al criterio de conexión <<orgánica o sistemática>> y dice que el TC en la sentencia 132/2019, de 13 de noviembre, sobre el Libro Sexto del Código civil de Cataluña, acepta el carácter completo del Derecho civil catalán, fundado en principios propios.

Refiriéndose a los contratos de compraventa y permuta el TC concluye por su parte, como ya se ha transcrito con anterioridad, que si en un momento dado la Compilación sólo reguló los aspectos que lo diferenciaban del Código civil fue únicamente para evitar reiteraciones (según así se expresa en el preámbulo de la propia Compilación). Otros apuntan —como ya se ha dicho— a que se debió a una situación de falta de libertad durante la Dictadura que restringió la propuesta de los juristas catalanes que recogía todo su Derecho histórico. Lo que no parece cuadrar con la Constitución es la idea del Código único.

Añade XIOL que el desarrollo legislativo del Derecho civil de las CCAA acaba influido por razones de oportunidad políticas, pues el Gobierno parece seguir distintas pautas para la impugnación de las leyes civiles autonómicas dependiendo de las circunstancias políticas de cada momento. Critica, además, “las dificultades del parlamento estatal para regular materias de Derecho civil, que se reflejan en una exasperante inactividad y lentitud” razón por la cual “Las comunidades autónomas sin Derecho civil propio se ven forzadas a apelar a otros títulos competenciales cuando sienten la necesidad de regular materias que puedan afectar a instituciones civiles”.

En su voto particular, el magistrado D. Vicente Conde en la STC 31/2010, relativa al Estatuto de Cataluña reformado formula la cuestión si el TC debe ser lo que califica como Tribunal de Derecho, fiel intérprete de la norma escrita, o un árbitro entre opciones políticas opuestas.

La tesis de la <<conexión orgánica o de orden sistemático>> resuelve esta cuestión en el sentido de que el juez interpreta en relación con un conjunto histórico y sistemático de derecho civil, devolviéndonos al artículo 5 del Proyecto de Compilación del Derecho civil de Cataluña que he citado al principio y que fue seriamente recortado por la Comisión General de Codificación en el texto de la Compilación del Derecho civil de Cataluña aprobada por las Cortes franquistas en el año 1960. En cualquier caso la pregunta se las trae.

En el mismo voto particular el magistrado Sr. Conde califica los Estatutos de Autonomía como normas infraconstitucionales. Otros, por el contrario, consideran que los Estatutos de Autonomía, atendido el procedimiento de su aprobación, son parte del bloque de constitucionalidad junto con la Constitución Española y a su mismo nivel, pero con una aplicación territorial concreta.

Aquí lo dejo. Gracias por su atención.

# Presente y futuro del Derecho Civil vasco

Sabino TORRE DÍEZ

Viceconsejero de Régimen Jurídico y miembro de  
la Comisión de Derecho Civil Vasco

El examen del tema debe llevarme de entrada a estudiar lo que puede dar de sí el título competencial previsto en el artículo 10.5 del Estatuto de Gernika (EAPV), puesto en relación con el artículo 149.1.8ª de la Constitución española (CE).

Lo haré trayendo aquí el comentario de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (COJUA) en su reciente dictamen 61/2023 (al anteproyecto de ley de la infancia y la adolescencia), en el que advierte que cabe recordar que han sido varias las ocasiones en que el Tribunal Constitucional ha analizado el alcance y significado del artículo 149.1.8ª de la CE, en particular, el del inciso relativo a la “conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales” (entre otras, ya desde SSTC 121/1992, 182/1992, 88/1993, 156/1993 y 226/1993).

El TC no ha tenido precisamente una postura uniforme en el tiempo.

Resumen su posición algunos de sus últimos pronunciamientos, como el de la STC 157/2021, respecto de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra o Fuero Nuevo, que, a efectos del presente análisis, incorpora unas precisiones de especial interés, en los siguientes términos:

El encuadramiento competencial sobre el art. 149.1.8ª CE atribuye en principio al Estado la legislación civil, con la única excepción que supone la conservación, modificación y desarrollo autonómico del Derecho civil especial o foral.

Asimismo, consta la reserva al Estado por el mismo art. 149.1.8ª CE, de determinadas regulaciones «en todo caso» sustraídas a la normación autonómica. El sentido de esta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del legislador estatal, no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 79, citando la doctrina de la STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1).

Son por tanto como “acantonamientos” singulares en favor del Estado los relativos a las submaterias que se citan en el párrafo 2º de precepto constitucional, que determina que en todo caso le corresponden al Estado: “...las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho...”.

Por otra parte, el artículo 149.1.8ª CE solo permite legislar en materia de Derecho civil a aquellas Comunidades Autónomas que a la entrada en vigor de la Constitución tuvieran un Derecho civil propio y solo pueden hacerlo en atención a su conservación, modificación o desarrollo, pero no ampara la creación de un Derecho civil nuevo o instituciones jurídicas que nunca estuvieron presentes en su territorio (SSTC 82/2016, de 28 de abril; 110/2016, de 9 de junio, y 192/2016, de 16 de noviembre).

La vinculación de la noción de «desarrollo» con la garantía constitucional de los «derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos

territorios» y, más en concreto, con el reconocimiento constitucional de «la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales» (STC 88/1993, FJ 3) nos da la medida positiva y negativa de su alcance y extensión. De este modo, la noción constitucional de «desarrollo» permite, en positivo, «una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho» y, en negativo, «no significa [...] una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae*», sino ceñida necesariamente a la regulación de «instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta, según los principios informadores peculiares del Derecho foral» (STC 88/1993, FJ 3).

En conclusión —STC 95/2017, de 6 de julio, FJ 4 a)—, la competencia legislativa autonómica de desarrollo del Derecho civil propio comprende la disciplina de instituciones civiles no preexistentes, siempre y cuando pueda apreciarse alguna conexión con aquel Derecho, criterio de la conexión que, según la función que hemos señalado que realiza esta competencia legislativa autonómica, debe ir referido al Derecho civil propio en su conjunto, esto es, que se pueda verificar respecto de otra institución que sí formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan.

Pues bien, a los efectos de reflexión que nos ocupan, nos viene bien seguir con el anteproyecto de ley sobre infancia y adolescencia, donde nos encontramos que su exposición de motivos contiene una mera cita del artículo 10.5 EAPV, añadiendo además las memorias, precisamente, que la labor de desarrollo de disposiciones de carácter civil se sustenta fundamentalmente al amparo de la competencia administrativa de atención social del artículo 10.12 EAPV.

En definitiva, en el plano de las intenciones, nos encontramos con un anteproyecto de ley que pretende adaptarse a las novedades de la legisla-

ción orgánica estatal en la materia —infancia y adolescencia— desde una perspectiva estrictamente administrativa y que calla, o no ofrece ninguna voluntad de abordar desarrollo alguno concreto del Derecho civil foral vasco, pudiendo haberlo hecho.

Es más, y sin que pretendamos ahora ninguna clase de reproche al decirlo, lo que tenemos es una opción, en todo caso posible, para asumir de partida la regulación del Código Civil.

La cuestión más crítica que también ahora tenemos que resaltar es que al promotor de la norma que pretendiera desarrollar el Derecho civil vasco se le exigiría, por mor del contexto en el que se desenvuelve el reparto competencial en la materia, que extreme su eventual claridad sobre el fundamento competencial, dado que los parámetros de contraste al que ha de someterse el anteproyecto pueden variar en función de aquella. Pues además, ha de insistirse en la singularidad de la competencia y la ineludible exigencia sobre la necesaria conexión, que deberá precisar la identificación de instituciones en el derecho foral vasco en relación con las que se quieran establecer, adaptar o modificar. Un vínculo tal que permita entender incluida su regulación dentro de la competencia de desarrollo del derecho civil ex artículo 10.5 EAPV.

No es el supuesto del anteproyecto examinado. Porque si observamos la forma de regular cuestiones como la adopción, la tutela, o la guarda, se constata que el texto incorpora continuas y numerosas reproducciones de la regulación del Código Civil, mezcladas con remisiones explícitas a preceptos de este, que difícilmente resultan conciliables con el ejercicio de la competencia para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral y especial.

A modo de ejemplo que permite aprehender de manera muy directa el modo natural de ejercer dicha competencia en otras Comunidades Autónomas, cabe citar la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del

Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia y la regulación que contiene, v. gr., de la guarda de hecho, la protección de los menores desamparados, el acogimiento familiar o la adopción. Otro ejemplo sería el que ofrece el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto refundido de las Leyes civiles aragonesas, en cuyo título III se regulan las relaciones tutelares referidas a menores —tutela, la curatela y el defensor judicial—, así como la guarda de hecho y la guarda administrativa sin tutela.

Pues bien, precisamente y con carácter previo, debe afirmarse que respecto de dicha institución civil se cumple el requisito de la conexión —sin perjuicio de la necesidad de su adecuada exteriorización y explicación—. Así lo entendió el Consejo de Estado en su Dictamen 3013/2003, referido al artículo 8 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. Y así lo ha señalado también el informe de la Comisión de Derecho Civil Vasco, que considera que en el supuesto de la adopción concurre la suficiente conexión con la tradición jurídica y el Derecho civil foral o especial preexistente, que —se dice— resultaría acreditada con la presencia en aquel derecho de prácticas de protección y salvaguarda de las personas menores desamparadas. A ello añade las referencias a dicha figura en la legislación vasca más reciente —el citado artículo 8 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, y el Decreto 114/2008, de 17 de junio, por el que se regula el procedimiento de actuación que deberán seguir las diputaciones forales en materia de adopción de personas menores de edad.

La descripción extensa de este análisis sobre el ejemplo reciente que ha manejado la COJUA nos permite sin duda extraer unas consecuencias sustanciales sobre el presente y futuro de la competencia vasca en materia de Derecho civil:

En primer lugar, destacamos la impresionante dificultad que impone la identificación singular de la materia objeto de normación como perteneciente a la esfera del Derecho civil.

Más allá de la sana controversia entre administrativistas y civilistas, lo cierto es que la traslación al mundo más real y operativo de las intenciones que directamente buscan satisfacer las políticas públicas, nos van a permitir advertir que no es nada usual encontrar como objetivo singular y aislado una regulación civil en su sentido más estricto, por la falta de tradición en ese quehacer, por la fuerza irresistible de la actividad de nuestras administraciones públicas para el bagaje de unos poderes autonómicos relativamente jóvenes, y en fin, por la propia dificultad conceptual de aislar las instituciones en un mundo completamente distinto a aquél en que fueron alumbradas.

Digamos que, en cuanto a la mera existencia de normas civiles o administrativas con proyección en el derecho civil, incluso aunque se dudara en principio de la naturaleza civil de la norma en vigor, pretender que tengan su correlato y complemento en sede civil para aclarar las consecuencias civiles de cualesquiera regímenes administrativos es altamente positivo, pues en todo caso, de forma, resulta más factible que se completen las previsiones legales y se clarifiquen los efectos.

En ese contexto, y desde la estricta perspectiva del encuadramiento competencial, huelga decir que siempre puede ser complejo y difícil el debate sobre la conexión con la tradición del Derecho civil foral o especial propio. Además, las posibilidades de conexión con la compilación foral, siendo la vasca, por primeriza, de lo más rígido, sin duda alguna que restringe mucho el campo de maniobra.

Cabe recordar también que ahora podríamos calificar quizás de auténticas leyendas urbanas los riesgos que muchos atribuyen al control político por el Estado y a la labor fiscalizadora del Tribunal Constitucional.

Viví en directo el sometimiento de la actual ley de Derecho civil vasco de 2015 a un posible recurso de inconstitucionalidad y parece que hay que confirmar todos los días que para nada estuvo en tela de juicio la conectividad de la ley con la tradición foral vasca, y ni tan siquiera hubo cuestionamientos competenciales con la singular cuestión de la extensión de su ámbito territorial de aplicación en toda la Comunidad Autónoma de Euskadi. Únicamente se debatió sobre una cuestión económica en relación con las situaciones abintestato, que se superó sin problemas.

Se comprende que la exposición a la labor del TC resulta crucial y peligrosa. Pero hemos visto pasar sin problemas dos cuestiones de inconstitucionalidad en relación con temas de familia y todo esto hace pensar más bien en que hay un espacio ilusionante y amplio por explorar, que no puede quedar obstruido por el temor a ningún pronunciamiento. Porque es más lo que se pierde con el vacío que con el debate. Nuestra conclusión no puede ser otra que la de aceptar que del contraste saldrá el crecimiento real, y aceptado por toda la comunidad jurídica, sobre la idea de nuevos contenidos de Derecho civil vasco.

Podríamos decir que el presente de nuestro Derecho civil vasco está garantizado y con buena salud, a pesar de la dificultad de concebirlo como un debate en sí mismo, con muchas más perspectivas de aportarnos algo relevante, y sin miedos o sin tanta comparativa con la posición de la legislación civil estatal.

Lo vimos incluso con la reciente ley vasca del recurso de casación civil, que se aprobó sin problemas y que no ha causado ninguno de los males que algunos auguraban. No llegan noticias de ningún desastre y tampoco de conflictividades extraordinarias con las siempre posibles reformas procesales estatales, con las que conviviremos.

Pero otra cuestión es el futuro, pues sin duda que requiere de una iniciativa y de un trabajo de campo y de preparación para el que opino que muy posiblemente carecemos de las herramientas necesarias.

Ya hemos visto el debate reducido sobre un anteproyecto de ley concreto, relativo a la infancia y adolescencia. El remate del mismo acaba en el episodio de que el departamento promotor de la iniciativa entiende, digamos ahora que con total legitimidad, que no quiere desarrollar una regulación propia diferenciada del Código Civil. Incluso opina abiertamente que su prioridad es más bien revisar y reforzar la acción administrativa que permite la política pública de protección de las personas, sin que haya conocido posición interesante alguna que le invite a pensar que hubiera podido diseñar un anteproyecto más acabado adentrándose en regulaciones alternativas sobre las instituciones civilistas referentes de la infancia y adolescencia. Y ni que decir tiene que dice no conocer foro o ámbito activo que le hubiera suministrado conocimiento al respecto, lo que remite al departamento competente en la estricta materia civil.

Y así llegamos a mi departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno. Digamos de entrada que al mismo no le puede cabalmente corresponder en solitario una iniciativa legislativa sectorial que pretenda un desarrollo alternativo del Derecho civil.

Tengamos en cuenta que hay que distinguir con mucha mayor claridad lo que le pueden aportar las instituciones jurídicas civiles al Derecho. La funcionalidad del Derecho privado y su eventual convivencia y en su caso integración con el Derecho público es un reto difícil de entender y mucho más difícil de aplicar.

Desde la COJUA sólo quisimos decir que no resulta factible pretender una regulación sobre la infancia que se ampare en la competencia exclusiva en materia de atención social, lo que resulta patente desde la comprensión de los objetivos de protección de las personas desde la

perspectiva de la intervención pública, y que además se diga a título de apostilla que también se pretende el amparo en un proceso de desarrollo del Derecho civil propio, lo que no ocurre materialmente y no puede quedar como un mero comentario, sino que requiere conectar con una tradición foral que no está expuesta ni espera el debate.

La respuesta muy digna del departamento promotor, que nos interpela sobre manera, es que tiene que citar su apoyatura en la misión de desarrollo del Derecho civil propio porque también lo han hecho las leyes vascas sobre las parejas de hecho o sobre la regulación de las situaciones filiales en caso de ruptura de la relación entre progenitores.

Lógicamente hay expertos que no son partidarios de extender de cualquier manera el ámbito material del Derecho civil. No comparten la dinámica de la ampliación de espacios con el evidente riesgo de mezclarse con el Derecho administrativo.

Les podríamos citar la curiosa controversia competencial sobre la ley estatal de vivienda y una previa iniciativa parlamentaria que pretendió antes regular los alquileres mediante ley del Parlamento Vasco que se amparara en el desarrollo del Derecho civil vasco, en concreto en relación con un desarrollo concreto de la función social de la propiedad, lo que ya pretendió infructuosamente el propio Estado ante el TC, alegando entonces exclusividad en poder desarrollar el derecho de propiedad, tesis que no obtuvo razón del TC. Ahora podríamos contrastar si lo que cabe es una regulación civil ex artículo 149.1.8<sup>a</sup> CE, o una regulación administrativa de ordenación general de la economía ex artículo 149.1.13<sup>a</sup> CE, que es lo que tenemos, y por esta vía, volvamos a admitir que el Estado regule la función social de la vivienda.

Más allá de la controversia competencial en materia de vivienda, nos gustaría reproducir un pasaje de la iniciativa parlamentaria que quiso amparar en la competencia de desarrollo del Derecho civil vasco una

regulación sobre el precio de los alquileres de las viviendas. Decía la iniciativa que

«...hemos de entender el Derecho Civil Vasco como una norma abierta. Teniendo en cuenta que las diferentes instituciones vascas han mostrado reiteradamente el compromiso de desarrollar nuestro derecho civil, debemos situarnos ante los retos que tenemos. A través de esta proposición de ley, se hace una propuesta para la regulación del ámbito del arrendamiento urbano por parte del Derecho Civil Vasco, atendiendo a dichas necesidades. El Derecho Civil Vasco ha de extenderse progresivamente a nuevos ámbitos, por medio de las leyes aprobadas por el Parlamento Vasco. En el futuro, los contenidos de estas leyes vendrán guiados por las necesidades de la ciudadanía y por los propósitos de dar respuesta de manera directa a los problemas que tenemos como sociedad. Aun partiendo de las costumbres y de los principios del derecho civil vasco, es imprescindible actualizarlo y extenderlo, para dotarlo de un carácter lo más amplio y útil posible, porque, si no, acabarán siendo reliquias del pasado o normas obsoletas que solo servirán a historiadoras e historiadores. Es hora de extender y profundizar en el ámbito del derecho civil propio, tal y como se ha hecho en otras comunidades, y de elaborar, en un periodo de tiempo concreto, una formulación lo más amplia posible del derecho civil vasco, desarrollando al máximo las competencias que nos reconoce el Estatuto vigente. Por ejemplo, la compilación del derecho civil foral de Navarra o el Fuero Nuevo es un texto completo, que recoge disposiciones relativas a todas las materias que conforman por tradición el derecho civil o privado: la persona, la familia, las sucesiones, la propiedad y los contratos».

Sin duda, esa es la honda que debiera ocuparnos. Aunque en otra reciente experiencia nos encontraremos con quienes no comparten ampliar el espacio del Derecho civil en cuanto a sus contenidos propios de

una subespecie de derecho patrimonial, porque temen mezclarse con el Derecho mercantil.

