

JADO

Boletín de la Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademiako Aldizkaria

AÑO IX. NÚMERO 20
IX. URTEA. 20. ZENBAKIA

DICIEMBRE / ABENDUA

2010



ACADEMIA VASCA DE DERECHO
ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIA

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

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

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

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

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

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

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

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

Diseño / Diseinua
www.ikeder.es

ESTA REVISTA SE INCLUYE SISTEMÁTICAMENTE EN LAS BASES DE DATOS DIALNET Y LATINDEX
ALDIZKARI HAU "DIALNET" ETA "LATINDEX" IZENEN DATU-BASEETAN BARRURATUTA DAGO

SUMARIO / AURKIBIDEA / TABLE OF CONTENTS

- [5-7] LARRAZABAL, Santiago: *Pablo Lucas Verdú in memoriam*

ESTUDIOS / AZTERLANAK / FIELD STUDIES

- [11-38] CORCUERA, Javier: *El modelo de Estado Autonómico español tras la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña.*
- [39-63] CARRERAS SERRA, Francesc de: *Los objetivos del Estatuto de Cataluña y la STC 31/2010.*
- [65-86] GADEA SOLER, Enrique y SACRISTÁN BERGIA, Fernando: *El procedimiento abreviado: Las modificaciones introducidas por el RDL 3/2009 y sus consecuencias.*
- [87-113] MARISCAL, J. Gabriel de: *Habermas. El patriotismo constitucional.*
- [115-154] BURIÁN, Alejandro: *Características del servicio diplomático de la República de Moldavia.*
- [155-179] ARRIETA IDIAKEZ, Francisco Javier: *Lan-zuzenbidea eta gune ilun gisa kalifikatutako harreman juridikoak (III): bekak ezkutuko lan-kontratu gisa kalifikatzeko froga-gabezia.*

NOTAS / OHARRAK / EXPLANATORY NOTES

- [183-199] DIVAR GARTEIZ-AURRECOA, Javier: *El embajador Don Diego María de Gardoqui y la Independencia de los EE.UU.*
- [201-214] ZELAIA ULIBARRI, Adrián: *Política de defensa del usuario de servicios financieros.*
- [215-235] ZELAIA ARIETA-ARAUNABEÑA, Ane Miren: *Ezkutuko transferentziak eta ekonomi ituna, Luxemburgoko auzitegiaren epaiari aipamena.*

BIBLIOGRAFIA / BIBLIOGRAFÍA / BIBLIOGRAPHY

- [239-245] CORNU, M. eta MORRU, M (dir.): *Traduction de Droit et Droit de la traduction* (Andres Urrutia Badiola).

NOTICIAS INTERNAS / AKADEMIAREN ALBISTEAK / INTERNAL NEWS

- [249-255] LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago: Acto de presentación del libro *No excediendo sino moderando. Garantías procesales en la normativa vizcaína del Antiguo Régimen*.

- [257-265] GUETTA, Jody: Presentación del libro *No excediendo sino moderando*.

- [269-277] ACTIVIDADES DE LA ACADEMIA / AKADEMIAREN JARDU NAK

- [281-292] NORMAS DE PUBLICACIÓN / ARGITALPENERAKO ARAUAK / PUBLICATION STANDARDS

- [293-300] PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO / ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIAREN ARGITALPENAK / PUBLICATIONS LIST OF THE BASQUE ACADEMY OF LAW

Pablo Lucas Verdú *in memoriam*

SANTIAGO LARRAZABAL

Miembro de la Junta Directiva de AVD-ZEA

Profesor de la Universidad de Deusto

EL PROFESOR D. PABLO LUCAS VERDÚ nació en Salamanca el 20 de mayo de 1923, en el seno de una familia dedicada a la enseñanza. Comenzó sus estudios con los Padres Salesianos y con ellos cursó también el Bachillerato, siempre con gran brillantez. Estudió Derecho en la Universidad de Salamanca, obteniendo el Premio Extraordinario de Licenciatura. Después, se trasladó a la Universidad Central de Madrid para cursar el Doctorado. Leyó su tesis doctoral en 1948, logrando también el Premio Extraordinario. En 1949, obtuvo por oposición una plaza de Profesor Adjunto de Derecho Político en la Universidad de Salamanca, y tras ser becado en el Real Colegio de los Españoles de San Clemente en Bolonia, defendió en 1950 en la célebre Universidad de Bolonia su segunda tesis, obteniendo el Premio “Luigi Rava” a la mejor tesis doctoral sobre Derecho Público leída en esa prestigiosa Universidad durante aquel Curso.