*La cuestión siempre es la misma: ¿cómo identificar un espacio socialmente atractivo para que se desenvuelva con tino y con eficacia una iniciativa de desarrollo del Derecho civil vasco, que no merezca una injusta vitola de oportunista, y que pueda llegar a ser apreciada por la sociedad?*

A ello sólo es preciso añadir dos aspectos formales. Uno que se trata de auspiciar leyes especiales que ocupen un espacio claro y necesario en el panorama social. Y segundo, que sólo tras una dilatada experiencia sería factible la tarea de compilar, se supone que diversos contenidos dispersos con el fin de dar coherencia y sentido al conjunto: no estamos quizás tampoco en un contexto de determinación primaria de bases de las que alumbrar un futuro Código.

La tarea por ahora es más simple pero mucho más compleja: saber si hubiera sido posible analizar si una regulación alternativa sobre la adopción, distinta a la que deriva del Código civil, pudiera haber aportado más y mejores perspectivas para los objetivos de protección de los menores.

Pues permítannos sorprendernos de que tal misión no acabe de ser identificada como reto posible y propio por ni uno sólo de los colectivos que integran nuestra Comisión de Derecho Civil Vasco, que es el foro que diseñamos para que surjan y se puedan desenvolver los debates sobre ese incierto futuro del Derecho civil.

No resulta fácil y quizás ni posible su gestión eficaz y transparente, pues juntar a más de 30 profesionales multidisciplinares y debatir sobre una iniciativa legislativa pionera, llamada a cambiar un espacio social relevante, como son todas las que versan sobre el Derecho civil, no está al alcance de muchos. Es más voluntarioso que posible, aunque nunca será tarde si la dicha es buena.

El futuro requiere de buenas y muy concretas evaluaciones reflexivas sobre nuestro Derecho civil, que nos permitan avanzar en la cobertura de nuestros objetivos y deseos como sociedad. En esa idea, modestamente pienso que está todo por determinar, no sólo el actor, sino sobre todo el método.

# Contratación en el sector público y normalización lingüística en Euskadi

Elia PÉREZ HERNÁNDEZ

Letrada del sindicato Comisiones Obreras

Me ha correspondido tratar un tema en el que friccionan los derechos de los trabajadores frente a su empleador con el de los ciudadanos a comunicarse con la Administración en régimen de cooficialidad lingüística. Como toda confrontación el equilibrio es la respuesta.

El art. 6 del Estatuto de Autonomía del País Vasco garantiza en su párrafo 3 la no discriminación por razón de lengua, y en el párrafo 2 obliga a los poderes públicos a garantizar la difusión y protección del euskera.

La contratación pública es una actividad económica de excepcional relevancia para los poderes públicos, ya que es el método de obtención de suministros, realización de obras y recepción o prestación de servicios para el cumplimiento de sus fines (distinto del reclutamiento o captación de medios personales), y de ella dependen muchos trabajadores de empresas privadas adjudicatarias de contratos públicos, siendo obligación de las Administraciones verificar el cumplimiento de la normativa laboral. Pero también lo es la garantía de los ciudadanos de relacionarse con los poderes públicos en las lenguas cooficiales.

En lo que respecta al estricto objeto de mi exposición, me voy a referir a los requisitos de conocimiento del euskera del personal al servicio de

una empresa, cuando ésta pretenda resultar adjudicataria de un contrato público administrativo, en el ámbito del País Vasco y de las obligaciones del adjudicatario, al que llamaremos, la contrata, a partir de la adjudicación del contrato y su ejecución.

La normalización lingüística, en lo que afecta de los trabajadores de esas adjudicatarias, y aunque ha habido y hay intentos también en obras, se va a desplegar fundamentalmente en los **contratos de servicios y mixtos con caracteres del de servicios**, en los que el poder adjudicador (la Administración), celebra un concierto con una Entidad privada (la empresa) con objeto de que ésta desarrolle una actividad en cuya ejecución, los trabajadores que prestan los servicios contratados deban relacionarse con los ciudadanos.

## I. NORMATIVA DE APLICACIÓN

A) **Ley 9/2017, de contratos del sector público** (BOE N° 272, de 8 de noviembre de 2017), en particular:

- El art. 116: expediente de contratación.
- El art. 116.3 establece que al expediente se incorporarán el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato, indicando el 116.4 que se justificarán adecuadamente los criterios para adjudicar el contrato.
- Los arts. 121 a 130 determinan el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas generales y particulares.
- El art. 121.2 señala que *“Las CCAA podrán aprobar pliegos de cláusulas administrativas generales, de acuerdo con sus normas específicas.*

- El art. 122 determina que los **pliegos de cláusulas administrativas particulares** incluirán los criterios de solvencia, adjudicación del contrato, las **consideraciones sociales y laborales** que se establezcan como **condiciones especiales de ejecución**, así como la obligación de cumplir las condiciones salariales del convenio sectorial.
- El art. 124 dispone lo que haya de incluir el **pliego de prescripciones técnicas particulares**, en concreto relativo a la calidad de la prestación, y nuevamente, sus condiciones **sociales**.
- El art. 126, párrafo 5, se refiere a las **exigencias funcionales** que pueden incluirse en los pliegos de prescripciones técnicas, debiendo ser estas ajustadas a la normativa general o equivalente y referidas al **rendimiento**(no tanto a requisitos previos).
- El art. 130 realiza una especial mención a la subrogación de los contratos de trabajo. Esta es la norma que nos otorga un especial compromiso con los trabajadores. Consideramos esta norma el punto de equilibrio entre las exigencias funcionales —entiéndase acreditación de destrezas lingüísticas en euskera— y garantías por cambio de empresario (Directiva 2001/23/CE, arts. 42 a 44 ET y cláusulas de subrogación de Acuerdos y Convenios Colectivos y normativa autonómica y foral).
- El art. 132 fija los principios rectores de la adjudicación: igualdad en el tratamiento de los licitadores, transparencia y libre competencia.
- Los arts. 145 y 146 regulan los criterios de adjudicación. Buscan la mejor opción calidad-precio. (Según normativa foral de Bizkaia, que luego citaré, las cláusulas sociales proporcionan una mejor calidad-precio).
- **Art. 202: finalidad de las cláusulas especiales de ejecución.**

B) Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad. (DOCEnúm. 82, de 22 de marzo de 2001, páginas 16 a 20).

- Arts. 3 y 4, recogidas en los arts. 42 a 44 del ET. Persigue la estabilidad en el empleo.

C) Ley Vasca 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública (BOPV nº 71, de 15 de abril de 2016).

Constituye el desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado en materia de contratación, e incluye cláusulas de carácter social (laboral), estableciendo previsiones mínimas que los órganos de contratación de las entidades que integran el sector público vasco **deben incorporar obligatoriamente a los expedientes de contratación.**

Su art. 5 señala que las cláusulas sociales se incluirán en el pliego de cláusulas administrativas, pero no pueden ser especificación técnica ni constituir un criterio de adjudicación. El contrato deberá incluir el convenio colectivo de aplicación y los salarios allí convenidos.

Su art. 6, incluye expresamente la mención a que el contrato deberá incluir necesariamente la cláusula de subrogación de los trabajadores que se hallen prestando el servicio, y por ello, deberán incluir la relación de trabajadores subrogables, si el convenio colectivo lo estableciera. En Euskadi, prácticamente todos los convenios sectoriales incluyen dicha cláusula.

Tiene especial relevancia el párrafo 2:

2. Tanto en el anuncio de licitación como en la carátula de los pliegos de cláusulas administrativas particulares de estos procedimientos, deberá incorporarse la advertencia de que esa contratación se encuentra sometida a la subrogación de los contratos de trabajo de todos los trabajadores y trabajadoras —en su caso con la antigüedad mínima que se contemple en la norma de la que surge la obligación— que, a pesar de pertenecer a otra contrata, vengán realizando la actividad objeto del contrato, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior.

D) Norma Foral de Gipuzkoa 4/2013, de 17 de julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del Sector Público Foral; Norma Foral de Álava 5/2015, de 11 de febrero, de incorporación de cláusulas contractuales relativas a la compra pública socialmente responsable en la contratación del sector público foral y Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 33/2018, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento ejecutivo para la incorporación de cláusulas sociales, medioambientales y relativas a otras políticas públicas en el procedimiento de contratación de la Diputación Foral de Bizkaia (BOB de 22 de Marzo de 2018).

Estas normas incorporan la obligación de las Diputaciones de los Tres Territorios Históricos de incluir cláusulas sociales, entre ellas la obligación de subrogación, en los pliegos.

E) Ley 2/2026, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi: su art. 7 hace referencia a las competencias de las entidades locales y de los municipios respecto al uso del euskera.

Su párrafo 8 menciona el principio de no discriminación lingüística y en los contratos celebrados por las entidades locales, con inclusión de *las*

*cláusulas que sean precisas en cada supuesto.* El servicio se ha de prestar en condiciones lingüísticas equivalentes a las que sean exigibles a la administración titular del servicio.

**F) Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del Euskera.**

No hay mención expresa a la contratación pública, si bien su art. 5 desarrolla el derecho de los ciudadanos a relacionarse en euskera con las Administraciones Públicas y el art. 6, regula lo procedente sobre expedientes de la Administración.

Su art. 4 prohíbe cualquier discriminación por razones lingüísticas.

**G) Decreto 86/1997, de 15 de abril, de normalización del uso del euskera**

(BOPV N° 71, de 15 de abril de 2016).

En el artículo 18 d) hay una mención expresa a la contratación pública, **pero sí** debemos enfatizar que la implantación del euskera en el ámbito de las Administraciones Públicas, pasa por el establecimiento de planes de normalización negociados con la representación de los trabajadores, que sean progresivos, que respondan a la realidad sociolingüística y con dotación de medios para su efectividad, especial atención a las exenciones e índices de obligado cumplimiento.

En definitiva, en el ámbito interno de la Administración, la ley en general responde a los siguientes principios:

- **Adecuación:** el proceso de normalización ha de ser adecuado a los fines perseguidos, es decir, si las reglas sobre normalización en el contrato público van a responder al objeto del contrato.

- Equilibrado, proporcional al fin perseguido: perfil concreto.
- Razonable: en tanto ajustado a la realidad sociolingüística y a las funciones del puesto.
- Progresivo: no puede realizarse de un golpe, en una sola vez, sino que habrá de ir aumentando poco a poco los niveles de normalización.
- Exención por edad o por otra circunstancia acreditada.
- Gratuidad o al menos, mínimo coste del proceso de normalización para el trabajador.

H) **Orden de 30 de noviembre de 2005**, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, por la que se regula el servicio de capacitación lingüística que el Instituto Vasco de Administración Pública ofertará a los Entes Públicos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, y se establecen las normas reguladoras de las subvenciones por sustitución de personal al servicio de las administraciones municipales que asiste a los cursos de euskera. (BOPV 239, de 19 de diciembre de 2005).

Dicha norma insta al Gobierno Vasco a que se fijen fórmulas de financiación, vía subvenciones, para permitir la capacitación lingüística de su personal, encargándolo al IVAP.

Desde una política lingüística pública e inclusiva no encontramos razones para que este mismo tratamiento no se ofrezca a los trabajadores de las contratas, sin privatizarlo en las empresas y por lo tanto en los trabajadores y trabajadoras, al modo en que ocurre con IRALE para los trabajadores de las escuelas concertadas (propuesta de CCOO en la tramitación del nuevo Decreto de Perfiles lingüísticos).

l) Resolución 62/2023, de 16 de junio, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento, por la que se dispone la publicación (BOPV 117, de 21 de junio de 2023) del Acuerdo por el que se aprueban los criterios de uso de las lenguas oficiales en la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y en el resto de entidades que conforman el sector público adscrito a la misma. Sujeta a recurso- Se tendrá que pronunciar la Sala.

Este Acuerdo del Consejo de Gobierno, desarrolla en un punto 1.0.6, instrucciones sobre cláusulas lingüísticas de los contratos públicos suscritos en el Sector Público de la CAE, si bien enfocada a los contratos de servicios que tengan relación con la ciudadanía.

Establece que los contratos habrán de incluir cláusulas de obligación a las empresas licitadoras que podrían friccionar con las cláusulas sociales y otros derechos de los trabajadores subrogables, obviando cualquier referencia a los límites establecidos por la normativa laboral, que parece olvidar.

Con todo, introduce criterios de proporcionalidad, cuando señala:

«En los requerimientos relativos a la oficialidad de ambas lenguas, en los contratos que requieran atención a la ciudadanía o en los contratos que tengan por objeto la prestación de un servicio, se deberá garantizar en las prescripciones técnicas del contrato:

- a) Se garantizará el **principio de proporcionalidad** en función de las características, finalidad y destinatarios de cada caso.
- b) Estarán **vinculados a las funciones** que hayan de desempeñarse mediante el contrato.
- c) Podrán ser acreditados por la empresa con medios propios o ajenos.

En las condiciones de ejecución del contrato se podrán incluir los aspectos relativos a la lengua que se empleará en las relaciones entre la entidad contratante y la adjudicataria».

El **Informe 7/2021, de 25 de febrero, del Pleno de la Junta Asesora de Contratación Pública del Gobierno Vasco**, que se evacúa a petición del Departamento de Cultura y Política Lingüística, en relación con la propuesta de Acuerdo del Consejo de Gobierno sobre criterios de uso de las lenguas oficiales en el Gobierno Vasco previo a esta normativa, ya se opusieron reparos a dicho Acuerdo que no han sido atendidos, especialmente, porque podría interferir en el poder de autoorganización de la empresa.

En el **Informe 8/2023, de 4 de abril, del Pleno de la Junta Asesora de Contratación Pública**, avala la citada norma, pero hemos de adelantar que no encontramos en dicho Informe ni una breve referencia a normas tan sustanciales y determinantes como las cláusulas sociales ya apuntadas, lo que, insistimos, podría hacer la normacuestionable si confronta con el derecho de subrogación.

Consideramos que este Acuerdo no atiende al equilibrio y proporción ya apuntada por el Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, al ignorar el derecho de subrogación y otros derechos establecidos en la Ley, lo que podría hacerlo inaplicable, cuando traspase las cláusulas sociales.

Añado que informada dicha norma por Informe Jurídico relativo a dicha Propuesta, por los propios Servicios Jurídicos de G.V. se ha hecho notar lo siguiente en cuanto a los contratos públicos que la implantación de tales criterios debe venir establecida en la normativa de desarrollo, lo que al día de hoy no ocurre, por lo que estaremos a lo que resulte de la nueva regulación.

## II. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco núm. 417/2015, de 6 de octubre de 2015, Recurso nº 723/2014. Administración del Estado/Ayuntamiento de Errentería.

<<RESUMEN: No es debidamente asumida dicha regla cuando la normativa municipal mediante los “condicionantes de servicio” (en euskera o en ambas lenguas cooficiales) a incluir en los pliegos, y tendentes en suma a equiparar el régimen lingüístico de los concursantes y licitadores con el de la propia Administración municipal, sitúa tal exigencia en el marco de la solvencia técnica y posibilita incluso exigencias de competencia lingüística en el personal empleado equivalentes **a las que “de hecho se le exigen a las administración contratante”**, -f 11 y 12-, sometidos a pruebas y acreditaciones. Esa previsión y su desarrollo a lo largo de la normativa y sus anexos, no resulta compatible con el limitado y preciso objeto de las exigencias técnicas que el régimen jurídico de la contratación pública conlleva, ni posibilita una aptitud técnica que se desenvuelva en el campo del dominio de la lengua cooficial vasca.

[...]

Lo que no cabe, por tanto, y en principio, **es extender esa exigencia propia del acceso a la función pública, refiriéndola indirectamente al conjunto del personal al servicio de los futuros contratistas y adjudicatarios de obras y servicios**, y directamente a éstos. Antes al contrario, los elementos humanos que participan en esas convocatorias de adjudicación contractual ostentan el estatuto y la libertad de elección lingüística que la Ley de normalización de 1.982 atribuye a los administrados, —aunque se establezcan vínculos de especial sujeción con la Administración—, y no así el que ella, y su interpretación constitucional, otorgan a los poderes públicos>>.

No extensión de requisitos lingüísticos propios del acceso al empleo público a las contrataciones.

- Sentencia 512/2017, de 14/02/2017, del Tribunal Supremo, Recurso 464/2015, Abogacía del Estado recurre una Ordenanza del Ayuntamiento Lasarte-Oria, que había introducido requisitos lingüísticos a la contratación pública. Avala esta posibilidad, ya que la Abogacía no había alegado exceso en la regulación respecto al ámbito normativo que sirve de cobertura, pero no se enjuició el asunto a la luz de su confrontación con las cláusulas sociales, ya que se trataba de una Ordenanza general y además, el Tribunal Supremo recuerda que es la proporcionalidad la que marcará el límite en la implantación de tales requisitos.

Resumen: <<DECIMOSEXTO.- Así en cuanto a la infracción del artículo 14 de la Constitución se está ante una infracción genérica, sin razonar en qué medida la Ordenanza lo infringe, bien en perjuicio de los licitadores, bien de los usuarios. Como se ha dicho ya, se está ante servicios que son objeto de gestión indirecta y también se ha dicho que si la gestión fuese directa se estaría ante un problema referido para la cobertura de plazas de empleados públicos. Pues bien, al caso de autos le es aplicable, por analogía, la jurisprudencia referida a ese segundo aspecto que puede resumirse en estos términos:

1º- La regla general es que puede valorarse como mérito no eliminatorio el conocimiento de lenguas cooficiales diferentes al español.

2º- El conocimiento del idioma cooficial en los procesos selectivos forma parte del concepto de “mérito y capacidad” del artículo 103.3 de la Constitución, si bien su exigencia debe hacerse desde el principio de proporcionalidad, lo que se traduce en estar al tipo o nivel de la función o puesto a desempeñar.

3º- Es contrario al derecho de igualdad en el acceso a la función pública exigir un nivel de conocimiento del idioma cooficial autonómico **que no guarde relación alguna con la capacidad requerida para desempeñar la función de que se trate.**

4º- Por tanto, sólo para determinadas plazas cabe que sea eliminatoria la prueba de conocimiento del idioma cooficial de la respectiva Comunidad Autónoma, para así garantizar el derecho del administrado a usarlo ante la Administración.

5º- Es discriminatorio exigir el conocimiento del idioma cooficial para cubrir plazas no vinculadas directamente con la utilización por los administrados de ese idioma. **Esto exige valorar en cada caso las funciones asociadas a cada plaza** y el conjunto de los empleados de un determinado servicio. Por tanto, si no hay posibilidad de ejercer ese derecho por parte del ciudadano es cuando puede garantizarse que alguno de los empleados hable el idioma propio de la Comunidad, siempre desde el deber constitucional de conocer el castellano.