En 1953 se casó con Carmen Murillo de la Cueva, también profesora, con la que ha estado casado hasta su fallecimiento. Comenzó por entonces sus funciones docentes en la Universidad de Salamanca al lado de su gran amigo, el profesor Enrique Tierno Galván, que en ese mismo año tomó posesión de su cátedra de Derecho Político de aquella Universidad, y con quien colaboró durante toda su vida. En 1958, tomó posesión como Catedrático de Derecho Político de la Universidad de Santiago de Compostela, donde pasó 6 años. En 1964, D. Pablo aceptó encargarse de la cátedra de Derecho Político en nuestra Universidad de Deusto y lo hizo durante 13 años, dejando una imborrable huella entre sus alumnos, compañeros y en toda la sociedad bilbaína y vizcaína. Aunque en 1977

se trasladó a la Universidad de Valladolid para ocupar la Cátedra de Derecho Político y en 1978 a la Universidad Complutense de Madrid donde permaneció como Catedrático hasta su jubilación en 1988 (si bien siguió en ella como Catedrático emérito), D. Pablo siguió vinculado estrechamente a la Universidad de Deusto a través de las numerosas tesis doctorales que dirigió o de los Tribunales de tesis que presidió, así como en su condición de Presidente del Tribunal de la Prueba de Licenciatura de la Facultad de Derecho durante décadas.

Fue Director del Departamento de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Vicerrector de Ordenación Académica de la misma Universidad, Vicerrector de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, Académico de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y Doctor honoris causa por varias Universidades portuguesas y latinoamericanas (“Benito Juárez” de Oaxaca –México–, “Nacional” de San Miguel de Tucumán –Argentina–, “Lusiada” de Lisboa, Pontificia Universidad Católica de Lima –Perú–, “César Vallejo” de Trujillo –Perú–), etc.

Su producción científica es extensísima y absolutamente esencial en la doctrina constitucional española, habiendo desarrollado una ingente labor de publicación de libros, artículos, etc. en materia de pensamiento político y social, ciencia política, sociología política y, particularmente, en materia de derecho constitucional (teoría del Estado, Estado de Derecho y Derechos Humanos, teoría de la Constitución, derecho constitucional comparado, derecho constitucional español, derecho electoral, derecho parlamentario, derecho europeo), además de dictar un gran número de conferencias, escribir numerosos artículos en prensa, etc.

Todos los que hemos conocido a Don Pablo hemos podido comprobar su altísimo nivel intelectual, su proverbial erudición y su enorme talla humana. Su vinculación y cariño por el País Vasco, ha quedado demostrada no sólo en sus publicaciones sobre asuntos relacionados con nuestra tierra, tanto en materias jurídicas como no jurídicas (a este respecto

cabe destacar que recibió en 1988 en su primera edición el “Premio de Periodismo” de “El Correo Español-El Pueblo Vasco”, al mejor trabajo publicado en la prensa de fuera del País Vasco, que destacase los valores de esta tierra), sino en sus constantes visitas a nuestra Universidad y en sus estancias veraniegas en su casa de Algorta, sin faltar ni un sólo año.

Como decía anteriormente, su vinculación a la Universidad de Deusto ha sido también muy estrecha y con toda razón, algunos han hablado de D. Pablo como “institución deustense”. Durante trece años fue profesor, durante décadas Presidente del Tribunal de Licenciatura de la Facultad de Derecho. Ha dirigido las tesis doctorales de numerosos profesores de nuestra Universidad y ha presidido decenas de Tribunales de tesis doctorales. También la Universidad de Deusto, y nuestra Facultad, tuvo ocasión de agradecerle su labor, con varios homenajes, tanto individuales (incluyendo un número monográfico en su homenaje de la Revista “Estudios de Deusto, en el volumen 51-1, correspondiente al año 2003) o colectivos (como el que se le rindió en 2007 por parte de la Asociación de Antiguos Alumnos conjuntamente con Adrián Celaya, Juan Churruga y José Guerra San Martín –q.e.p.d.-).

Tras una larga y fecunda vida, dedicada al trabajo, a la Universidad y a su familia, D. Pablo falleció en Madrid el miércoles 6 de julio de 2011. Sirvan estas líneas de humilde y al mismo tiempo emocionado homenaje de gratitud y recuerdo de su memoria.

ESTUDIOS
AZTERLANAK
FIELD STUDIES

El modelo de Estado Autonómico español tras la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña¹

Inauguración del curso 2010-2011 AVD

JAVIER CORCUERA

Miembro de la Junta Directiva de la AVD/ZEA

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 2010/12/30

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 2011/06/20

Resumen: El trabajo comienza analizando las características de la tensión simetría/asimetría en el modelo autonómico español, y las críticas a las insuficiencias del modelo planteadas, particularmente, desde Cataluña. El nuevo Estatuto parte de la consideración de que, al afectar al bloque de constitucionalidad, su contenido no está condicionado por la interpretación del modelo territorial realizada previamente por el TC. Además, el carácter nacional de Cataluña y sus derechos históricos legitiman las diferencias que se introducen. La STC rechaza tales presupuestos, subrayando la existencia de un modelo autonómico definido por la Constitución y por la interpretación que de la misma ha venido realizando el TC.

Palabras clave: autonomía, Cataluña, asimetría, legislación básica, principio dispositivo.

¹ Este trabajo se leyó en la inauguración del curso 2010-2011 de la Academia Vasca de Derecho, que tuvo lugar el día 27 de octubre de 2010 en el Ilustre Colegio Notarial del País Vasco, en Bilbao. Para esta publicación se han introducido algunas referencias bibliográficas y se han ampliado algunos aspectos, aunque se mantiene en lo fundamental el texto de la conferencia.

Laburpena: Hasteko, lanak espainiar eredu autonomikoaren simetria/asimetria biko-tearen tirabiraren ezaugarriak eta eredu horren gabeziak aztertzen ditu, beren-beregi, Kataluniaren ikuspuntutik. Estatutu berriaren arabera, konstituzionaltasun arloari eragiten dion heinean, Konstituzio Auzitegiak aurretiaz egindako lurralde-ereduaren interpretazioak ez du baldintzatzen estatuaren edukia. Halaber, Kataluniaren nazio-izaerak eta bere eskubide historikoek legeztatzen dituzte bertaratutako desberdintasunak. Konstituzio Auzitegiak bere epaian ezabatzen ditu halako oinarriak, eta azpimarratzen du badagoela eredu autonomiko bat, Konstituzioak definitu eta Konstituzio Auzitegiak interpretatu duena.

Gako-hitzak: autonomia, Katalunia, asimetria, oinarrizko legeria, printzipio eskue-mailea.

Abstract: The paper commences by analysing the characteristics of the symmetry / asymmetry tension in the Spanish autonomous communities model, and the criticism regarding the shortcomings of the proposed model, in particular, from Catalonia. The new Statute rests upon the consideration that, by affecting constitutionality as a whole, its content is not conditioned by the interpretation of the territorial model previously made by the CC. Furthermore, the national character of Catalonia and its historical rights legitimise the differences that are introduced. The Judgment of the Constitutional Court rejects such proposals, underscoring the existence of an autonomous model defined by the Constitution and by the previous interpretations of same made by the CC.

Key words: autonomy, Catalonia, asymmetry, basic legislation, dispositive principle.