6º- De no mediar alguna de estas circunstancias rige la jurisprudencia que considera **discriminatoria la exigencia del conocimiento de los idiomas de las Comunidades Autónomas con carácter obligatorio, expreso o implícito.**

DECIMOSÉPTIMO.- Aplicada esa doctrina al caso y por analogía, la consecuencia es que se desestima la demanda en este punto pues debería haberse razonado, norma a norma, en qué medida la Ordenanza da lugar a un trato discriminatorio, en qué medida el resultado de su aplicación es la exclusión antijurídica de licitadores, en qué medida las previsiones de esa ordenanza exceden de lo deducible de la legislación autonómica sobre normalización y en qué medida, tomando en consideración servicios concretos y ac

tividades concretas, hay desproporción en las previsiones de la Ordenanza en cuanto a las exigencias del régimen de normalización

- **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco núm. 416/2022, de 24 de noviembre de 2022, recurso 952/2021. CCOO/Ayuntamiento de Barakaldo.** Estima parcialmente la demanda, dejó sin efecto la Resolución 159/2021, de 1 de octubre, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales, y anuló el pliego de condiciones técnicas del contrato de “Gestión de los servicios culturales de proximidad del Ayuntamiento de Barakaldo, y la ejecución de programas culturales de ciudad, tramitado por el Ayuntamiento de Barakaldo, en el concreto punto en que exige determinados perfiles lingüísticos de euskera a todos los trabajadores de la empresa contratista en el plazo de duración del contrato, de 2 años.

#### Resumen:

<<... Lo que no cabe, por tanto, y en principio, es extender esa exigencia propia del acceso a la función pública, refiriéndola indirectamente al conjunto del personal al servicio de los futuros contratistas y adjudicatarios de obras y servicios, y directamente a estos. Antes al contrario, los elementos humanos que participan en esas convocatorias de adjudicación contractual ostentan el estatuto y la libertad de elección lingüística que la Ley de normalización de 1982 atribuye a los administrados,—aunque se establezcan vínculos de especial sujeción con la Administración—, y no así el que ella, y su interpretación constitucional, otorgan a los poderes públicos.

Como ha dicho el TC a este respecto y para el ámbito local, “El art. 8.3 permite a los poderes públicos ‘hacer uso exclusivo del euskera para el ámbito de la Administración Local, cuando en razón de la determinación socio-lingüística del municipio no se perjudiquen los intereses de los ciudadanos>>.

No puede ser igual el nivel de exigencia al personal de la propia Administración que el exigido a la contrata. Cuando la Administración actúa como reclutadora o captadora de empleados el nivel de capacitación lingüística no puede ser igual que al personal de la empresa en el ámbito privado. Por cierto, en Barakaldo el ayuntamiento respetaba su índice de obligado cumplimiento para el funcionariado (29% en ese período de planificación), y en cambio exigió perfil al 100% del personal de la contrata, también al que no atendía al público.

En los pliegos falta Informe justificativo y sustento en la decisión.

Deja al margen la subrogación, el poder de autoorganización empresarial, la razonabilidad de la medida y el coste excesivo para los trabajadores subrogables.

**Sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco núm. 66/2023, de 17 de febrero de 2023, recurso 131/2022, estima la demanda y deja sin efecto la resolución 211/2021, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales, anulando los pliegos de contratación del servicio de transporte escolar para diversos itinerarios a los centros públicos de enseñanza promovido por el Departamento de Educación.**

En este caso, una licitadora impugna los pliegos entre otros motivos, por la inclusión de cláusulas lingüísticas en las condiciones especiales de ejecución, en particular, la relativa a las relaciones entre el contratista y la propia Administración, en la que el pliego establece condiciones lingüísticas, para que sean en euskera.

Se analiza, porque así lo opuso Gobierno Vasco, que la implantación de condiciones lingüísticas en el contrato se sustenta en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 13 de abril de 2021.

Se excluye esta normalización en la relación que los trabajadores o los gestores empresariales deban relacionarse con la propia Administración ya que ello de algún modo afecta a los trabajadores de la contrata y reitera la doctrina sobre distinción de trato al empleado público y al trabajador de la contrata.

Incide en el derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración en ambas lenguas cooficiales, ya que son los administrados los que cuentan con el derecho a dirigirse a la Administración en euskera o castellano, a su elección.

### III. CONCLUSIONES

1ª.- El equilibrio entre normalización y cláusulas sociales se ha de residenciar en las **cláusulas especiales de ejecución en los contratos del sector público**, respetando las finalidades previstas en el art. 202 de la Ley de Contratos, es decir, sin perder de vista el destino del suministro y la realidad de la demanda ciudadana de relacionarse en régimen de cooficialidad.

En la contratación pública, los poderes públicos buscan prestar servicios con la mejor calidad previo, no la promoción del euskera, que se residencia en ámbitos distintos.

No encontramos mención expresa en la normativa citada que avale la implantación de requisitos funcionales a los trabajadores como **requisito de solvencia o criterio de adjudicación**, como sí lo es la cláusula social, en tanto incide en la calidad-precio. La Ley no opta por considerar los requisitos lingüísticos como criterio de adjudicación, por lo que, de establecerse, requerirá de una **justificación razonable e informada, en atención a la finalidad de la cláusula, con expresión del índice de obligado cumplimiento, personal exento, demanda efectiva y medios**

de **capacitación**, de modo que los licitadores puedan valorar mediante cifras o porcentajes que puedan ser obtenidos a través de la mera aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos el coste del servicio (art. 126 Ley de Contratos).

2ª.- **La empresa contratista prestadora de servicios a la ciudadanía evidentemente tiene que cumplir sus obligaciones lingüísticas derivadas del régimen de cooficialidad, pero sin intromisión en el poder de dirección de la empresa:** el poder adjudicador no debe organizar internamente la empresa. Ésta puede optar por proporcionar con trabajadores propios que respondan a las condiciones lingüísticas previstas en el contrato administrativo sin incidir en las condiciones laborales de los restantes y con plena libertad. Tampoco en su poder de dirección: blindaje del despido, consecuencias del mismo.

Una posible solución, que acogió la Ley Navarra 2/2018, de Contratos Públicos, sería el establecimiento de un **plan de atención bilingüe razonable y proporcional elaborado por la contrata**, y que deberá estar **informado**, mediante una **medición de la demanda efectiva**, con perspectiva lingüística, en atención al usuario concreto al que va destinado el servicio público, sector de actividad y entorno social (en muchos servicios es posible registrar la preferencia lingüística de la ciudadanía, piénsese en la atención domiciliaria, que claramente no tiene las mismas necesidades lingüísticas en Bilbao que en Azpeitia).

En la citada Ley Navarra, se incluía –fue posteriormente derogado– que los órganos de contratación *<<establecerán como condición especial de ejecución la elaboración de un plan para garantizar la atención en euskera, con base en la realidad sociolingüística del ámbito territorial de actuación de la entidad contratante.>>*.

No resulta razonable que se prevea en la Orden de 30 de noviembre de 2005, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, por

la que se regula el servicio de capacitación lingüística ya citada medios económicos para regular la capacitación lingüística del empleado público y sin embargo, se haga recaer en la empresa este coste, que finalmente puede terminar repercutiéndose en el trabajador o disuadir a la empresa a su contratación, con la consiguiente discriminación o, incluso, en su máxima expresión, el despido, llevando a soluciones discriminatorias, ya sean visibles o invisibles.

3ª.- La implantación de los requisitos lingüísticos ha de respetar los siguientes **límites laborales**:

El **derecho de subrogación de los trabajadores** que ya vienen prestando el servicios como garantías de estabilidad en el empleo establecidas en los arts. 42 a 44 del Estatuto de los Trabajadores y la Directiva 2001/23/CE.

Si los requisitos lingüísticos impidieran u obstaculizaran la subrogación de los trabajadores de la empresa cedente, éstos o bien no pueden incluirse o bien habrán de venir acompañados del requisito en el expediente administrativo, consistente en que la empresa cedente realice un informe de impacto de la cláusula pretendida en la plantilla, de forma que se incluya como coste inevitable la formación del trabajador a cargo del órgano de contratación o mediante subvenciones a la contrata.

Las condiciones del **convenio colectivo** y pactos vigentes o contractualizados en los contratos ya suscritos a la fecha de la adjudicación, establecidos en la Ley de contratos y Leyes Vascas sobre cláusulas sociales.

Protección frente al **despido** de los trabajadores que no cuenten con la destreza lingüística establecida en los pliegos, por aplicación del art. 4 Directiva 2001/23/CE, art. 6 Estatuto de Autonomía, art. 14 CE principio de no discriminación, ofreciendo la opción a la empresa de participar

de las mismas subvenciones reguladas en la Orden de 30 de noviembre de 2005 o normativa que pueda aprobarse al respecto.

Ejemplo: un concreto pliego de condiciones de servicio de ayuda domiciliaria aprobado por el Ayuntamiento de Donosti, estableció un Anexo sobre condiciones lingüísticas de ejecución, que hacía mención expresa al personal subrogado, advirtiendo expresamente que la no acreditación del nivel lingüístico no sería impedimento para la contratación, estableciendo medidas concretas de oferta de cursos de nivel básico de euskera.

Despidos. En mi experiencia profesional estamos siendo testigos de numerosos despidos del personal subrogable a consecuencia de empresas que contratan con Administraciones Públicas.

En Bilbao, a 2 de febrero de 2024

# Normativa a cumplimentar para que la convocatoria de un proceso selectivo recoja la exigencia de un perfil lingüístico. Valoración de la última jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

Juan LANDA MENDIBE

Letrado del Ilustre Colegio de la Abogacía Alavesa y miembro de la Academia Vasca de Derecho

1.- Las disposiciones jurídicas de referencia, en nuestro caso, son naturalmente la Ley de normalización del uso del Euskera 10/1982 de 24 de noviembre (B.O.P.V. 160 de 16 de diciembre) y su desarrollo contenido en el Decreto 86/1997 de 15 de abril que regula el proceso de normalización del uso del Euskera (B.O.P.V. 72 de 17 de abril).

El marco en el que las mismas se conciben y contextualizan es el que proviene del artículo 3 del Texto Constitucional que prevé la cooficialidad de la lengua castellana y las lenguas autonómicas (el euskera en nuestro caso) cuyas modalidades lingüísticas constituyen un patrimonio cultural que ha de ser objeto de especial respeto y protección. Por referencia a la **lengua castellana** establece taxativamente que “todos los españoles tienen el **deber de conocerla** y el derecho a usarla”.

Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Gernika, destaca esta cooficialidad declarado que el Euskera es la lengua propia de la Comunidad Autónoma añadiendo, entre otras determinaciones, que “**nadie podrá ser discriminado** por razón de la lengua”.

Asimismo, resulta relevante la Carta Europea de Lenguas Regionales o Minorizadas, entre las que se incluye el Euskera (ratificada por el Estado Español –B.O.E. 15 de septiembre de 2001), que se integra en nuestro Ordenamiento Jurídico tal y como se declaró por el Tribunal Constitucional en su Auto 166/2005 imponiendo a los poderes públicos la adopción de medidas especiales para promover la igualdad entre los y las habitantes que utilizan las citadas lenguas minorizadas y el resto de la población. El Atlas de la Unesco de las lenguas del mundo en peligro (AMLPE) califica el Euskera como una **lengua minoritaria, vulnerable y en peligro en su propio territorio**, en una situación asimétrica respecto de la otra lengua oficial (el castellano).

II.- Al ceñirse el objeto de esta exposición a los procesos selectivos de acceso al empleo público, la norma a considerar al respecto la encontramos en la Ley 11/2022 de 1 de diciembre de Empleo Público Vasco (B.O.P.V. 245 de 26 de diciembre) que sin perjuicio de la legislación básica en la materia y coordinadamente con las disposiciones apuntadas en el apartado precedente, define los instrumentos de ordenación del empleo público en las Administraciones Públicas Vascas (amplio ámbito subjetivo de aplicación que comprende prácticamente a todo el Sector Público Vasco —artículo 3—) entre los que destacamos cara a esta exposición, las relaciones de puestos de trabajo (artículos 45 y 46); las plantillas presupuestarias (artículo 51); las Ofertas Públicas de Empleo (artículo 52) y por supuesto, los principios rectores del acceso como la igualdad, mérito y capacidad (artículo 70), los requisitos para poder presentarse a las pruebas

*Normativa a cumplimentar para que la convocatoria de un proceso selectivo recoja la exigencia de un perfil lingüístico. Valoración de la última Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*

(artículo 71) incluyendo, en su caso, el perfil lingüístico preceptivo, y las bases de la convocatoria correspondiente (artículo 79).

III.- Por su parte, no podemos dejar de citar también la Ley 2/2016 de 14 de febrero de Instituciones Locales de Euskadi que configura una amplia autonomía lingüística de las entidades locales atribuyendo a las mismas competencias y responsabilidades propias en materia de normalización lingüística (artículo 17). Interesa especialmente en esta síntesis expositiva, la cita al Decreto 179/2019 de 19 de noviembre del Gobierno Vasco (B.O.P.V. 223 de 22 de noviembre) de desarrollo de la mencionada norma legal en cuanto a la “normalización del uso institucional y administrativo de las lenguas oficiales en las instituciones locales de Euskadi”. Bien puede afirmarse que este Decreto 179/2019 ha constituido un auténtico caballo de batalla política y judicial en el campo de la normalización del uso del Euskera, por cuanto que fue impugnado tanto por Vox como por el Partido Popular dando lugar a la anulación de varios de sus preceptos y determinaciones a través de la Sentencias 435/2023 de 28 de septiembre (Ponente: Magistrado González Sáiz) y 440/2023 de 4 de octubre (Ponente: Magistrado Garrido Bengoetxea) de la Sala de lo Contencioso Administrativo —Sección 3ª— del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

IV.- Tomando como referencia y apoyo, precisamente, estas últimas resoluciones judiciales 435 y 440 del año 2023, advertimos que las mismas se hacen eco de las líneas esenciales de la cooficialidad lingüística marcadas por el Tribunal Supremo (sentencias 82/1986; 31/2020; 165/2013; 88/2017 y 11/2018) y que podemos resumir en las siguientes:

- La cooficialidad supone la igualdad entre ambas lenguas de modo que tanto la elaboración normativa como la actuación administrativa han de desarrollarse de modo que no se altere el equilibrio entre

*Normativa a cumplimentar para que la convocatoria de un proceso selectivo recoja la exigencia de un perfil lingüístico. Valoración de la última Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*

ambas de manera que **no puede haber predominio o superioridad de una sobre la otra.**

- Si bien resultan admisibles medidas correctoras tendentes a evitar la inicial postergación de una respecto de la otra, su posición inicial secundaria, ha de valorarse si con ellas es esto lo pretendido o si por el contrario se trata de dotar a una de ellas de preferencia en perjuicio de la otra.
- No es jurídicamente admisible imponer el uso estatutario preferente de la lengua cooficial en detrimento del castellano y tampoco la imposición del uso exclusivo de la lengua autonómica en el ámbito de la Administración Local en razón de la determinación sociolingüística del municipio, así como la exclusión total del castellano en el campo de la actividad administrativa de fomento.

V.- Nos movemos en el terreno desigual en el que el conocimiento de la lengua castellana constituye un **deber y su uso un derecho** (artículo 3 del Texto Constitucional) mientras que la cooficial lengua autonómica no tiene tal estatus de obligación y sí de derecho de uso. Y la normativa y jurisprudencia citadas en relación al **principio de cooficialidad** constituye el tronco común del que se analizan y juzgan numerosas disciplinas como son las de su extensión a la Educación, a las relaciones interadministrativas y de las entidades públicas con los particulares, procedimiento administrativo, contratación pública, Justicia, medios de comunicación ... y, por supuesto, las políticas de normalización lingüística. En relación precisamente a este último punto o disciplina, son varias las resoluciones (sentencias) del Tribunal Superior de Justicia que retomando la mencionada jurisprudencia analizan y resuelven sobre la legalidad de los planes de normalización del uso del euskera (previstos en el mencionado Decreto 86/1997 del Gobierno Vasco. Así la **Sentencia 238/2017** de 29

*Normativa a cumplimentar para que la convocatoria de un proceso selectivo recoja la exigencia de un perfil lingüístico. Valoración de la última Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*

de mayo (Ponente magistrada Margarita Díaz Pérez) que anula parte del Plan de Normalización del Uso del Euskera de la Diputación Foral de Gipuzkoa (acuerdo de 22 de diciembre de 2014). En su quinto fundamento jurídico en referencia a la posición disimétrica en la aplicación de ambas lenguas cooficiales, establece que una política de recuperación con acciones positivas en la búsqueda de una situación de igual “no lleva de suyo la disconformidad a derecho del Plan de Normalización, empero, siempre que en su proyección en el articulado respete el régimen de cooficialidad y no menoscabe los derechos lingüísticos de los castellanoparlantes”. Añade a continuación con invocación de las STC 86/1986 de 26 de junio y 31/2010 de 28 de junio, que la definición de una lengua autonómica como lengua propia “no puede justificar la imposición estatutaria del uso preferente de aquella lengua en detrimento del castellano... Sin perjuicio claro está de la procedencia de que el legislador pueda adoptar, en su caso, las adecuadas y proporcionadas medidas de política lingüística tendentes a corregir de existir, situaciones históricas de desequilibrio de una de las lenguas oficiales respecto de la otra subsanando así la posición secundaria o de postergación que alguna de ellas pudiera tener”. En términos similares puede consultarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sección 1ª) 404/2016 de 28 de septiembre de anulación parcial del Plan de Normalización Lingüística del Ayuntamiento de Zarautz (Ponente, magistrada Margarita Díaz Pérez), que reconoce la licitud del objetivo principal del Plan de reforzar y extender el uso del euskera como lengua de servicio y de trabajo del Ayuntamiento, “**siempre que se respete el régimen de cooficialidad euskara-castellano y no se menoscaben los derechos lingüísticos de los castellanoparlantes**”.

**VI.-** No hay más que leer las resoluciones judiciales del Tribunal Superior de Justicia en relación al citado principio de cooficialidad para

comprobar que la aplicación de unos criterios tan vagos conducen a decisiones casuísticas (valoraciones) cuanto menos discutibles máxime cuando nos enfrentamos a la interpretación de disposiciones generales (los planes de normalización por ejemplo y por supuesto el Decreto 179/2019 que hemos citado) que pueden interpretarse de manera acorde con los textos constitucional, estatutario y legales correspondientes de una manera integradora tal y como demanda el Ordenamiento Jurídico. Cuestión distinta es la de la aplicación incorrecta que pudiera hacerse que sí podría constituir vicio de legalidad por infracción de las normas de cooficialidad si ello se produjera.

**VII.-** Y esta indefinición por abstracción, de estos criterios jurisprudenciales se hace más evidente y notoria, si cabe, en el concreto tema sometido a nuestra consideración en esta exposición, a saber, **la exigencia del conocimiento del euskera en el acceso al empleo público al servicio de las Administraciones Públicas Vascas**. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se ha pronunciado en dos ocasiones específicamente en relación a esta materia, declarando la nulidad, por un lado de la base octava (exigencia del perfil 2) de la convocatoria de 19 de diciembre de 2017 del Ayuntamiento de Irún para la selección y provisión de doce plazas de agentes de la Policía Local (**Sentencia 152/2021** de 4 de mayo dictada por la Sección 3ª, siendo ponente doña Trinidad Cuesta Campuzano), y declarando igualmente nula la convocatoria y bases del procedimiento de cobertura de 34 plazas de cuidador-a de la Fundación Uliazpi de la Diputación Foral de Gipuzkoa a las que se asignaron perfiles lingüísticos (perfil 2) con preceptividad vencida para 32 de las mismas (**Sentencia 84/2023** de 24 de febrero de la Sección 1ª siendo ponente Juan Alberto Fernández Fernández). En ambos supuestos, en la primera instancia seguida en los Juzgados de la Contencioso Administrativo números 1 y 2 respectivamente, de Donostia-San Sebastián, los recursos

*Normativa a cumplimentar para que la convocatoria de un proceso selectivo recoja la exigencia de un perfil lingüístico. Valoración de la última Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*

habían ido íntegramente desestimados a pesar de lo cual, el Tribunal Superior revocó ambas sentencias en recurso de apelación.