INTRODUCCION. **2.** ALGUNAS RAZONES, MAS O MENOS REMOTAS, QUE EXPLICAN EL CASO. **3.** CATALUÑA: LOS FUNDAMENTOS DE LA REFORMA. 3.1. No hay modelo autonómico. El principio dispositivo. 3.2. Papel del Estatuto en el “boque de constitucionalidad”. 3.3. Legitimación para obtener una autonomía diferente: Nación e Historia. **4.** UNA SOMERA CARACTERIZACIÓN DEL ESTATUT RESULTANTE: ESTATUTO-CONSTITUCION. **5.** LA SENTENCIA. 5.1. Rechazo de los elementos legitimadores de la diferencia: 5.1.1. La nación. 5.1.2. Los Derechos históricos. 5.1.3. La lengua. 5.2 Rechazo del diseño del sistema de reparto competencial. 5.2.1. La definición de lo básico y la definición de submaterias. 5.2.2. La invasión de ámbitos reservados a Ley orgánica. 5.3 Los límites del bilateralismo. **6.** CONCLUSION

1. INTRODUCCIÓN

Permítaseme comenzar agradeciendo a nuestro Presidente, D. Adrián Celaya, y al resto de miembros de la Junta de esta Academia Vasca de Derecho – Zuzenbidearen Euskal Akademia, el honor que me han hecho al ofrecerme la lección inaugural de este curso 2010-2011. Agradezco igualmente al Colegio Notarial la hospitalidad y a todos ustedes su presencia.

Me pareció obligado elegir como tema de esta intervención algo relacionado con la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña. Era novedoso en el momento de la decisión y espero que alguna novedad les aporte a ustedes todavía.

La STC 31/2010 ha resuelto el recurso presentado por el Partido Popular contra numerosos artículos del Estatuto de Autonomía de Cataluña, y su doctrina se ha mantenido en la resolución de los recursos presentados por los Consejos de Gobierno de Aragón, Illes Balears, Valencia y Región de Murcia y por el Defensor del Pueblo. La sentencia ha acabado con un excesivamente largo período de tensiones e incertidumbres que han puesto a prueba el prestigio de una institución, el Tribunal Constitucional, que durante muchos años había venido realizando digní-

simamente su tarea, y había merecido –al margen de eventuales discrepancias sobre sus sentencias– el respeto de la comunidad de juristas, y no sólo de los juristas.

Cuatro años después de su presentación, tras un proceso enormemente interferido por entorpecimientos procedentes de instancias que cuesta denominar políticas cuando uno respeta eso que se consideró un noble arte, se ha dictado la sentencia. Hemos sabido de las presiones al Tribunal, de los cruces de demandas de inhabilitación, de la irregular prolongación del mandato de los magistrados propuestos por el Senado (que previsiblemente provocará la claramente inconstitucional limitación del período de ejercicio de sus funciones de los que vayan a ser nombrados ahora), de un penoso espectáculo de filtraciones a la prensa como instrumento de presión interna...

2. ALGUNAS RAZONES, MÁS O MENOS REMOTAS, QUE EXPLICAN EL CASO

Hay razones que explican ese sinsentido. Están las causas inmediatas que propiciaron la redacción de un texto maximalista que acabó siendo aprobado por el Parlamento catalán y que, después de no pocas (aunque insuficientes) podas, se convirtió en la LO 6/2006, de 19 de julio de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Y existen otras, no diré que remotas, que prepararon tal situación.

Hablar de estas últimas me lleva a la segunda mitad de la década de los noventa del pasado siglo. Tras los pactos autonómicos de 1992, que ponen en marcha el proceso de homogeneización competencial previsto en el artículo 148.2 de la Constitución española (CE), se reforman los Estatutos, se realizan las nuevas transferencias y pudo hablarse de “cierre” del proceso autonómico, y de realidad federal de un Estado cuyos territorios tenían garantizada una amplia autonomía que el Estado central no podía reformar con su sola voluntad.

Habló entonces un lúcido publicista, Javier Pradera, de la liebre y la tortuga: las cuatro comunidades “liebre”, que habían llegado por vía rápida a la autonomía plena definida en los artículos 151 y 149 CE, habían sido alcanzadas por las comunidades “tortuga”. Ha de decirse que, a diferencia de lo que ocurría en la fábula de Esopo, la tortuga no ganaba la carrera, aunque no fue poco llegar donde llegó, y que la derrota de la liebre no se produjo porque las Comunidades del 151 CE se hubieran echado a la bartola, confiadas en su fácil victoria. En todo caso, podía pensarse que culminaba un proceso, digamos, federal que igualaba en lo fundamental a liebres y tortugas, culminando así, por otra parte, el proceso que parecía deducirse de la lectura de la Constitución.

Hay otras semejanzas y algunas diferencias en otra imagen que también nos llega de la Grecia clásica. Es una de las aporías de Zenón de Elea, Aquiles y la tortuga: si Aquiles sale tras la tortuga, intentando alcanzarla, nunca podrá conseguirlo. Cuando llegue al punto en que estaba el animal, éste habría avanzado algo, y nuevamente estaría más lejos del punto anterior cuando Aquiles llegara a él. Aquiles no puede alcanzar a la tortuga.

Es ésta una imagen que me vino a la cabeza en aquellos años noventa: las Comunidades del 143 CE nunca atraparían a las del 151 porque, al sentirse alcanzadas, éstas acelerarían. Si Aquiles no alcanzaría a la tortuga, iba a ser imposible a ésta alcanzar a Aquiles, que iba primero. Las comunidades liebre nunca serían alcanzadas por las comunidades tortuga.

El temor a la eventual homogeneización generó una notable reacción por parte de Cataluña y Euskadi, que mantenían desde el origen de la autonomía gobiernos de presidencia nacionalista. A ellas se sumaba la representación de los nacionalistas gallegos. Las Declaraciones de Barcelona, Vitoria-Gasteiz y Santiago sentaban las bases de una nueva diferencia justificada en nombre de la afirmada realidad nacional de tales comunidades, convertida en argumento jurídico invocando la distinción constitucional entre nacionalidades y regiones. El hecho de que la rotundidad del Gobierno del Presidente Aznar pareciese cerrar cualquier posibilidad

de reforma era, posiblemente, un acicate más para proponer argumentos jurídicos y políticos a favor de la diferenciación.

Al margen de los discursos políticos, la reflexión jurídica que se realiza particularmente en Cataluña subraya las insuficiencias del modelo, y propone alternativas. Se denuncia que las Comunidades eran titulares de una autonomía amplia, pero de baja calidad: su carácter, inicialmente de naturaleza política, se estaba “administrativizando”. Las razones de tal insuficiencia se situaban, sobre todo, en una legislación básica del Estado que abusaba de la posibilidad de definir detalladamente las bases, permitiendo la expansión formal y material de las competencias básicas del Estado.

Ello se agravaba por la utilización de competencias de contenido “transversal”, invocando, por ejemplo, la competencia exclusiva del Estado en “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” del artículo 149.1.1. CE, o a través del *spending power* que permite al Estado intervenir, mediante el ofrecimiento de financiación, en terrenos de competencia exclusiva de las Comunidades. La actuación estatal en materia de derecho europeo, no sólo a la hora de trasponer las Directivas comunitarias, agravaba una situación en que las Comunidades carecían de la posibilidad de realizar políticas propias en ámbitos materiales definidos. A ello se añadían quejas relativas a los mecanismos de cooperación horizontal y vertical y, por supuesto, al sistema de financiación.

El problema de la calidad de la autonomía se confunde frecuentemente con el de la cantidad: la preocupación de la Generalitat en aquella época se manifiesta en estudios centrados en la búsqueda de vías para incrementar los ámbitos competenciales, bien por reforma estatutaria, por transferencias del 150.2 CE, por modificación de la legislación orgánica o de la legislación ordinaria. El incremento de competencias se identifica con el aumento de calidad autonómica. Más autonomía es mejor autonomía.