**VIII.-** Estas dos sentencias tienen en común que basan la declaración de nulidad por vulneración de los derechos fundamentales de igualdad y acceso a empleos públicos (14 y 23 CE) bajo el prisma del que se ha denominado “bilingüismo objetivo” (STC 76/1983) según el cual la normalización del uso del euskera en el acceso al empleo público habría de abordarse desde el conjunto de cada administración, con la adopción de medidas de carácter organizativo que no supongan la traslación del deber de conocer a las personas empleadas. Sin embargo, como muy bien lo puso de relieve la Directora de Autogobierno del Gobierno Vasco, Begoña Pérez de Eulate en un informe emitido en la valoración de la Sentencia 152/2021 de Irún, esta inicial visión o perspectiva apuntada por el Tribunal Constitucional evolucionó en posteriores sentencias (STC 82/1986;46/1991...) en el sentido de que el conocimiento de ambas lenguas ha de inscribirse dentro, y no fuera, de los requisitos de mérito y capacidad que se tienen en cuenta para la provisión de los puestos públicos. De ahí la necesidad de establecer motivados y justificados perfiles lingüísticos y en su caso, fechas de preceptividad plaza por plaza y con el seguimiento de un exhaustivo procedimiento con informes preceptivos también del Gobierno Vasco, oídas así mismo las organizaciones sindicales (Decreto 86/1997 de 15 de abril de normalización del uso del euskera en sus artículos 7 y siguientes). Evidentemente, la exigencia de conocimiento de un idioma ha de analizarse constitucionalmente como cualquier otro requisito de acceso al empleado público, sometiéndolo a los parámetros o cánones de racionalidad y proporcionalidad pero referidos a los puestos de trabajo que han de desempeñarse y no, como se deduce de estas resoluciones judiciales, a la organización administrativa en su conjunto. Nos recuerda esta reflexión, por ejemplo, a cuando llamamos por

teléfono a la una administración pública y nos contestan que marquemos el uno si queremos ser atendidos en euskera evidenciando que no todos los que atienden las llamadas tienen capacitación para hacerlo.

**IX.-** A nosotros nos correspondió la formulación de los recursos de casación (simultáneos de carácter autonómico y estatal) frente a la mencionada Sentencia 152/2021 de Irún en cuyo proceso nos centraremos en este punto sin perjuicio de los aspectos comunes coincidentes con la Sentencia de Uliazpi como las relativas a que en los dos casos había planes previos de normalización lingüística vigentes que a su vez habían sustituido a varios precedentes. Igualmente, se habían aprobado las relaciones de puestos de trabajo correspondientes con bastante antelación a la convocatoria y en los mismos se habían incorporado los perfiles lingüísticos pertinentes de manera individualizada, con publicación de los mismos en los ejemplares de las fechas en cuestión del Boletín Oficial de Gipuzkoa, todo ello sin impugnación alguna hasta la fecha en que se promueve la convocatoria actualmente estos instrumentos de ordenación de los recursos humanos e hallan contemplados en los artículos 45 a 79 de la Ley 11/2022 de 1 de diciembre de Empleo Público Vasco).

**X.-** La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7) en Sentencia de 5 de febrero de 2014 (Recurso de Casación 2986/2012) produjo un cambio sustancial en la doctrina precedente al declara que las relaciones de puestos de trabajo no eran disposiciones de carácter general sino actos administrativos no susceptibles, por ello, de impugnación indirecta. Esta doctrina que se mantiene inalterable desde entonces, conlleva que una vez firmes las citadas relaciones de puestos de trabajo, las mismas resultan jurídicamente inatacables al igual que sus actos de reproducción (artículo 28 de la LJCA). Así lo declaró, por ejemplo, la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo

*Normativa a cumplimentar para que la convocatoria de un proceso selectivo recoja la exigencia de un perfil lingüístico. Valoración de la última Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*

del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su Sentencia 415/2014 de 8 de julio por ejemplo (recurso de apelación 191/2012. Ponente Luis Ángel Garrido Bengoechea) referida a la clasificación de un puesto de técnico coordinador deportivo (“no habiendo sido objeto de recurso dicha RPT, que no es más que un acto administrativo, ha devenido firme y con ello la clasificación del puesto en el grupo B”). Lo mismo consideró el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Donostia-San Sebastián al desestimar el recurso interpuesto contra la convocatoria del Ayuntamiento de Irún aunque, hay que aclarar que tal desestimación se hizo por el mencionado órgano jurisdiccional entrando en el detalle y en el fondo de la cuestión, destacando la prueba practicada y el modo en que en cumplimiento del Plan de Normalización se habían ido asignando los perfiles, individualmente, con el seguimiento de exhaustivos procedimientos y resoluciones diferenciadas, apartadas en el tiempo, y debidamente publicadas en el Boletín Oficial de Gipuzkoa. Pues bien, este aspecto vinculado a la firmeza de los actos precedentes a la convocatoria y su relevancia jurídica no merece ningún valor en las Sentencias de apelación de Irún y de Uliazpi ni tampoco en los recursos de casación interpuestos contra la primera de ellas. Concreta y sorprendentemente, en nuestra opinión, el Tribunal Superior en su Sentencia de Irún 152/2021 se hace eco de la jurisprudencia del Supremo que considera las relaciones de puestos de trabajo como actos administrativos excluyéndose por ello la posibilidad de reaccionar contra las mismas, resolviendo, no obstante, que ello “no puede servir para rechazar, de plano, la demanda planteada sin entrar a analizar el fondo del asunto” (absoluta falta de motivación además de este argumento).

**XI.-** La Sentencia 152/2021 (Irún) en la valoración del canon de proporcionalidad de la convocatoria cara al respeto de los derechos fundamentales de los aspirantes, centra sus motivos (últimos párrafos del

fundamento jurídico quinto) a partir del argumento de que un estudio realizado a instancias de la propia administración local que considera no cuestionado por la parte apelada, cifra la utilización del euskera como lengua vehicular en menos del 8% de la población. Matiza la Sentencia que con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho a relacionarse con la Administración Pública en euskera ha de garantizarse con independencia de la implantación del idioma (especialmente cuando se trata de una minoría según expresamente señala). Cierra sin embargo este argumento, planteando la cuestión de si para garantizar ese derecho de los ciudadanos es estrictamente necesario que todos los policías municipales conozcan el euskera concluyendo que no que la obligación no afecta a todos y cada uno de los empleados públicos sino a cada administración en su conjunto. Si consultamos el expediente administrativo, el mencionado estudio realizado por una consultora carecía manifiestamente de contenido científico pues se debía a observaciones (exploraciones) realizadas por empleados de la consultora como peatones en las calles de la Ciudad en unas fechas y horas aleatorias y sin rigor alguno.

**XII.-** Además, en la mencionada valoración del canon de proporcionalidad, la Sentencia 152/2021 concluye la vulneración jurídica, afirmando que “sería suficiente con que uno de los integrantes de cada pareja y alguno de los agentes que atiende al público conozca el idioma” inmiscuyéndose ostensiblemente en las facultades de organización propia de la Administración Municipal, insistiendo en la respuesta integral de la estructura administrativa en su conjunto, y ofreciendo un “argumento” claramente inconsistente. A pesar de ello, como veremos, tampoco esta cuestión ha merecido ni tan siquiera una mínima atención en los recursos de casación.

*Normativa a cumplimentar para que la convocatoria de un proceso selectivo recoja la exigencia de un perfil lingüístico. Valoración de la última Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*

**XIII.-** Como ya hemos señalado, formulamos los pertinentes escritos de preparación en la postulación del Ayuntamiento de Irún, y de manera simultánea, de los recursos de casación autonómico y estatal (artículos 86 a 93 LJCA tras reforma de 2016). El

30 de julio de 2021 el Tribunal Superior de Justicia los tuvo por preparados decretando la suspensión de la tramitación del autonómico hasta la resolución del estatal, y añadiendo su opinión (89.5 LJCA) de “**que debe admitirse el recurso de casación interpuesto toda vez que, de esta forma el Tribunal Supremo puede fijar doctrina sobre el alcance de la exigencia del conocimiento del euskera en el acceso a la función pública vasca**”.

A pesar de ello, el Tribunal Supremo (Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo ) a través de una simple providencia de 22 de septiembre de 2022, sin indicación alguna de la opinión del Tribunal Superior favorable a la admisión a trámite, lo inadmite con imposición de costas. Formulada acción de nulidad por nuestra parte dada, entre otras, la omisión de referencia a la mencionada opinión, la misma fue estimada por Auto de 20 de julio de 2023 aunque manteniendo la inadmisión del recurso. Similar suerte mereció el recurso autonómico a través de Auto de 13 de octubre de 2023 basado en el propio auto del Tribunal Supremo sin consideración alguna a la precedente opinión favorable a la admisión del propio Tribunal y sin adecuación ni aproximación alguna a la naturaleza autonómica de la Casación.

Inferimos de ello que, carecemos aun de una doctrina jurisprudencial sobre el alcance de la exigencia del conocimiento del euskera en el acceso al empleo público vasco (hecho implícitamente reconocido en su opinión por el Tribunal Superior de Justicia).

Que nos movemos, por ello, en valoraciones casuísticas, más que discutibles en nuestra opinión, y de unas consecuencias difíciles de evaluar

si nos atenemos a los años de demora en la resolución (en Irun ya son casi siete años desde la convocatoria) y a las personas y familias afectadas (en particular a las personas que efectivamente accedieron y ocupan los mencionados puestos de trabajo).

XIV.- Debemos ya cerrar esta exposición aun cuando cabría la realización de otras muchas observaciones. En nuestra opinión, y lo hemos podido observar a lo largo de más de cuarenta años de ejercicio profesional de la Abogacía, el tratamiento de la normalización del uso del euskera por los juzgados y tribunales evidencia una clara ausencia de sensibilización y conocimiento respecto de nuestro idioma. A penas he conocido una sola diligencia presencial (una testifical en Juzgado de Bilbao) que hayamos realizado en euskera al darse la circunstancia del conocimiento de la lengua por la magistrada interviniente al igual que por parte de todos y todas las intervinientes. Así y todo, en la misma el letrado de la contraparte absolvió sus preguntas en castellano. Preguntado después, explicó que lo hacía pensando en una posterior apelación caso necesario.

Eskerrik asko

# Situación jurisprudencial actual de la implementación del euskera como lengua de las administraciones públicas vascas y valoración de la misma

Sabino TORRE DÍEZ

Viceconsejero de Régimen Jurídico y  
miembro de la Comisión de Derecho Civil Vasco

Las resoluciones judiciales que afectan al euskera no creo que hayan experimentado por ahora demasiados cambios en lo cualitativo, pues en mi opinión mantienen su tono tradicional en las diatribas que llegan a judicializarse y a las que me referiré en mi intervención. La problemática y el tratamiento judicial es similar, salvo alguna llamativa decisión de estos últimos años en el TC. Sí creo que hay cambios en lo cuantitativo, al menos en lo que atañe a la jurisprudencia menor en el orden contencioso-administrativo, en una evolución lógica, propiciada por la implicación del euskera como uno de los referentes a tener en cuenta en los debates judiciales que suscitan los procesos de acceso al empleo público, y dado que está produciéndose un incremento notable de actuaciones públicas por los procesos de consolidación del empleo público que impuso la legislación europea y estatal. No me hago cargo de pronunciamientos ahora relevantes en relación con la contratación administrativa.

La implementación del euskera como lengua de las administraciones públicas vascas sin duda que tiene dos perspectivas principales: la relativa

a su régimen de cooficialidad, en esencia relativo a la validez jurídica plena de su expresión, y por otro, la relativa a su normalización como lengua, que tiene que ver esencialmente con su desarrollo y con la consecución de un proceso eficaz de expansión en cuanto a su conocimiento y uso social plenos.

El euskera es lengua de trabajo para esas dos perspectivas que atañen a las administraciones públicas, pues la administración pública es garante principal del alcance oficial y pleno en eficacia jurídica de toda expresión en euskera, y sin duda es también responsable de promover ese proceso social que facilite el desarrollo de la herramienta de comunicación que constituye cada lengua.

En cuanto al régimen jurídico aplicable al conocimiento y al uso de la lengua, todo debate parte de la realidad jurídica previa de que el art. 3 CE garantiza el derecho y la obligación de conocer y usar el castellano, remitiéndose a la legislación autonómica correspondiente respecto a la lengua propia cooficial. El art. 6 EAPV respecto al euskera, como ocurre con las demás lenguas cooficiales en otros territorios autonómicos, garantiza el derecho pero no así una obligación o deber.

Esa ausencia de “coacción”, dicho en un sentido positivo, tuvo su razón de ser en una cierta prudencia política que evitara las confrontaciones y permitiera procesos de normalización progresivos y cohesionados, pero sin perder de vista en el intelecto el recuerdo de la posición de las llamadas lenguas minorizadas, cuya desventaja requiere, para que pueda ser factible cualquier desarrollo expansivo, de mayores cotas de investigación y fomento. Ahora debemos ser más conscientes además de que se deben evitar las situaciones de confrontación, y de que poco podremos hacer en caso de colocar al euskera en luchas de confrontación, pues la STC que comentaremos incluso deja claro que considera que no hay espacios exclusivos de supremacía en la legislación europea e internacional.

En ese contexto, nos encontramos primero con la tesis de que tradicionalmente el TC ha validado las medidas de normalización o de fomento de las lenguas propias, rechazando las impugnaciones que pretendían el reproche del principio de igualdad. Y en igual sentido el TEDH. De modo que el derecho fundamental a la no discriminación por razón del uso de la lengua propia, frente a la lengua común, no se ve vulnerado por el fomento de la lengua propia, siempre que las medidas para una normalización sean proporcionales y razonables, dirigidas en suma a equilibrar o igualar un uso que es desigual por pura y evidente razón fáctica. La conflictividad siempre ha estado planeando en ese punto del equilibrio, del respeto mutuo.

Con estas breves referencias iniciales espero poder situarnos en el meollo de la valoración que se me pide sobre la situación que atraviesa la jurisprudencia relativa a la implementación del euskera, pues debo constatar que tras una etapa inicial de fijación del estatus de partida, que referencio a la aprobación de nuestra ley de normalización del año 1982 y al pronunciamiento del TC en 1986 sobre la misma, se abrió un amplio plazo de desarrollo de un proceso de normalización con más luces que sombras, aunque en todo caso con un nivel preocupante de conflictividad larvada, que se mantuvo a pesar de los avances en la perspectiva de la cooficialidad, prolongándose más allá del punto de inflexión que supuso la regulación más minuciosa del Estatuto de Autonomía de Cataluña y la STC que le acompañó en 2010.

Resultaría improductivo ahora hacer un repaso de los muchos pronunciamientos judiciales durante unos 30 años, pero para hacer mi valoración creo que debo reflejar una pincelada de cómo se posicionó el TC ante la tensión. Recordar que la STC del 86 ya se decantó por rechazar cualquier atisbo de prevalencia en el uso de la lengua y no avaló los argumentos del letrado del Gobierno Vasco que requería de una anhelada

necesidad de que el euskera dispusiera, en el plano o con ocasión del proceso de normalización, de espacios en los que pudiera fluir en solitario, todo ello dicho en un contexto de razonar sobre si se trataba de avanzar en una normalización real y no de laboratorio.

La STC de 2010 refrendó y mantuvo la posición, aunque dicha sentencia es más rica en las explicaciones sobre la dimensión que supone una cooficialidad real, para que no se quede en la retórica o la estética.

Pues bien, ahora sí podemos constatar que hay un cierto cambio importante en una nueva STC de julio de 2023, precisamente en el seno de un proceso propiciado por nuestra Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV, al que le cabe el papel de haber respaldado y vehiculado en su día las pretensiones de los partidos políticos de PP y VOX, en torno al tratamiento del uso del euskera en las administraciones locales vascas, que reguló la LILE en 2016.

La revisión indirecta de la ley vasca que supuso una cuestión de inconstitucionalidad originó un pronunciamiento del TC en el que apreció, primero cierto cabreo con nuestro TSJPV, porque tramitó defectuosamente el alcance de la cuestión, que se pretendía más amplia (sobre proscribir toda posibilidad teórica de uso en solitario del euskera).

El TC, sin embargo, más allá de no entrar al debate principal pretendido, sobre los límites del uso en solitario de una de las lenguas oficiales, optó por entrar al debate de un modo muy contenido, sólo respecto a cierta estricta situación del *ius in officium* de los miembros de las corporaciones locales, que refleja la posición del castellano respecto al euskera. Digamos que no supo o no pudo o no quiso hacer abstracción de conocer del teórico tensionamiento entre las lenguas cuando se comparan obsesivamente, y no sólo cuando se exagera con el cariño hacia una y el olvido para con la otra.

El TC optó por la salida a favor de un bilingüismo práctico un tanto absurdo, para evitar la tensión, lo que siempre es pan para hoy y hambre para un mañana que, en una cabal reflexión, no se nos escapa que la solución ante cualquier roce no puede ser la de exigir la presencia simultánea de las dos lenguas, pues una vida a doble columna acaba siendo imposible.

El pequeño gran detalle que aprecio en la STC, sin embargo, y en lo que más me interesa ahora, es que el TC llegó a negar virtualidad a la llamada “Carta de las lenguas minorizadas”, dejándonos en un vacío inexplicable, pues precisamente deja en el ostracismo la regulación de ese instrumento que prioriza las medidas para promover la normalización, en el sentido de advertir que no se puede interpretar que supongan ningún desequilibrio o falta de respeto a la lengua común. El TC me temo que tiene aquí una contradicción con sus primeros y principales pronunciamientos históricos.

### **Los pasajes de la STC que nos interesan son los siguientes:**

«Como se ha expuesto, el apartado segundo del art. 6 LILE, en el que se encuentra el inciso cuestionado, específicamente se refiere a los derechos lingüísticos de los miembros de las entidades locales. Dispone que [... diversa documentación ...] de los órganos de las entidades locales pueden ser redactados exclusivamente en euskera —si se opta por el uso del euskera por el referido ente local— y se condiciona su traducción o eventual redacción en forma bilingüe a que se alegue válidamente el desconocimiento del euskera por algún miembro de la entidad local. Con dicha exigencia se quiebra el equilibrio lingüístico entre las dos lenguas cooficiales al condicionarse el uso del castellano al desconocimiento del euskera, de modo que los derechos de libre opción en materia lingüística de quien representa a los ciudadanos en las entidades locales se restringen de forma injustificada.