Estas propuestas de los constitucionalistas se definen políticamente como la búsqueda de un “federalismo asimétrico” que permitiera a Cataluña, como nación que era, redefinir su posición en el Estado autonómico.

La proposición tiene impulso político cuando el PSC, promotor de la iniciativa, pacta a principios del 2000 con ERC e Iniciativa per Catalunya con la idea de desbancar a CiU de la Generalitat. De ahí nace la propuesta de impulsar un nuevo Estatuto, idea a la que Convergencia y Unió no tuvo más remedio que sumarse.

Pasqual Maragall, Presidente de la Generalitat desde 2003, definía así los objetivos que pretendía la reforma del Estatuto: “Un Estatuto que contenga una definición precisa de las competencias de la Generalitat, de manera que se evite su erosión por parte de la legislación básica del Estado, como efectivamente ha ocurrido en el curso de los años. Una financiación que asegure la suficiencia de recursos, la plena capacidad de gestión, pero también la solidaridad y, por supuesto, la transparencia. El reconocimiento constitucional de la singularidad, en este caso de la singularidad catalana, en la España plural.”

Eran tiempos en que en Euskadi se hablaba de “ser para decidir”, preámbulo a la propuesta de búsqueda de un “estatus de libre asociación” que culminaría en la “Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi” presentada en octubre de 2003. Eran dos iniciativas de muy distinta entidad, inspiradas por muy diferentes visiones de lo que son Constitución y Estatutos de Autonomía, pero que manifiestan la voluntad de ambas comunidades de alcanzar una singularidad jurídico política en el seno del Estado mediante la reforma estatutaria. No son las semejanzas entre ambas propuestas, sino las características del ambiente de la época, lo que quiero resaltar.

Y valga una última referencia histórica: en diciembre de 2003 se constituye en Cataluña el Gobierno tripartito presidido por Pasqual Maragall. Avanza la elaboración del proyecto de Estatuto que, entre otras cosas, pretende subrayar que el catalanismo del nuevo gobierno no es me-

nor que el de sus predecesores. Se acercan las elecciones generales, y todo parece indicar que el Partido Popular conseguiría una cómoda mayoría en las Cortes y se mantendría en el Gobierno. Ello significaba que un proyecto autonómico maximalista y con voluntad de Constitución no tenía más sentido que el de afirmación catalana y desgaste de un Gobierno al que se sabía contrario a cualquier veleidad de ese tipo. De alguna manera, algo como lo que se esperaba que pasara con la propuesta del Lehendakari. Cuando el candidato Rodríguez Zapatero afirmó que apoyaría lo que aprobara el Parlament de Cataluña, sus palabras se interpretaron sólo en clave electoral. No era previsible que los resultados fueran los que fueron.

Tras las elecciones del 14 de marzo de 2004, Aquiles pensó que podía dejar definitivamente atrás a la tortuga.

Se abre el “segundo proceso autonómico”, que repite buena parte de las características del primero. En éste había una Constitución recién estrenada, pero que apenas servía para abordar los problemas que se echaban encima. Hubo que intentar suplir la falta de previsiones constitucionales por una Ley Orgánica y de Armonización del Proceso Autonómico, nacida con vocación de disponer de fuerza constitucional. Como es sabido, el Tribunal Constitucional desarboló el intento: no hubo ley especial, y el desarrollo autonómico de la Constitución se encomendó a los Estatutos.

La imposibilidad de prever con carácter general los problemas explica que a lo largo del proceso se cometieran no pocas inconstitucionalidades. Recuérdese la multiplicación de las competencias que asumían las Comunidades con carácter de exclusivas “sin perjuicio” de las que correspondían al Estado, es decir, con carácter compartido, o el rosario de inconstitucionalidades puesto de manifiesto por Tomás Villarroya en las tramitaciones de los primeros Estatutos, o exageraciones como la inclusión del capítulo “De la Administración de Justicia en el País Vasco” en el título II de nuestro Estatuto, que trata “de los poderes del País Vasco”...

Son algunos ejemplos de algo de lo que no se derivaron males especiales. En primer lugar porque ni las competencias fueron exclusivas, ni la Justicia poder del País Vasco, ni las irregularidades de la tramitación simultánea de los Estatutos vasco y catalán, o la reiniciación del gallego, o la reforma de la LO de modalidades del referéndum y la sustitución de la voluntad autonómica de Almería para salvar el incumplimiento de los requisitos del artículo 151 CE fueron objetadas por nadie, porque hubiera sido peor el remedio que la enfermedad. En definitiva, tales irregularidades formales no tuvieron trascendencia. Sobre todo, porque venían aceptadas por un gran pacto, por el acuerdo de poner en marcha un proceso impulsado por todos, y que fue capaz de reconducir los eventuales excesos verbales a la lógica constitucional.

En el presente proceso autonómico, dice Cruz Villalón, se emprende nuevamente la sustitución de la estructura territorial del Estado por otra, y nuevamente se parte de cero, queriendo poner en marcha un “segundo Estado de las Autonomías” sin las limitaciones de los años 80, y sin previa reforma de la Constitución: “De este modo, la reforma de la Constitución, y en esto la historia se repite, se ha desplazado a la reforma de los Estatutos”.

Pero junto a tales semejanzas se incorpora una notable diferencia: la ausencia total de acuerdo entre los grandes partidos, y la falta de consenso entre la doctrina, con los resultados de todos conocidos.

3. CATALUÑA: LOS FUNDAMENTOS DE LA REFORMA

Vayamos, por fin, al análisis de la reforma catalana, poniendo de relieve los presupuestos teóricos de los que parte para conseguir las referidas finalidades que se proponía.

3.1. No hay modelo autonómico. El principio dispositivo

El intento de cambiar el modelo sin cambiar la Constitución obligaba a realizar una peculiar interpretación de ésta desde presupuestos que, por otra

parte, no eran novedosos. Se considera, en primer lugar, que no existe un modelo constitucional autonómico. En segundo, se subraya la efectividad del principio dispositivo y, finalmente, se subraya la capacidad del Estatuto de Autonomía, elemento del “bloque de constitucionalidad” para afectar a la interpretación de las categorías constitucionales en materia autonómica.

No existe un modelo constitucional territorial en España y, de haberlo, está caracterizado por una permanente apertura. Es contradictorio pensar en “cerrar” tal modelo. La tesis no puede considerarse reiteración de la de Pedro Cruz Villalón, que señaló en su temprano trabajo “La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa” que la Constitución de 1978 había operado una desconstitucionalización de la forma de Estado, toda vez que permitía la existencia de un Estado unitario, de uno federal, regional con mayor o menor grado de autonomía, bien política o administrativa, total o parcialmente descentralizado, con igual o diferente grado de autonomía entre sus componentes...

Si en 1981 podía tener sentido tal apreciación, no era fácil mantener la tesis veinticinco años después. Valga la cita del que fue mi querido profesor de Historia del Derecho, D. Francisco Tomás y Valiente, que había caracterizado nuestro primer sistema autonómico como basado en una “diversidad en la diversidad” (Comunidades dotadas de distinta autonomía) a diferencia del modelo federal, de “igualdad en la diversidad” (igual autonomía de los Estados miembros), pero que pedía en los primeros noventa que se considerara cerrado el modelo y se dejara de invocar el principio dispositivo.

Porque este era, ya entonces, el principal argumento de las Comunidades “liebre”. Tal principio dispositivo, que no está acogido en la Constitución, sirvió para realizar aquella diversidad en la diversidad derivada de una Constitución “tabla de quesos” en que cada territorio incorpora a su Estatuto lo que quiere de entre lo que se le ofrece. Pero invocarlo después de que las reformas de los noventa culminaran la asunción de competencias en el marco del artículo 149 CE tenía otro significado: suponía entender que no hay modelo, y que lo que fue instrumento para la puesta en

marcha del sistema seguía siendo útil para su indefinida redefinición. Implica, como dice López Basaguren, que la desconstitucionalización del modelo territorial y el principio dispositivo no eran el resultado de la necesidad impuesta por las circunstancias históricas de los primeros momentos sino que se convertían en una virtud del sistema, que permitía abordar la resolución de las nuevas necesidades catalanas.