Ha de señalarse que esta conclusión no puede ser enervada porque el precepto cuestionado establezca esta regulación “sin perjuicio de lo previsto en Ja Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización y uso del euskera”. Esta remisión no permite, a juicio de este tribunal, interpretar de modo distinto al expuesto el precepto cuestionado.

Finalmente, el Gobierno del País Vasco para apoyar la constitucionalidad del cuestionado precepto, se ha referido a la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, hecha el 5 de noviembre de 1992, y en vigor en nuestro ordenamiento jurídico tras su ratificación el 2 de febrero de 2001. Dicha Carta, que de acuerdo con nuestra doctrina proporciona pautas interpretativas de nuestro régimen jurídico lingüístico [STC 165/2013, FJ 14 a), con remisión al ATC 166/2005, de 19 de abril, FJ 4; también STC 56/2016, de 17 de marzo, FJ 5], tampoco apoya la constitucionalidad del precepto, pues como se ha indicado el condicionamiento impuesto para que se traduzcan los documentos a la lengua castellana o para que se pueda utilizar la redacción bilingüe de los mismos, en nada contribuye a los objetivos y principios que se mencionan en el art. 7 .2 de la Carta.

En conclusión, no es constitucionalmente admisible desde la perspectiva del art. 3 .1 CE, la prescripción de un uso prioritario del euskera que suponga un desequilibrio injustificado y desproporcionado del uso del castellano. Es por ello exigible que se respete la prohibición de establecer formalidades o condiciones que comporten cargas u obligaciones para poder ejercitar el derecho a la libre opción de la redacción en castellano de los documentos mencionados en el art. 6.2 LILE, sea mediante su traducción o el empleo de la forma bilingüe».

A partir de ese dato preocupante, me temo que encuentra abono un cierto rearme de posiciones en la larvada conflictividad del uso de las lenguas, cuya activación se ve facilitada por un contexto de acontecimientos, oportunos o inoportunos, que caminan en el mismo sentido de “favorecer” nuevos avances en el proceso de normalización. Y ahí veo que la jurisprudencia de nuestro TSJPV en el orden contencioso-administrativo está tomando posiciones que no es de extrañar generen sensaciones de contención —sino de oposición— al proceso de normalización. Esa percepción es más acusada e incluso más real dependiendo del agente social o político que se posicione al respecto.

Y esto lo tenemos que advertir en las 2 sentencias de nuestra Sala del año 2023 que prosiguen los procesos contenciosos instados por PP y VOX y que originaron la citada cuestión de inconstitucionalidad resuelta por el TC, sentencias que anulan diversos preceptos del Decreto que reguló el uso del euskera en la administraciones locales vascas de un modo singular, pues desoyen el marco debatido en el TC y se proyectan directamente contra los preceptos que admiten el funcionamiento en solitario del euskera por considerarlos contrarios a la CE, a pesar de no haber incurrido para el TC en ninguna infracción.

Pues bien, no seré yo quien le niegue ahora a la Sala el alcance de su jurisdicción, con la que obviamente pienso que sólo le cabía apreciar las infracciones contra la ley y no volver a rescatar el debate constitucional acabado en el TC.

Todo esto, más allá de la polémica, ha sido objeto de recurso de casación ya admitido. Veremos si se confirman las malas sensaciones.

En cualquier caso, toda sensación es sólo eso, percepción personal de todo punto legítima y apropiada, mientras que hay que advertir que la jurisprudencia no está hecha de sensaciones, sino de pronunciamientos puros y duros que unas veces avalan y otras entorpecen la tarea de construir el

proceso de normalización de una lengua. Cada pronunciamiento judicial arbitra entre las posiciones que le llevan las partes procesales y resuelve aplicando la ley, sin duda siempre con margen para las sensaciones plurales.

La cuestión está en la habilidad para llevar el debate hacia un enfrentamiento entre las consecuencias de uso de una u otra lengua, de tal manera que cualquier atisbo de subversión del equilibrio más puro se pueda interpretar como una ruptura del estatus jurídico, abriendo la caja de Pandora de una discriminación o vulneración del citado derecho fundamental a la no discriminación por razón de la lengua.

Avanzar en el proceso de expansión no siempre puede hacerse con exquisito respeto hacia un teórico equilibrio en el uso de las lenguas cooficiales, que es algo muchas veces dependiente de la mirada subjetiva y reitero que de la habilidad para llevar al debate judicial la posición relativa de los hablantes de una u otra lengua. La respuesta, no siempre fácil, es fallar sobre la pérdida de posiciones y, sobre todo, sobre la afección que los cambios producen en las situaciones jurídicas individualizadas, que es lo que es objeto de ponderación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Acabo con la mera evocación de los muchos contextos en los que cabe articular una pugna de posiciones que en muchos casos tiene consecuencias directas sobre los derechos de las personas en relación con el uso de la lengua. Hoy están en tremenda expansión los procesos sobre acceso a la función pública y en ellos es la configuración legal del derecho del art. 23.2 CE la que marca la pauta.

Una reciente STSJPV, de nuestra Sala de lo Contencioso-administrativo, se pronuncia así:

«...Siendo la pretensión de la demanda: [...] Anulación de la (convocatoria de acceso impugnada), por vulneración del derecho

*Situación jurisprudencial actual de la implementación del euskera  
como lengua de las administraciones públicas vascas y valoración de la misma*

fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos del art. 23.2 CE; y en consecuencia, reconocimiento de la situación jurídica individualizada consistente en que la Administración demandada, al efectuar nueva convocatoria para el acceso... limite las plazas en las que el conocimiento del euskera es un requisito a aquellas en las que sea imprescindible para garantizar el derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración en la lengua cooficial y en las que el conocimiento de dicha lengua sea necesario para el desempeño del puesto al que se accede, y en todo caso incluya como plazas en las que el conocimiento del euskera no es un requisito, todas aquellas en las que no haya quedado acreditado que el correcto desempeño de sus funciones concretas requiera el conocimiento del euskera, y, en particular, la plaza ocupada en la actualidad por la demandante, así como todas aquellas ocupadas por funcionarios interinos que no hayan acreditado el conocimiento del euskera y no hayan sido sancionados, advertidos o amonestados en el desempeño de sus funciones por no hacer uso de dicha lengua oficial [...].»

(Como podemos fácilmente intuir...la polémica está servida...)

La Sala acuerda desestimar la demanda y, a tal fin, nos recuerda que...

La Administración de la Comunidad Autónoma, al igual que el resto de administraciones a las que resulta de aplicación la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del Euskera, viene sujeta al mandato del legislador en orden a asegurar la efectividad del derecho de los ciudadanos a relacionarse en euskera o en castellano oralmente y/o por escrito con la Administración (art. 5.1.a y 5.3). Esta obligación se concreta en la adopción de las medidas tendentes a la progresiva euskaldunización del personal afecto a la Administración Pública en la Comunidad Autónoma del País Vasco (art. 14.1). Entre otras cosas, determinado las plazas para las que es preceptivo el conocimiento

de ambas lenguas (art. 14.2).

Lo particular de este proceso es que la Administración está obligada a ofrecer lo que la Ley 20/2021 permite e impone. Se trata de plazas que cuyo diseño consta en la relación de puestos de trabajo (RPT) y que están ocupadas de forma interina. La RPT es el instrumento para racionalizar y ordenar las estructuras internas de la Administración vasca; para determinar sus necesidades de personal, para definir los requisitos exigidos para su desempeño y para clasificar cada uno de los puestos de trabajo, de acuerdo con los criterios de eficacia, eficiencia y racionalidad organizativa (artículo 45.1 de la Ley de Empleo Público Vasco). Entre esos requisitos se encuentra el perfil lingüístico, como ejecución del Plan de Normalización vigente en el momento de su aprobación. Así lo prevé la Ley: Todos los puestos de trabajo existentes en las administraciones públicas vascas, sus instituciones y organismos, incluidos aquellos de naturaleza temporal o coyuntural, tendrán asignado su correspondiente perfil lingüístico, determinado según las características y necesidades comunicativas atribuidas a dichos puestos de trabajo y a las destrezas lingüísticas exigibles a dicho fin.

En consecuencia, no corresponde a la Orden por la que se convocan los procesos de consolidación de empleo (que la demanda identifica como objeto de este proceso) la definición de los perfiles lingüísticos de las plazas ofertadas. Este no es su objeto; ni la autoridad que adopta la Orden tiene competencia para ello, pues las relaciones de puestos de trabajo de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Euskadi y de sus organismos autónomos se aprueban por el Consejo de Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17 y 45.8 de la Ley de Empleo Público Vasco.

Aun cuando podría debatirse si con ocasión de la impugnación de un acto plúrimo, cual es la oferta de empleo, cabe la impugnación

*Situación jurisprudencial actual de la implementación del euskera  
como lengua de las administraciones públicas vascas y valoración de la misma*

del perfil asignado a las plazas ofertadas, nada de esto aparece en la demanda. La parte actora se limita a alegar que en el desempeño de sus tareas como funcionaria interina no ha requerido el uso del euskera, y que le parece contrario a Derecho que en el momento de acceder al proceso de consolidación de empleo muchas de las plazas a las que podría optar resultan estar perfiladas. El error aquí radica en pedir la aplicación del art. 11 del Decreto 86/1997 al porcentaje de plazas perfiladas en unas determinadas Escalas y Cuerpos entre las ofertadas por la Orden recurrida, cuando el contraste de legalidad debe establecerse con el porcentaje en el total de la plantilla de la Administración General de la Comunidad Autónoma. Es decir, la reiterada alegación de infracción del derecho constitucional al acceso al empleo público sin discriminación alguna debe sostenerse desde la perspectiva del conjunto de plazas que componen la RPT, y no puede segmentarse para cada una de las plazas convocadas al amparo de la Ley 20/2021, porque lo contrario supone ignorar la manera en que el art. 23.2 CE ha sido desarrollado por las normas propias de la Comunidad Autónoma.

Otra estrategia impugnatoria pasaría por examinar cada una de las plazas que componen una oferta de empleo para demostrar que no se ha cumplido el mecanismo de asignación de perfiles. Bien porque no se han observado los factores previstos en el art. 20 del Decreto (grado de aproximación del puesto de trabajo con respecto al público —destinatario, modo y frecuencia de dicha relación—; red de relaciones del puesto de trabajo dentro de la Administración —destinatario, características y frecuencia de las mismas—; carácter y tipología del servicio o unidad en el que se ubica el puesto de trabajo). Bien porque se han ignorado los criterios de prioridad o, en fin, porque se ha obviado el procedimiento previsto (con informe-propuesta de la Viceconsejería de Política Lingüística, consulta e información a sindicatos y organizaciones sindicales, respeto a las competencias del Consejo Vasco de la

Función Pública, etc.). Pero no ha sido esa la línea argumental de la parte actora.

La exigencia de acreditar un determinado nivel de conocimiento de la lengua vasca no es de suyo discriminatoria. Este Tribunal, en armonía con lo declarado por el Tribunal Constitucional, lo ha recordado en numerosas ocasiones,

...últimas sentencias de 2024 del TSJPV, en relación con los procesos de consolidación del empleo...

«[...] La norma legal contiene una regla general y varias excepciones. La regla es que vencida la fecha de preceptividad y no acreditado el perfil de la plaza, esta circunstancia deviene exigencia obligatoria para el acceso y desempeño del correspondiente puesto de trabajo. Por lo que, quien no acredita el perfil ni puede aspirar a la plaza ni puede permanecer en la misma. La exención que ahora interesa se limita a los casos en los que en la persona que no acredita el perfil se reúnen dos condiciones: a) alcanza la edad en la que se considera que el acceso al conocimiento de la lengua reviste una dificultad desproporcionada; b) es titular de la plaza perfilada. La excepción aparece prevista en las normas aplicables únicamente para el perfil preceptivo como condición de desempeño; pero no como condición de acceso. En consecuencia, el término de comparación seleccionado por la demanda no es relevante. No se produce una diferencia de trato entre sujetos que se encuentran en la misma situación, sino entre quienes se encuentra en situación diferente, pues unos desempeñan un puesto de trabajo y otros aspiran a acceder a un puesto de trabajo. Cualquier persona que quiera acceder a una plaza perfilada debe cumplir el requisito debatido, de modo que el trato que se dispensa es homogéneo. No concurriendo un término de comparación válido en la demanda, no resulta posible apreciar la discriminación que se alega...».

Es lo más complejo que voy a decir, pero quizás hemos llegado a un punto en el que avanzar en el proceso de normalización no será posible sin una nueva, creativa, eficaz y consensuada, sobre todo consensuada, integración de obligaciones, a fin de que la presencia de límites claros nos pudiera permitir el diseño y la aplicación de nuevos avances en las políticas públicas de normalización.



RESUMEN SEMINARIOS EL DECANATO  
DE REGISTRADORES DEL PAÍS VASCO



## Casos prácticos Seminario 5-07-2023

### [CASO PRÁCTICO 1]

Presentado un decreto de adjudicación en ejecución hipotecaria, se calificó por falta de manifestación acerca de la existencia de arrendamientos, y en su caso, notificación al arrendatario.

Se presenta ahora resolución judicial interesando la prórroga del asiento de presentación “hasta resolver la actual ocupación del inmueble litigioso con respecto a los moradores que podrían tener derecho a residir en el mismo”.

No esta prevista tal clase de prórroga del asiento de presentación en la legislación hipotecaria. Únicamente podría practicarse anotación preventiva por defecto subsanable conforme al art. 42.9 y 96 de la Ley Hipotecaria, por el plazo de 60 días, prorrogable, a su vez por un plazo de 180 días.

Entendemos, además, que es preciso que se solicite de modo expreso la práctica de dicho asiento, sin que pueda conducirse la solicitud a la vista de los términos en que está expresada.

### [CASO PRÁCTICO 2]

Un señor es propietario de una finca, por título de donación, donde se establece una prohibición de enajenar o gravar que figura inscrita. Se presenta ahora un pacto sucesorio con eficacia post mortem para la sucesión en dicho bien. ¿Puede inscribirse el pacto sucesorio o entra dentro de la prohibición de gravar la finca?

La prohibición de enajenar o gravar la finca no cierra el registro a la realización de actos de disposición *mortis causa*. Se produciría, en el presente caso, una nueva restricción en el ya reducido ámbito de disposición del instituyente. Pero, en cualquier caso, puesto que las prohibiciones deben interpretarse con carácter restrictivo, la prohibición de gravar no alcanza a la realización de actos *mortis causa* como es el pacto sucesorio con eficacia *post mortem*.

## Casos prácticos Seminario 6-09-2023

### 1. ¿La separación de un pertenecido respecto del caserío al que estaba adscrito, es un acto de segregación o de desvinculación? ¿Hay alguna diferencia a efectos de la necesidad de aportar la correspondiente licencia?

En esta primera cuestión analizamos si es necesario la obtención de licencia municipal, en los términos del art. 207 de la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo del País Vasco:

**Artículo 207.** Actos sujetos a licencia urbanística.

1. Están sujetos a la obtención de licencia urbanística, sin perjuicio de las demás autorizaciones que sean procedentes con arreglo a la legislación sectorial aplicable, los siguientes actos:

a) Las parcelaciones y segregaciones o cualquier otro acto de división de fincas o predios en cualquier clase de suelo, no incluidos en proyecto de reparcelación.

La posición mayoritaria considera necesario diferenciar según el pertenecido constituya una porción de terreno completamente independiente o sea colindante, bien con el caserío, bien con otro pertenecido.

En el supuesto de que el pertenecido configure una porción de terreno completamente independiente, que no linde con ningún otro pertenecido ni con el caserío, se entendería que la separación de un pertenecido es un acto de **desvinculación**. No hay fraccionamiento de terreno, por lo que no sería necesaria licencia.

En el caso de que el pertenecido colinde con otro pertenecido o con el propio caserío, la separación implicará un fraccionamiento del terreno, por lo que tiene la consideración de **segregación** y es preciso la autorización por la autoridad municipal; en este caso es necesaria licencia.

En posición minoritaria, hay dos corrientes opuestas:

- Considerar que los pertenecidos, en tanto que están formados con una superficie y unos linderos propios, constituyen por sí una parcela ya independiente, aunque registralmente se integren en la misma finca registral. De este modo, la separación de un pertenecido será siempre un acto de desvinculación que no precisa licencia.
- Entender que la realidad jurídica a partir de la cual debe considerarse el fraccionamiento es la finca registral, de modo que la separación de un pertenecido implica un fraccionamiento de un objeto jurídico previo que precisa siempre el control municipal y licencia, ya se trate de pertenecidos colindantes o auténticas islas.

## **2. ¿Es necesario que el pertenecido respete la superficie de la unidad mínima de cultivo para que pueda separarse (segrega/desvincula) de la finca registral de la que formaba parte?**

Paralelamente a lo señalado en el apartado anterior, la necesidad de respetar la superficie de la unidad mínima de cultivo se plantea en los casos en que se considere que nos encontramos ante un acto de segregación, pero no cuando estemos ante un acto de desvinculación.

La posición mayoritaria, por tanto, es considerar que el deber de respetar la unidad mínima de cultivo se plantea cuando el pertenecido lindaba

con la superficie de otro pertenecido o con el caserío, pero no cuando se trata de una superficie de terreno independiente.

Se plantea, además, la necesidad de que en la escritura se haga una manifestación expresa de que el pertenecido que se desvincula no colinda con ninguna otra superficie de la finca.

En caso de que del historial registral resulte que el pertenecido que se segrega es colindante con el caserío o con otro pertenecido, o que no se haga manifestación alguna en la escritura, debería remitirse a la Consejería de Agricultura para que manifieste si hay vulneración de la U.M.C.

En posición minoritaria, y según lo visto antes, será preciso control de la unidad mínima de cultivo siempre, por considerar que supone siempre una segregación, o en ningún caso, por considerar que nos encontramos en todo caso ante una desvinculación.

### **3. ¿Debe respetar la superficie de la unidad mínima de cultivo el resto matriz de la finca, cuando se extrae (segrega/desvincula) un pertenecido?**

Todo lo visto en el supuesto anterior, es aplicable respecto del resto de la finca. Si hay segregación, la necesidad de respetar la unidad mínima de cultivo se predica también respecto de la finca resto.

**4. ¿Puede reunirse la superficie de la unidad mínima de cultivo, mediante pertenecidos? ¿Es decir, puede considerarse que se respeta la superficie de la unidad mínima de cultivo cuando dicha superficie se reúne a través de terrenos que no sean colindantes entre sí, pero que forman una única finca registral?**

NO. De forma unánime se entiende que la superficie de la unidad mínima de cultivo no puede reunirse mediante diversos pertenecidos de superficie inferior. No debe admitirse tal posibilidad.

Como fundamento de derecho citamos el artículo 23 de la ley de modernización de explotaciones agrarias, según el cual «A los efectos de esta Ley se entiende por unidad mínima de cultivo, la superficie suficiente que debe tener una finca rústica para que las labores fundamentales de su cultivo, utilizando los medios normales y técnicos de producción, pueda llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características socioeconómicas de la agricultura en la comarca o zona».

Puede tratarse de varios pertenecidos que sean colindantes entre sí; en tal caso lo procedente sería agruparlo y formar una parcela única con unos linderos globales para la totalidad de la superficie, y no mantenerse como varios pertenecidos unidos.

Respecto de la inadmisibilidad de reunir la superficie de la UMC mediante la agrupación de varias porciones de terreno, la RDG 27 de noviembre de 2012: «Tanto la expresión del artículo 24 de la Ley de Explotaciones Agrarias como su finalidad, es la de prohibir la formación de “parcelas” inferiores a la unidad mínima de cultivo, sin exceptuar el supuesto de que esas parcelas formen una sola finca registral discontinua, pues ésta no se incluye entre las excepciones del artículo 25 de la propia Ley. En la escritura objeto de calificación se alude expresamente a la

formación de tres “parcelas”, por lo que la inclusión dentro de la prohibición del artículo 24, es clara, al haberse formado tres parcelas, dos de las cuales están muy por debajo de la unidad mínima de cultivo».

**5. La separación (segregación / desvinculación) de un pertenecido es un acto de segregación a efectos de exigir la representación gráfica georreferenciada que establece el art. 9.b) LH?**

Debemos diferenciar aquí varios aspectos:

PRIMERO, si el art. 9 a) exige la representación gráfica solo en los casos de segregación o también en los de desvinculación.

Según este artículo, es necesaria la inscripción de la representación gráfica georreferenciada siempre que «se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos».

Parece razonable entender que en los casos en que el pertenecido tiene ya una existencia autónoma de cualquier otra superficie de terreno de la finca registral de la que formaba parte, no hay ninguna *reordenación de terreno*, por lo que no sería preciso la aportación de la representación gráfica.

Por otro lado, podría entenderse que la representación gráfica es exigible para cualquier supuesto que habrá folio registral, y como tal sería exigible también en caso de desvinculación.

En este sentido parece pronunciarse la RDGSJFP de 1 de febrero de 2022: “Como ya afirmaron las Resoluciones de 2 y de 21 de septiembre de 2016, tal precepto debe ser interpretado en el sen-

tido de incluir en su ámbito de aplicación cualquier supuesto de modificación de entidad hipotecaria que conlleve el nacimiento de una nueva finca registral, afectando tanto a la finca de resultado como al posible resto resultante de tal modificación. Interpretarlo en sentido contrario conllevaría un régimen jurídico distinto en cuanto a la identificación gráfica de las mismas para la segregación frente a la división, siendo ambas operaciones registrales con idénticos requisitos tanto civiles como administrativos».

SEGUNDO, si es preciso la aportación de la representación gráfica es exigible solo para el pertenecido segregado (y en su caso también para desvinculada) o si es necesario también la georreferenciación del caserío y de cada pertenecido que permanezca en la finca matriz.

La Dirección General había mantenido en varias resoluciones la posibilidad de inscribir únicamente la representación gráfica de la porción que se inscriba y sobre la que se opere en el acto inscribible, sin que sea por tanto preciso que se aporte la representación gráfica de la finca resto. Admite esta posibilidad a la vista del art. 47 RH, en el supuesto de que se trate de fincas sobre las que se hayan podido producir varias segregaciones que no hayan accedido al registro, de modo que la representación gráfica que podría aportarse no coincidirá con la finca resto que figura inscrita.

Es el caso de la R. 6 de febrero de 2020: «Cuestión distinta, [...] es si se incumple la obligación de inscripción preceptiva de la representación gráfica georreferenciada de la finca, exigible conforme al artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria, aplicable en el caso de que la segregación hubiese accedido al Registro después de la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio. En tal caso, debe partirse de que en determinados supuestos se admite la inscripción de la segregación sin que conste la representación gráfica de la porción restante, cuando ello encaje en los supuestos previstos en

los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario cuando señalan que se hará constar la descripción de la porción restante (entendiendo incluida en ésta la representación gráfica de la finca) cuando esto «fuere posible»; imposibilidad que deberá valorarse en cada caso de modo objetivo, según ha reiterado esta Dirección General. Pero en tales supuestos, esta falta de inscripción de la representación gráfica del resto al tiempo de inscribir la segregación debe entenderse sin perjuicio de que tal representación gráfica sea exigible cuando se pretenda practicar en el futuro alguna inscripción sobre dicho resto de la finca».

Afirma, además, la DG que la posibilidad de no exigir la representación gráfica para la finca resto habrá de valorarse de modo objetivo en cada supuesto concreto: «Y ello por aplicación de la previsión del propio artículo 47 del Reglamento Hipotecario cuando señala que se hará constar la descripción de la porción restante (entendiendo incluida en ésta la representación gráfica de la finca) cuando esto “fuere posible”. Esta imposibilidad deberá valorarse en cada caso de modo objetivo, y, así, también podría entenderse que concurre cuando la constancia registral de la representación gráfica de una porción restante no pueda efectuarse por haberse calificado negativamente, como ocurre en el presente caso, siempre que ello no afecte a la calificación positiva e inscripción de la representación de la porción segregada». (RDGR 2 septiembre 2016).

Por su parte, la Resolución de 23 de septiembre de 2020, conjunta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y de la Dirección General del Catastro, por la que se aprueban especificaciones técnicas complementarias para la representación gráfica de las fincas sobre la cartografía catastral y otros requisitos para el intercambio de información entre el Catastro y el Registro de la Propiedad, establece en su apartado quinto, punto 4, lo siguiente:

«En las segregaciones, la regla general implica que habrá de inscribirse y coordinarse la representación gráfica georreferenciada tanto del resto de la matriz como de la porción segregada. Sin embargo, cuando se trate de fincas registrales con segregaciones o expropiaciones pendientes, que no hayan accedido al folio registral de la matriz y en las que no sea posible la determinación de la finca restante, la inscripción gráfica georreferenciada podrá limitarse exclusivamente a la parte segregada».

Conclusión: Hay acuerdo en que será exigible la representación gráfica cuando nos encontremos ante un acto de segregación, respecto de la porción segregada, pero no cuando se trate de un caso de desvinculación.

En cuanto a la representación gráfica de la porción resto, plantea especiales problemas el supuesto en el que dicha porción resto engloba un caserío junto con diversos pertenecidos.

Si bien es cierto que la posición actual de la DG sostiene la necesidad de exigir la representación gráfica tanto para la porción segregada como para la porción resto, también lo es que admite supuestos excepcionales en los que no sea posible aportar la representación gráfica de la finca resto y que el caserío vasco presenta particularidades que le apartan del régimen general previsto en la ley.

Por ello, parece razonable flexibilizar la exigencia de aportar representación gráfica de la finca resto, cuando, atendiendo a su configuración, resulte excesivamente dificultoso obtenerla, y en aras de facilitar el acceso al registro de la porción sobre la que se está actuando y del negocio jurídico documentado.

**6. ¿es inscribible un acto de segregación, o desvinculación de un pertenecido, cuando según catastro tiene la superficie de la unidad mínima de cultivo, pero según registro no alcanza dicha superficie?**

La superficie a partir de la cual debe considerarse la unidad mínima de cultivo debe ser en todo caso la registral.

Ahora bien, es posible que la parcela figure en el Registro con una medida superficial inferior a la real, —y, a su vez, la medida real, puede coincidir o no con la catastral—. En este caso el interesado debe solicitar la rectificación de la superficie, bien por el procedimiento del artículo 199LH o bien por el del artículo 201 LH y la Consejería podrá autorizar la desvinculación con referencia exclusivamente a la parcela correspondiente a la nueva medida superficial. De esta forma la desvinculación solo se conseguirá si prospera la rectificación superficial pretendida.

**7. En caso de segregación/desvinculación de un pertenecido, es necesario que se agrupen a otro caserío, o pueden formar por sí fincas registrales independientes? ¿Puede segregarse el caserío y permanecer como finca registral varios pertenecidos unidos pero sin caserío?**

Una vez separado de la finca, el pertenecido deja de ser tal y podrá formar una finca registral independiente.

Mayores dudas plantea el supuesto en el que se pretendan mantener en una finca registral varios pertenecidos, sin estar vinculados a un caserío:

- La posición mayoritaria es entender que el propio concepto de pertenecido exige su vinculación a un caserío. No pueden existir

pertenecidos, como tales, sin el caserío. Por ello, no puede mantenerse un grupo de pertenecidos unidos, como finca registral, si no es unidos o dependientes de un caserío.

Esto implica, que no cabe ni segregar el caserío dejando en una finca resto varios pertenecidos, ni segregar como una unidad varios pertenecidos. Sería posible, obviamente, si a continuación se agrupan a otro caserío.

• La solución que podría darse es que los distintos pertenecidos integren una explotación agraria que justifique la formación de una finca discontinua en los términos del art. 8 LH. Caben en este sentido dos interpretaciones:

- Entender que en tal caso es preciso que acrediten la formación de una explotación administrativa, con la documentación administrativa correspondiente.
- Entender que la unidad orgánica que contempla el art. 8LH no implica necesariamente una figura administrativa de explotación, pero sería en todo caso necesario que en la escritura se manifieste expresamente que los distintos pertenecidos configuran una unidad orgánica que justifica la finca discontinua.

Es reiterada la doctrina de la DGSJFP según la cual, para la formación de una finca discontinua no basta la voluntad del propietario, sino que es necesario que exista un motivo objetivo que lo justifique. No llega a precisar en qué consiste ese motivo objetivo ni cómo debe acreditarse, pero se refiere a ello en estas resoluciones:

RDG 20 enero de 2006, remitiéndose a otra de 1947: «Debe tenerse en cuenta también el criterio de la Resolución de 29 de octubre de 1947 que, tras reconocer que la práctica registral no ha exigido una prueba formal y rigurosa de la conexión económica

o unidad orgánica de explotación tratándose de fincas discontinuas, advierte del peligro que encierra dejar al ilimitado arbitrio de los interesados una materia como la del ingreso de las fincas en el Registro, que hiciera posible la inscripción como una sola finca de predios muy distantes entre sí, con diferentes cultivos y naturaleza, sin más nota común que la de pertenecer al mismo dueño».

RDG 27 de noviembre de 2012: «5. Aun prescindiendo de lo anterior, la formación de una finca registral discontinua exige, además, otros requisitos [...], no siendo suficiente la mera voluntad del propietario sin base objetiva suficiente para que se constituya una unidad de finca. El mero hecho de que las tres parcelas estén previamente arrendadas en contrato de arrendamiento rústico inscrito en la finca matriz no es causa suficiente para formar por segregación una finca discontinua formada por tres parcelas, pues el contrato de arrendamiento es de carácter temporal y en cualquier momento puede quedar extinguido, siendo inadecuado para fundar una vinculación permanente necesaria para la finca discontinua. [...]. Al propio tiempo, para la formación de finca registral discontinua se exige que exista una relación o conexión de dependencia de alguna de las porciones con la finca o fincas que se consideren principales, por acreditarse objetivamente que están en una situación de dependencia o servicio con la misma de carácter permanente por razón de la propiedad y no por un arrendamiento. O caso de no poderse hablar de porción principal y dependiente, que las dos porciones se encuentren en situación objetiva de mutua dependencia o servicio común de fincas resultantes de la titularidad de la propiedad y no del mero arrendamiento».

Hay una resolución de la DGSJFP de 23 de abril de 2005, que admitió la segregación de dos pertenecidos y que configuraran una finca registral independiente: «lo cierto que el examen del historial registral de la finca matriz revela que los dos montes cuya segregación como finca única

se pretende constituyeron, antes de su agregación al caserío matriz, una única finca registral, por lo que la relación de vinculación o dependencia entre ellos resulta del propio registro».

Parece que hace referencia a un supuesto concreto en el que los dos pertenecidos ya configuraron una finca registral incluso antes de unirse al caserío, por lo que su admisibilidad debería limitarse a este supuesto.

## Casos prácticos café hipotecario

20-09-2023

[CASO PRÁCTICO 1]

**Si en un expediente de dominio para la inmatriculación de una finca, en base al párrafo segundo de la regla sexta del artículo 203 de la Ley Hipotecaria, por causa de oposición hubiese el Notario dado por concluso el expediente y archivado las actuaciones, ¿puede ahora reabrirse el expediente, por entenderse superada la causa de oposición —el propietario de la finca colindante ahora es otro—, o por el contrario debe iniciarse un nuevo expediente?**

Se entiende que una vez cerrado el expediente no es posible su reapertura, sino que es necesario el inicio de un nuevo procedimiento, con un nuevo número de protocolo correspondiente al nuevo expediente. El art. 203 habla de conclusión del procedimiento y archivo de las actuaciones notariales, y no contiene referencia alguna a la posible reapertura en caso de que se den nuevas circunstancias. Por ello, se entiende que es necesario el inicio de un nuevo expediente.

## [CASO PRÁCTICO 2]

**¿Puede el contador partidor dativo notarial redefinir el objeto legado para ajustarse a la normativa urbanística o medioambiental? En un testamento, el causante define los objetos legados, siendo los mismos partes de fincas registrales que identifica a través de un plano. Dichas fincas no respetan la unidad mínima de cultivo, por lo que se ha planteado una nueva distribución respetando la referida unidad mínima. Ahora bien, los herederos al no recibir bienes y uno de los legatarios (éste por disconformidad con el objeto) no van a firmar la escritura, por lo que se plantea si la aprobación notarial es suficiente, o si es necesario en todo caso el consentimiento de los legatarios afectados por la alteración.**

Las facultades del contador-partidor deben limitarse a las operaciones de contar y partir, y dentro de estas no puede entenderse comprendida la modificación del objeto de un legado. Si bien debe interpretarse la voluntad del testador, esta facultad no puede extenderse a interpretar y decidir cuál hubiera sido la voluntad del causante ante circunstancias que no se dieron durante su vida. Esta alteración del objeto del legado excede de las facultades del contador partidor, por lo que sería preciso el acuerdo por parte de los integrantes de la comunidad hereditaria.

## CUESTIONES SOBRE UNIDAD MÍNIMA DE CULTIVO

- 1. Un caserío se constituye en propiedad horizontal, dando lugar a dos elementos, a cada uno de los cuales se atribuye el uso exclusivo de una parte del terreno que rodea el caserío. ¿Es necesaria licencia municipal que autorice expresamente el fraccionamiento del suelo? ¿Se trata de un fraccionamiento de suelo rústico a efectos de unidad mínima de cultivo?**

No puede darse una respuesta única, ni la da la DGSJFP, de si se trata de un supuesto de fraccionamiento o no. Debe atenderse a las circunstancias concurrentes en cada caso. Ello no obstante, la distinción que establece la DG gira entorno a la existencia o no de elementos comunes, además de la superficie sobre la que se atribuye el uso exclusivo; si se agota íntegramente la superficie de la parcela, distribuyendo el uso de la misma de forma exclusiva entre los distintos elementos, y además con salida independiente a la calle de cada uno de estos elementos, considera que hay un auténtico fraccionamiento del suelo.

En este sentido la Resolución de la DGSJFP de 12 de julio de 2022: «La asignación del uso singular o privativo de determinados elementos comunes o porciones de los mismos, tan frecuentes en el caso de azoteas o patios como en el de zonas del solar no ocupadas por la construcción, no altera esa unidad. Ciertamente, la propiedad horizontal tumbada puede encubrir en algunos casos situaciones de fraude, pues bajo la apariencia formal de una propiedad horizontal tumbada se pueden esconder auténticas segregaciones o divisiones de terreno, proscritas por la ley. En cualquier caso, lo relevante es que, en los regímenes de propiedad horizontal tumbada, el suelo permanece común.

[...] En el presente expediente, como señala el registrador, concurren circunstancias que pueden considerarse reveladoras de la existencia de una parcelación. En primer lugar, la asignación de uso exclusivo que se atribuye a los propietarios de las respectivas viviendas que integran la división horizontal, en relación con las respectivas parcelas que ahora se describen en la escritura con expresión de superficie, pues se dice que cada una tiene como anejo el uso y disfrute exclusivo de la parcela elemento común de superficie 497,875 metros cuadrados que rodea la edificación por todos sus lados. En segundo lugar, se expresa que cada elemento tiene su entrada independiente definida por su calle y número respectivo. En tercer lugar, la distribución del uso del suelo común agota la totalidad de la parcela, pues ambas se describen con 78,75 metros cuadrados de superficie construida y el resto de parcela de 497,875 metros cuadrados; sumando en conjunto los 1.153,25 metros cuadrados que resultan de la reciente medición de la finca.

[...] En el presente caso puede concluirse que a pesar de que el suelo tiene formalmente la condición de elemento común de la propiedad horizontal según su estatutaria y que en principio únicamente se asigna el uso exclusivo de una concreta superficie de parcela en que se ubica cada vivienda, superficie superior a la ocupada por cada edificación, la atribución a cada uno de los elementos privativos del uso exclusivo de una determinada parcela de terreno, de manera que se agota la superficie de la finca no ocupada por las edificaciones, pugna frontalmente con la consideración del legislador de ser elementos comunes los necesarios para el uso y disfrute del edificio, indivisibles e inseparables, de forma que tal atribución implica una efectiva división del suelo sujeto a licencia urbanística, salvo que el órgano competente estime su innecesariedad lo que deberá acreditarse debidamente.

Es cierto que la realidad de este tipo de edificaciones en forma de división horizontal puede requerir de la existencia de pactos

que permitan diferenciar zonas de uso exclusivo de las respectivas viviendas de modo que permitan una explotación racional del suelo coherente con esa tipología constructiva, sin que por ello se vea afectada la unidad de la finca. Por ejemplo, cuando se configuran zonas comunes destinadas a accesos, jardín e instalaciones comunes y elementos privativos compuestos por edificación que tienen asignado el uso de concretas porciones de suelo adyacentes a los mismos, bien porque se estipule así en los estatutos comunitarios bien porque se configure como anejo del elemento privativo. No obstante, la variedad de situaciones que pueden plantearse impone su examen específico particularmente cuando no resulta acreditada la autorización administrativa en la que pueda estar amparada dicha configuración jurídica en la medida que pueda suponer un acto de parcelación ilegal siquiera de modo indirecto, en los términos antes expuestos y contemplados expresamente por el legislador —artículo 26 de la Ley de Suelo—».

## **2. En caso de que una finca se halle atravesada por un camino público, ¿es posible la segregación a efectos de unidad mínima de cultivo?**

Entendemos que debe ser posible la segregación, porque ya se ha producido de hecho al quedar dividida en dos porciones independientes.

Para la definición de la finca registral, atiende la DG como punto de partida, a la identificación entre el concepto físico y el tabular, entendiendo por tanto que una porción de terreno independiente delimitada por una línea poligonal cerrada es el supuesto normal de apertura del folio registral.

En el caso de que una finca sea atravesada por un camino público, se quebraría la regla anterior.

### 3. En el supuesto anterior, ¿es posible mantenerlas como una única finca?

En principio, debería tratarse de dos fincas completamente independientes.

No obstante, ha permitido la DG en alguna ocasión configurarlo como una única finca, si queda demostrada la vinculación de destino de ambas.

Es el caso de la Resolución de 20 enero de 2006: «La única especialidad que plantea el presente supuesto, esto es que la línea poligonal no cierra íntegramente la finca porque la divide en dos porciones un camino público, no debe ser obstáculo a su consideración como finca única pues obviamente no existe ahora el peligro que denunciaba la Resolución de 1947. En efecto, es manifiesta la voluntad de los interesados de inscribir la finca como única; de la misma acta de notoriedad para la inmatriculación que se acompaña al título calificado resulta que es tenuta notoriamente en ese concepto; y de la propia descripción de la finca, contenida en el acta de notoriedad y en la escritura de adjudicación de herencia, y de las certificaciones catastrales que se unen se deduce que existe una sustancial unidad de cultivo —almen-dro seco— entre las dos porciones en que el camino público divide la finca. Por otra parte, el requisito del cierre completo de la línea poligonal no es regla sin excepción en nuestro Código Civil, como lo muestra su artículo 388 que, al regular el derecho del propietario a cerrar o cercar sus heredades, deja a salvo las servidumbres constituidas sobre las mismas, que pueden tener por objeto —artículo 549— tanto la utilidad pública como el interés de los particulares. Y otros artículos del propio Código, entre ellos los que se citan en los vistos, aceptan supuestos de finca única con porciones separadas, porque indudablemente la existencia de unidad orgánica y funcional ente las distintas porciones resulta de las circunstancias en que se produce la separación.»

#### **4. En caso de que se califique parte de una finca como urbana, si la parte restante es rústica, pero inferior a la unidad mínima de cultivo, ¿es posible la segregación de la finca?**

En el caso de que parte de una finca sea calificada como urbana, la segregación entre la parte urbana y rústica no puede vulnerar la unidad mínima de cultivo, porque no hay fraccionamiento de suelo rústico, aun cuando la parte rústica restante sea inferior a la UMC.

Entendemos que se trata de un supuesto semejante al que prevé el apartado d) del art. 25 de la Ley de modernización de explotaciones agrarias de 1995, al hablar de la expropiación forzosa. La formación de una finca rústica de superficie inferior a la unidad mínima de cultivo no derivaría del acto de segregación, sino de la propia calificación como urbana de una parte de la finca.

#### **5. Supuesto de la segregación “antigua”**

Admite la Dirección General la posibilidad de legalizar, y por tanto inscribir, una segregación sin licencia, si se acredita una antigüedad tal que acredite que ha transcurrido los plazos en los cuales podían adoptarse medidas para el restablecimiento de la situación previa. Pero esta posibilidad pasa por que sea declarada la innecesariedad de la licencia por el propio Ayuntamiento.

Así se analiza, entre otras, en Resolución de la DGSJFP de 19 de octubre de 2020: «Esta Dirección General en su Resolución de 17 de octubre de 2014 reconoció la analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no sólo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, aplicable también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio

ha de tomar el registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento, admitiendo la inscripción de una segregación practicada en el año 1974, por acompañarse una certificación administrativa en la que se manifestaba que «consta segregada con su configuración actual desde el catastro de 1986, no se ha podido localizar en los archivos municipales la Resolución de licencia, no obstante por el tiempo transcurrido la posible infracción estaría prescrita», añadiendo esta Dirección General que «no bastaría con constatar que haya prescrito la posible infracción, sino que es preciso que, además, no sea posible ya el ejercicio de potestades de protección de la legalidad urbanística que hubiera podido infringirse, ya que, como establece claramente el artículo 203 de la misma Ley [de Madrid], «las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística son independientes de las sanciones cuya imposición proceda por razón de la comisión de infracciones tipificadas en la presente Ley». Esta doctrina fue reiterada en Resoluciones de 5 y 26 de mayo de 2015, en las que el Ayuntamiento declaró la innecesariedad de licencia, pues «la fecha de otorgamiento del título es anterior a la entrada en vigor de la Ley 4/92 de la Generalitat Valenciana».

Cabría plantearse si esto debe hacerse extensivo también a efectos de la formación de una finca de superficie inferior a la Unidad Mínima de Cultivo. Acreditada la antigüedad de la parcelación, el transcurso del plazo en el que pueden adoptarse medidas para el restablecimiento de la situación anterior a la parcelación, y consecuentemente declarada la innecesariedad de la licencia, en nuestra opinión, debería mantenerse la posición favorable a dicho fraccionamiento.

## 6. Segregación para compra de un colindante:

Se trata de una excepción prevista en el art. 25 letra de la Ley 19/1995 de Modernización de las Explotaciones Agrarias, siempre que como consecuencia de la división o segregación, tanto la finca que se divide o segrega como la colindante, no resulte de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.

Por tanto, no habría inconveniente en autorizar la segregación.

La ubicación de las parcelas para justificar la colindancia de las parcelas debería llevarse a cabo mediante la georreferenciación de las mismas, requisito que en todo caso se exigirá para la inscripción conforme a los arts. 9 y 10 de la Ley hipotecaria.

## 7. Diferente tratamiento entre fincas catastrales y registrales.

El dato jurídico sobre el objeto jurídico sobre el que se está operando es el que consta en el Registro de la Propiedad. Por tanto, debe atenderse a lo que figure en el Registro. En el caso de que se autorizara sobre la base de los datos catastrales, para su reflejo registral se exigiría previamente la adecuación de la información registral por los procedimientos del Título VI de la Ley Hipotecaria a lo que figura en la autorización. Solo en la medida en que coincida la situación de partida sobre la que se ha manifestado la autorización con lo que figura inscrito en el Registro, podría inscribirse el nuevo acto.

### **8. Asignación de terrenos no continuos a una casería.**

En la medida en que puedan constituir pertenecidos del caserío, será admisible su agrupación y su inscripción registral como finca única. Así lo reconoce en todo caso el art. 12 de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco.

# Casos prácticos café hipotecario

18-10-2023

[CASO PRÁCTICO 1]

PACTO SUCESORIO CON EFICACIA DE FUTURO

**En el Registro de la Propiedad consta inscrita una donación de bienes con eficacia post mortem en virtud de una escritura pública en la que se estipuló dicho pacto sucesorio con la comparecencia del instituido y del instituyente. Se plantea qué hace falta para reflejar el fallecimiento del instituyente y consolidar el derecho del instituido.**

Para el reflejo del fallecimiento del causante y consolidar la transmisión efectuada mediante pacto sucesorio con eficacia post mortem, son necesarios los siguientes requisitos:

- Instancia privada, con firma legitimada notarialmente o ratificada ante el Registrador, en la que se solicite la consolidación de la adquisición por fallecimiento del instituyente.
- Certificado de defunción del instituyente expedido por funcionario competente del registro civil.
- Acreditación de la presentación de la instancia en hacienda a efectos de la liquidación del impuesto correspondiente de sucesiones y donaciones.

A efectos de la liquidación del impuesto de sucesiones y donaciones, hay que tener en cuenta la NORMA FORAL 4/2015, de 25 de marzo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones:

**Artículo 4.** Hecho imponible.

Constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio. b) La adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito e «inter vivos».

**Artículo 5.** Títulos sucesorios.

Entre otros, son títulos sucesorios a los efectos de este Impuesto, además de la herencia y el legado, los siguientes: a) La donación «mortis causa». b) **Los contratos o pactos sucesorios, independientemente del momento en que opere su eficacia.**

A estos efectos, solamente tendrá carácter de título sucesorio el pacto sucesorio con eficacia de presente que suponga la atribución de la titularidad de un bien singular en el supuesto en que esa atribución sea parte de una disposición más amplia en la que, al menos, debe concurrir otro elemento vinculado con la designación hereditaria en un instrumento paccionado respecto de otros elementos patrimoniales diferentes. En otro caso, tendrá el carácter de negocio jurídico gratuito e «inter vivos». No obstante, no se exigirá el contenido adicional a que se refiere el párrafo anterior para que un pacto sucesorio con eficacia de presente tenga carácter de título sucesorio en el caso de que el bien singular cuya titularidad se atribuya sea el único elemento integrante del patrimonio del instituyente.

**Artículo 17.** Devengo.

1. En las **adquisiciones «mortis causa»** y en los seguros sobre la vida, el Impuesto se devengará **el día del fallecimiento del cau-**

**sante** o del asegurado o cuando adquiera firmeza la declaración de fallecimiento de la persona ausente, conforme al artículo 196 del Código Civil. En las herencias que se defieran por «alkar-poderoso» o poder testatorio, el Impuesto se devengará cuando se haga uso del poder con carácter irrevocable o se produzca alguna de las causas de extinción del mismo. En el supuesto de **pactos sucesorios con eficacia de presente** y de pactos sucesorios de renuncia definidos en el artículo 5 de esta Norma Foral, **se devengará el impuesto en vida del instituyente, cuando tenga lugar la transmisión.** En los supuestos de adquisiciones mortis causa en las que de acuerdo con lo previsto en el artículo 1006 del Código Civil, el transmisario sucede directamente al causante, el Impuesto se devengará el día del fallecimiento del transmitente.

[CASO PRÁCTICO 2]

SUBROGACION ACREEDOR HIPOTECARIO: REQUISITOS

**Se analizan los requisitos para la inscripción de la subrogación de acreedor en los préstamos hipotecarios ante la nueva redacción del artículo 2 de la ley 2/1994 de 30 de marzo tras la reforma por el art. 11.2 del Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, así como algunas cuestiones que plantean estas operaciones:**

**¿Debe de acreditarse que se ha efectuado la notificación y el requerimiento por la oferente a la antigua acreedora, así como su fecha y la forma en que dicha notificación se haya efectuado? ¿La notificación debe de ser fehaciente? ¿Basta la notificación por correo electrónico?**

**¿Debe de manifestarse si ha transcurrido el plazo de 15 días sin haberse enervado la subrogación por la primitiva entidad?**

**¿Debe de manifestarse si la antigua acreedora ha expedido la certificación con la cantidad pendiente de pago o si, por el contrario, esta ha sido calculada por la nueva entidad bajo su responsabilidad?**

**¿Debe de incorporarse a la escritura un resguardo de la cantidad transferida con finalidad solitaria?**

**¿Qué otros requisitos deben de cumplirse, en su caso?**

1. Enumera el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios los trámites en orden a lograr la subrogación por el deudor del acreedor de un préstamo hipotecario.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en resoluciones de once de diciembre de dos mil veinte y de trece de septiembre de dos mil veintidós, sintetiza dichas operaciones de la siguiente manera: 1) Oferta vinculante de la nueva entidad de crédito al prestatario, la cual, una vez aceptada por éste, debe ser notificada a la entidad acreedora titular registral de la hipoteca. 2) Emisión por esta última, con carácter obligatorio, de un certificado del débito, en el plazo máximo de 7 días desde la efectiva recepción de la oferta vinculante. 3) Posible oferta novatoria de la anterior entidad acreedora (ya no tiene, como antes, derecho a enervar la subrogación), emitida en el plazo máximo de 15 días naturales desde la entrega del certificado del débito (plazo durante el cual no podrá otorgarse la escritura de subrogación). 4) Pago por la nueva entidad a la antigua del débito certificado por ésta (debe aportarse al notario un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria, pues

necesariamente tal resguardo debe incorporarse a la escritura; siendo de la exclusiva responsabilidad del nuevo acreedor la coincidencia entre la cantidad transferida y la deuda efectiva, pudiendo ejercitar el antiguo acreedor, caso de discrepancia, tanto el derecho que el art. 1213 CC le reconoce de reclamar la cantidad no pagada como el derecho recogido en el último párrafo del art. 2 Ley 2/1994).

2. Añade la Dirección General: dado que la reforma introducida por la Ley 5/2019 ha supuesto una importante reducción del formalismo. Señala, sin embargo, que sí deberán cumplirse los siguientes requisitos: a) transcurso de 22 días desde la notificación a la entidad acreedora o 15 desde la entrega del certificado y b) el Notario debe motivar su decisión de proceder al otorgamiento de la escritura de subrogación, bien incorporando a ella los documentos acreditativos de la entrega tanto de la oferta vinculante como de la certificación del débito, bien declarando expresamente que se le han exhibido. A ellos hay que añadir la necesidad de testimoniar el documento justificativo de la transferencia efectuada por la entidad subrogada a favor de la primitiva acreedora.

3. Otras cuestiones que se plantean:

-Respecto de la forma de la notificación a la antigua entidad: entendemos que ha de tratarse de una notificación fehaciente, sea por conducto notarial, por burofax o correo certificado o cualquier otra forma que permita dejar constancia fehaciente de la notificación. No cabría efectuar la notificación, en cambio, por correo electrónico. Por ello, es preciso que en la escritura de subrogación se exprese la forma en la que se ha llevado a cabo dicha notificación. No sería necesario si consta la expedición de la certificación por la antigua entidad, pues el propio hecho confirma la recepción de la notificación.

- Expresión de la cantidad pendiente de pago en el préstamo objeto de la subrogación: Debe expresarse si la cantidad pendiente de pago del préstamo en el que se va a producir la subrogación resulta de la certificación expedida por la antigua entidad o ha sido calculada por la nueva entidad, bajo su responsabilidad, en los términos previstos por el art. 2 de la Ley 2/1994, en redacción dada por el RD-Ley 19/2022.

- Pago a la anterior entidad: Debe manifestarse expresamente en la escritura pública que se ha efectuado el pago a la antigua entidad, e incorporarse el resguardo acreditativo de la transferencia realizada con dicha finalidad.

Resulta controvertido si debe considerarse suficiente con la manifestación de que se ha hecho la transferencia al deudor para que proceda al pago y se acredita la transferencia a una cuenta del deudor. Puesto que se va a cancelar el derecho del anterior acreedor hipotecario, parece razonable exigir una manifestación expresa de pago al anterior acreedor, sin que sea suficiente la transferencia al deudor aunque sea con finalidad de pago a la antigua entidad.

En resolución de 8 de junio de 2006, analiza esta cuestión la DG: “Pues bien, esto es lo sucedido en el presente recurso, sin que las alegaciones contenidas en la nota de calificación puedan admitirse, pues aunque la transferencia se realiza a favor, como beneficiario, del mismo deudor, quedan perfectamente identificados los demás elementos, suficientes a efectos de dicha finalidad solutoria, como son la indicación en la casilla del impreso destinada a «observaciones, de la palabra «Subrogación» seguido del número del préstamo que se subroga y el nombre de la Entidad primitiva acreedora y su número de sucursal, así como el membrete de la entidad subrogada y la firma de su apoderado.

Pero es que, además, el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo no exige que el pago efectivo se acredite al Notario autorizante de la escri-

tura, sino que, en el ámbito de la lealtad que ha de presumirse existirá en la liquidación entre dos entidades financieras, es suficiente la declaración de la entidad subrogada de haber pagado a la acreedora y la incorporación del resguardo de la operación bancaria realizada con finalidad solutoria. Así, aparte la responsabilidad que asume la entidad subrogada, los intereses de la acreedora no quedan comprometidos, ya que de no ser exacta dicha declaración cuenta aquélla con la posibilidad de ejercer su derecho por la cantidad no pagada, con preferencia a la entidad subrogada (cfr., respecto del pago parcial, el artículo 1213 del Código Civil).”

No obstante, esta resolución fue anulada por Sentencia de la Audiencia provincial de Madrid por extemporaneidad, y además resuelve conforme a la redacción originaria de este precepto, anterior a las reformas de la Ley 5/2019 y 19/2022.

[CASO PRÁCTICO 3]

PODER TESTATORIO

**Cónyuges casados en régimen de comunicación foral. Uno de ellos confiere poder testatorio a favor del otro. Una vez fallecido, el cónyuge sobreviviente liquida el patrimonio comunicado adjudicándolo íntegramente por mitades. Entre los bienes hay un bien que pertenecía con carácter privativo al cónyuge fallecido. A continuación, en ejercicio del poder testatorio, lega este bien a uno de los hijos.**

En el régimen de comunicación foral se integran en el patrimonio común la totalidad de los bienes de los cónyuges, incluidos los adquiridos con carácter privativo. Por ello, en la liquidación posterior, si se adjudican íntegramente por mitades, también los bienes originariamente privativos

se entienden adjudicados por mitades entre el patrimonio hereditario y el cónyuge supérstite. El ejercicio del poder testatorio procede únicamente respecto de la mitad integrada en el patrimonio hereditario, pero no respecto de la parte adjudicada al cónyuge sobreviviente.

BIBLIOGRAFÍA/  
BIBLIOGRAFIA/  
BIBLIOGRAPHY



# Handbook of Terminology

## Vol 3 Legal terminology

Editors: Łucja Biel/Hendrik J. Kockaert  
John Benjamins Publishing Company  
Amsterdam/Philadelphia, 2023, 622 pages  
ISBN 978 90 272 1426 3

Andres M. URRUTIA BADIOLA  
Public Notary and President of the Academia Vasca  
de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia  
Orcid 000-0002-2139-7137

### *In the Realm of Legal Terminology*

Legal terminology is a fundamental pillar of legal systems and the knowledge associated with them worldwide. It serves as a crucial tool for understanding the complexities of various legal cultures. In our increasingly multilingual world, legal terminology has long been the primary means of expressing legal concepts in the languages of different legal systems.

From the Roman Empire, where Roman law was articulated in Latin, to the establishment of Renaissance states and their legal systems, which were documented in vernacular languages, the differing realities of comparative law provide us with powerful tools to explore new contexts and achieve innovative outcomes in constructing multilingual legal systems.

Terminology truly reflects an effort to represent legal culture as it relates to legal knowledge. A legal term encapsulates a concept through linguistic means, acting as a unit of legal expertise. Observing the discrepancies between legal terms from various systems allows us to approach the study of legal terminology presented in this book.

Edited by Łucja Biel and Hendrik J. Kockaert, both esteemed scholars in the field, this volume is the third in an extensive Handbook of Terminology. Volume 1 focuses on general methodological approaches, while Volume 2 examines terminology within the Arab world.

As the editors note, *This Handbook attests to the vibrant research community working in legal terminology. Its objective is to survey diverse approaches and combine perspectives of both scholars and practitioners from the domains of Terminology, Translation studies, Linguistics, Law, and Information Technology, but also contribute perspectives from a variety of legal systems.*

The volume comprises twenty-five contributions divided into five parts:

1. Properties of Legal Terminology
2. National Legal Terminology in Translation
3. Legal Terminology in Multilingual Organizations
4. Terminological Tools and Resources
5. Legal Terminology in Training Contexts

In each part, contributors address key topics concerning legal terminology, providing insights and the current state of research on the mentioned subjects. In the editors' words, *the first attempt to bring together various perspectives and offers a compendium of information on legal terms in a single place.*

As the editors recognize, *Despite its breadth and depth we were naturally not able to cover all the topics we wanted but the Handbook is a good starting*

*point that attests to the multifaceted nature of legal terminology as a field of practice and research.*

One of the main critiques of the book is its limited perspective on contemporary issues of legal multilingualism. The examples and terminologies explored primarily focus on dominant legal languages and systems, with a notable bias towards Common Law jurisdictions. Many minority languages and their legal contexts are not addressed.

Additionally, there is a lack of discussion regarding the translation of legal codes in Europe and their connection to legal terminology, as well as the development of legal terminology within these minority languages, both in terms of status and within their linguistic frameworks.

In conclusion, this Handbook provides foundational research on the intersection of law and linguistics and serves as a springboard for future endeavors in legal terminology, offering an indispensable tool for law and the societies governed by it.



# **El régimen tributario del Derecho Civil vasco. La fiscalidad del poder testatorio, de los pactos sucesorios, de la comunicación foral y de la troncalidad en territorio común y en los territorios forales del País Vasco**

Alberto Atxabal Rada

Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023

José Javier GARCÍA ROSS

Doctor en Derecho, profesor de Derecho Financiero y Tributario

Abogado

La difusión y la aplicación de las instituciones e instrumentos recogidos en las diferentes ramas del ordenamiento dependen de su facilidad para ser implementadas, de la sencillez y de la claridad para ser entendidas, y de la seguridad jurídica puesta de manifiesto a través de la concreción de sus consecuencias, cuando estas son ciertas y previsibles. Que una rama de este ordenamiento como es la del Derecho civil vasco, con una raigambre histórica indiscutible, no solo perviva en la actualidad, sino que esté en pleno renacimiento, tiene su fundamento, sin lugar a duda, en la existencia de una normativa fiscal que la ampara, promueve indirectamente, y aporta la necesaria seguridad jurídica a la principal de sus consecuencias, las tributarias.

Academia Vasca de Derecho  
Zuzenbidearen Euskal Akademia  
ISSN: 2173-9102  
DL./L.G.: BI-1677-03

Ilustre Colegio Notarial del País Vasco  
Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Prestua

Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia  
Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsua

Boletín *JADO*. Bilbao. Año XIX. Nº 32. Enero-Diciembre, 2024, pp. 469-472  
*JADO* Aldizkaria. Bilbo. XIX. urtea. 32 zk. 2024, Urtarrila-Abendua, 469-472 or.

El nacimiento y al actual resurgir de esta rama del Derecho civil se lo debemos en gran medida al autor de este libro, Don Alberto Atxabal Rada, hoy Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Deusto, que en el inicio de su periplo universitario ya se ocupó en su tesis doctoral de analizar las consecuencias tributarias de las instituciones del Derecho civil vasco, en un momento en que la legislación sobre estas brillaba por su ausencia, y que convertida luego en la primera monografía sobre este particular, sirvió de guía al legislador vizcaíno, allá por 2002, para aprobar la primera normativa *ad hoc*, y a los profesionales para desenvolverse con soltura y seguridad, en el proceloso mundo de la fiscalidad del poder testatorio, del pacto sucesorio, de la comunicación foral o de la troncalidad.

Después de muchos años y vicisitudes, entre ellas, la de la extensión de la aplicación de este Derecho civil a toda la Comunidad Autónoma del País Vasco, y de su fiscalidad, con la aprobación de una nueva normativa tributaria específica, además de en Bizkaia, en los otros dos Territorios Históricos —e incluso, aunque más tímidamente, en territorio común— resultaba urgente y necesario disponer de un comentario actualizado y riguroso sobre estas cuestiones, que es con lo que ahora nos encontramos en el libro de Don Alberto Atxabal. La gran experiencia y conocimiento del tema por el autor y la incansable labor de docencia y difusión que sobre el régimen tributario del Derecho civil vasco ha realizado durante estos años, se ve claramente reflejada en la obra que ahora nos ocupa.

Principia, después de una breve introducción en la que alude a los puntos de conexión civiles y fiscales como no podía ser de otra manera, con el estudio de las diferentes instituciones que conforman este Derecho civil, sin cuyo entendimiento sería luego imposible comprender sus consecuencias tributarias. Así, desgrana, desde el profundo conocimiento que le aporta haber empezado su docencia como profesor de Derecho

civil, figuras como la de la sucesión forzosa, la herencia pendiente del ejercicio del poder testatorio, el pacto sucesorio o el régimen económico matrimonial supletorio de comunicación foral.

La técnica elegida luego para estudiar las consecuencias fiscales derivadas de la instrumentación de los diferentes negocios jurídicos mediante aquellas instituciones pasa por su estructuración en dos bloques fruto de la coexistencia de varios sistemas tributarios generales en el Estado: la fiscalidad en el País Vasco y la fiscalidad en territorio común.

Es en el primero de ellos donde se aprecia lo mejor de la obra, no por la pericia y sabiduría del autor que se puede extraer de ambas, sino porque la normativa fiscal es más prolija. Detalla de manera pormenorizada cada una de las obligaciones tributarias que incumben a los herederos, legatarios, cónyuges o miembros de parejas de hecho, e instituyentes e instituidos entre otros, por la transmisión de bienes y derechos en el ámbito del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana; y por la propia tenencia o titularidad, por lo que a la herencia pendiente del ejercicio del poder testatorio se refiere en particular y en el Impuesto sobre la Renta, y en general, también, en este y en el Impuesto sobre el Patrimonio. La cita a las resoluciones administrativas de la Dirección General de los Registros y el Notariado, hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública, a las contestaciones a consultas tributarias y a las resoluciones de los tribunales económico-administrativos, y a los autos y sentencias de los tribunales, nos facilitan sobremana la comprensión y la aplicación práctica de la materia; y con las alusiones a su evolución, se aprehende su lógica y el sentido que debe darse en la interpretación; todo ello con un verbo suelto y distendido, pero a la vez riguroso y certero, que ameniza su lectura y entendimiento.

La ausencia hasta bien poco —aunque siga siendo escasa— de una normativa tributaria propia en territorio común referida a las especialidades regionales del Derecho civil aporta gran interés al segundo bloque, por su novedad y exclusividad, y por las posibilidades que pueda ofrecer, tal y como dice el autor, en la planificación sucesoria, entre otras, a aquellos obligados a los que resulte de aplicación por ostentar la vecindad civil vasca, ellos mismos o sus causantes, aunque su residencia habitual se encuentre fuera de los Territorios Históricos. Así por ejemplo destaca la posibilidad de utilizar figuras como la herencia pendiente del ejercicio del poder testatorio para retrasar el devengo o del pacto sucesorio con eficacia de presente para mejorar la fiscalidad de la transmisión hereditaria por causa de muerte, e incluso, en ambos, para mutar el punto de conexión para la exacción y normativa en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, porque no olvidemos, que en este último Impuesto, por su condición de cedido a las Comunidades Autónomas, o concertado de normativa autónoma en su caso, nos encontraremos con veinte normativas diferentes en el Estado.

En resumen, se trata de un libro de obligada lectura para los operadores jurídicos que nos dedicamos al derecho de familia y sucesiones y al derecho tributario, que debería estar en las estanterías de los despachos de abogados, asesores fiscales, notarías, oficinas de registro y bibliotecas de las facultades de Derecho, no solo de la Comunidad Autónoma del País Vasco sino del resto del Estado. Esta obra contribuye, sin duda alguna a la difusión y conocimiento de un Derecho civil cada vez más vivo y presente, aporta seguridad jurídica en la planificación y ejecución de las consecuencias fiscales de su aplicación, y marca el camino a seguir por el legislador de territorio común en la redacción y aprobación de nuevas leyes y reglamentos en torno a los aspectos tributarios derivados de la instrumentación de figuras similares de otros derechos civiles regionales.

NORMAS DE PUBLICACIÓN  
ARGITALPENERAKO ARAUAK  
PUBLICATION STANDARDS



## NORMAS DE PUBLICACIÓN

### 1. Contenido

*JADO* publica, con carácter anual a partir de 2021, trabajos de investigación jurídica y notas (recensiones y comentarios normativos y jurisprudenciales).

Todo ello sin perjuicio de la publicación de números especiales y extraordinarios, cuya periodicidad se ajustará a la convocatoria correspondiente.

### 2. Frecuencia de la publicación: anual.

### 3. Envío de originales

Los originales han de ser inéditos y deberán ser enviados a la Dirección de la revista, mediante correo electrónico remitido a la siguiente cuenta: [secretaria@avd-zea.com](mailto:secretaria@avd-zea.com)

### 4. Derechos de autor

*JADO* es una revista de acceso abierto (<http://www.avd-zea.com>), lo que significa que es de libre acceso en su integridad inmediatamente después de la publicación de cada número. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales y según lo previsto por la ley, sin la previa autorización de la editorial o del autor, siempre que la obra original sea debidamente citada (número, año y páginas) y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

### 5. Formato de los estudios y notas

En la primera página se incluirá el título, el nombre del/a autor/a y su filiación académica, así como su dirección de correo electrónico y teléfono de contacto.

La segunda página recogerá tres resúmenes, en euskera, castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno, y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras), tanto en euskera como en castellano y en inglés. Los tex-

tos deben ir precedidos de un breve resumen de los diferentes apartados en que se estructuran.

Los materiales se publicarán, preferentemente, en castellano y en euskera.

## 6. Normas de edición

Las citas bibliográficas y las referencias a otras fuentes documentales se harán teniendo en cuenta las siguientes pautas de edición:

- a) La extensión recomendada para los materiales, en el caso de los estudios, es de 15 a 30 páginas ISO A4, 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, a 1,5 de interlínea, en soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable.
- b) Se exige 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 trate el texto.
- c) 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.
- d) Se recomienda seguir el siguiente sistema en cuanto a la bibliografía citada: o 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, N<sup>o</sup>, ciudad de edición, editorial, año de publicación, páginas afectadas.
- e) 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.
- f) 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.

## 7. Proceso de publicación

El director y la directora adjunta de *JADO* con la participación del Consejo de redacción y del Consejo asesor decidirán la publicación de los trabajos basándose en una evaluación externa independiente. El proceso de evaluación de los trabajos será una revisión ciega por pares, siguiendo el código ético de *JADO*. Los autores podrán realizar la corrección de pruebas de imprenta y, si en el plazo de 10 días no se recibiese su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.

## 8. Tasas

No se cobran costos de envío, procesamiento ni publicación de los artículos.

## 9. Copyright

Los autores de los trabajos inéditos publicados en esta revista podrán reproducirlos en otro lugar con la debida anotación de su publicación original en *JADO*.

## ARGITARATZE ARAUAK

**1. Edukia**

*JADO* aldizkariak argitaratzen du urtero-urtero 2021. urtetik aurrera ikerketa juridikoaren lanak eta oharrak (aipamen bibliografikoak, arauen eta epaien gaineko iruzkinak).

Betiere zenbaki berezi eta ezohikoen argitalpenari kalterik egin gabe. Horien aldikotasuna deialdiaren arabera izango da.

**2. Argitaraldiaren maiztasuna: urterokoa.****3. Jatorrizko lanak bidaltzea**

Jatorrizko testuak argitaratu gabeak izango dira eta aldizkariaren zuzendaritzara igorriko dira, posta elektronikoko baten bidez, jarraiko emailera: HYPERLINK “mailto:secretaria@avd-zea.com” secretaria@avd-zea.com.

**4. Egilearen eskubideak**

*JADO* aldizkariak sarrera irekia du (<http://www.avd-zea.com>). Hartara, sarrera askea du bere osotasunean zenbaki bakoitza argitaratu ondoren. Onartzen da, beraz, horren irakurketa, bilaketa, deskarga, banaketa eta bererrerabiltzea, legearen arabera, edozein euskarritan, betiere merkataritzako ez diren helburuekin. Horretarako ez da beharrezkoa izango argitaletxearen edo egilearen baimenik, jatorrizko lana behar den bezalaxe aipatzen bada (zenbakia, urtea eta orrialdeak) eta jatorrizkoan egin diren aldaketak argiro adierazten badira.

**5. Azterlanen eta oharren nondik norakoak**

Lehen orrialdean barneratuko dira titulua, egilearen izena eta horren filiazio akademikoa, eta berebat posta elektronikokoaren helbidea eta harremanetarako telefonoa.

Bigarren orrialdean barneratuko dira hiru laburpen, euskaraz, gaztelaniaz eta ingelesez, batez beste 120 hitz bakoitzean eta lanaren gako hitzak (hiritik bostera), euskaraz, gaztelaniaz eta ingelesez. Testuek eramango dute

aldez aurretiko aurkibide laburra, bertan diren alor desberdinak biltzen dituenak.

Langaiak argitaratuko dira, batik bat, gaztelaniaz eta euskaraz.

## 6. Argitaratze arauak

Aipamen bibliografikoak eta bestelako agiri iturrietara egindako erreferentziak honetara gauzatuko dira, argitaratze arau hauek betez:

- a) Langaietarako luzera gomendatua, azterlanen kasuan, 15 orrialdetik 30 orrialdera doa ISO A4, lerroartekoa 1,5, euskarri informatikoan, nagusiki Word edo berrikusteko modukoan. Oharren kasuan 5 orrialdetik 10 orrialdera doa ISO A4, lerroartekoa 1,5, euskarri informatikoan, nagusiki Word edo berrikusteko modukoan.
- b) Bibliografiari buruzko azken atala ere beharrezkoa da. Bertara bilduko dira testua ontzeko erabili diren lanak edo testuak aztertzen duen gaie-tan erreferentziakoak direnak.
- c) Nahitaezkoa da egileek testuaren edukia antolatzea honetara: testuaren objektua zehazten duen sarrera, datuak eta egileak egoki irizten dituen arrazoiak barneratzeko garabidea eta ondorioak, horrek ere proposa-  
mena, balioztatzea edo azken gogoeta ekartzen dituela.
- d) Bibliografia aipatuari buruz jarraiko sistema erabiltzea gomendatzen da: edo Deiturak, Izena, «Artikuluaren titulua», Aldizkariaren edo liburua-  
ren titulua (aldizkariaren titulua sigla bada, ez da letra etzanez idatzi behar), bolumena, zenb., argitaratze tokia, argialetxea, argitaratze urtea, ukitutako orrialdeak.
- e) Legeen aipamenak jarraiko ereduaren arabera egin behar dira (edo or-  
denamendu juridiko bakoitzean ohikoa izaten den aipamen ereduaren arabera):  
Ex.: Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.  
Ad.: Hizkuntza Politikari buruzko urtarrilaren 7ko 1/1998 Legea.
- f) Siglak punturik gabe idatziko dira, adibidez, LPL. Artikulu batean lehe-  
nez agertzen denean hedapen gutxiko sigla bat, izen osoa idatziko da eta gero sigla parentesi artean.

## 7. Argitaratze ibilbidea

*JADO* aldizkariaren zuzendariak eta zuzendari laguntzaileak erabakiko dute idazketa batzordearen eta nazioarteko batzorde aholkulariarekin batera lanen argitalpena, kanpoko ikuskaritza eta ebaluazio independente batean oinarriturik. Lanen ebaluazio- prozesua aditu parekideen berrikuspen itsuaren bidez egingo da, *JADO* aldizkariaren kode etikoa betez. Egileok inprenta probak zuzendu ahal izango dituzte eta hamar egunetan horien zuzenketa jasotzen ez badira, ulertuko da egilea ados dagoela egingako inprimaketarekin.

## 8. Tasak

Artikuluak bidaltzeko, prozesatzeko eta argitaratzeko kostuak ez dira kobratu.

## 9. Copyright delakoa

*JADO* aldizkarian argitaraturiko artikuluen egileek, baldin eta artikuluen horiek argitaragabeak baldin badira, beste leku batean erreproduzitu ahal izango dituzte horiek, betiere *JADO* aldizkarian egin duten lehen argitaratzearen berri zehatza ematen baldin badute.

## PUBLICATION STANDARDS

**1. Content.**

*JADO* publishes every year, starting in 2021, research works and notes (law and jurisprudential recensions and comments), notwithstanding the publications of especial and extraordinary numbers, which its periodicity adjusted to the corresponding call.

**2. Publication frequency:** yearly.**3. Originals mailing**

Originals must be unedited and sent to the magazine following email address: [secretaria@avd-zea.com](mailto:secretaria@avd-zea.com)

**4. Copyrights**

*JADO* is an open access magazine ( [HYPERLINK “http://www.avd-zea.com/”http://www.avd-zea.com](http://www.avd-zea.com/)), which means it is entirely access free after every number publication. Reading, search, download, distribution and legal reusing under any kind of medium are permitted exclusively for no commercial means, and according to the Law, without previous consent of the publishing house, providing that the original work is accordingly cited (number, year and pages) and that any change in the original is clearly indicated.

**5. Studies and notes format**

The first page of the work must include the title, name of the author and academic filiation, as well as email and phone number.

The second page will include three abstracts in Basque language, Spanish and English with an average extensions of 120 letters each, as well as the work key words (3 to 5 words), also in Basque, Spanish and English. The texts must be preceded by a brief summary of the different epigraphs.

The material will be published, preferentially, in Basque and Spanish.

## 6. Edition standards

Bibliographic citations and references to other documentary sources must follow the following rules:

- a) The recommended extension for the studies is 15 to 30 pages ISO A4, 1.5 interline, in informatics medium, preferentially, in Word or a revisable format. For the notes, 5 to 10 pages ISO A4, 1.5 interline in informatics medium, preferentially, in Word or a revisable format.
- b) It is required a final bibliography section with the inclusion of the works used for the text elaboration or that may be considered referential in the matter the text is about.
- c) It is required that authors structure the text with an introduction including the data and arguments which define the object of the work, an unfolding including the data and arguments which the author appropriate to add and a conclusion presenting a proposal, an assessment, or a final reflexion.
- d) It is recommended to fulfil the following system when citing bibliography: name, first name, «Tittle of the article», Tittle of the magazine o of the book (if the tittle of the magazine are initials, do not use cursive type), volume, no., publishing city, publishing house, publishing year and pages concerned.
- e) Law citation must follow the next model (or the usual citation mode in each Law system):  
i.e.  
Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.
- f) Initials should be written without dots, i.e. LPL. Should the work mention a little widespread initials for the first time, it is required to write the whole name followed by the initial between brackets.

## 7. Publishing process

*JADO*'s Director and the assistant director, with the cooperation of the Editorial Board and the Advisory Committee, will decide the works publication on an external and independent evaluation basis. The works evaluation process will be submitted to peer blind review, in accordance with *JADO*'s ethical Code. The authors may correct the printing proofs, so that if the correction is not received within 10 days his approval to the printing proof is presumed.

## 8. Taxes

There are no costs associated with delivery, processing or publication.

## 9. Copyright

The authors of the unpublished works released in this magazine can reproduce them providing the appropriate quotation of its original publication in *JADO*.