Pero había un modelo, más o menos flexible, que es en buena medida el resultado de la actividad del Tribunal Constitucional, cuya jurisprudencia ha ido definiendo las categorías y buena parte de los contenidos de lo que Aragón Reyes llamó, por eso, “Estado jurisprudencial autonómico”. Ello había permitido definir unos límites y unas reglas de juego que ahora se trataba de reinterpretar o, quizá mejor, redefinir.

3.2. Papel del Estatuto en el “bloque de constitucionalidad”

Entre ellos está la noción de “bloque de constitucionalidad”. El término implica que los conflictos planteados en el orden territorial autonómico han de resolverse desde la Constitución, pero que, en no pocas ocasiones, han de tenerse en cuenta otros parámetros: desde luego, los Estatutos y, también, las leyes (particularmente las orgánicas) a que llamara la Constitución en el ámbito autonómico.

El Estatuto, norma dotada de particular rigidez, aprobada mediante el concurso de la voluntad de las Cortes y del Parlamento autonómico, además de la del electorado de la Comunidad en las del artículo 151 CE, actúa como elemento básico en la delimitación competencial y en la interpretación de la Constitución territorial. A partir de esta afirmación, los autores del Estatuto deducen que la particular importancia de los Estatutos en el bloque de constitucionalidad obliga a que el Tribunal Constitucional haya de adecuarse a la nueva realidad normativa: las reformas estatutarias tienen que incidir en las categorías definidas por el Tribunal Constitucional anteriormente, incluso cuando la interpretación que éste realizó no derivara del anterior Estatuto sino de la Constitución.

Si ello es así, el Estatuto puede intentar delimitar las competencias del Estado mediante su definición de las competencias autonómicas. A esto se orienta el llamado “blindaje competencial”, doble mecanismo que pretende definir el alcance de las respectivas atribuciones del Estado y de la Comunidad particularmente en las materias compartidas. Por una parte, se definen las categorías alterando el sentido que les venía dando la jurisprudencia constitucional. Ello es particularmente chocante cuando el artículo 111 del Estatut reduce el alcance de la normativa básica del Estado, a “principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto”. El segundo mecanismo es la delimitación como exclusivas de múltiples concretas atribuciones en materias compartidas, con lo que se pretende que tales aspectos no pudieran en ningún caso incluirse entre las cuestiones que el Estado considerara básicas y, en consecuencia, sometidas a limitaciones derivadas de su legislación de aquel carácter.

Entre los diversos problemas que plantea esta técnica, me referiré únicamente a tres.

Por una parte, tal definición de lo básico ignora la Constitución, que deja en manos del Estado tal tarea: “determinar el alcance de lo básico no es función que corresponda al legislador estatutario, y mucho menos al autonómico, sino exclusivamente al Estado en el marco de la Constitución y los Estatutos de Autonomía” (Rodríguez Bereijo).

En segundo lugar: dicho procedimiento pretende consagrar en una ley, aunque fuera una ley tan particular como un Estatuto de Autonomía, una determinada interpretación de la Constitución, cerrando cualquier otra. Actuando así, el Estatut reproducía la técnica de la LOAPA o, como señaló Luis Ortega, actuaba como una especie de LOAPA invertida, que pretende imponer una determinada interpretación de los preceptos constitucionales relativos a las competencias exclusivas, compartidas y ejecutivas, cerrando cualquier posibilidad de intervención al legislador, ordinario u orgánico.

Finalmente, no parece razonable utilizar una técnica que permite definir en el Estatuto de una Comunidad un elenco de aspectos que no pueden ser considerados básicos por el Estado, de modo que lo básico puede ser diferente en cada Comunidad (y de hecho lo era entre los estatutos andaluz y catalán).

3.3. Legitimación para obtener una autonomía diferente: Nación e Historia

La designación de una Comunidad como nacionalidad tuvo desde el comienzo efectos ambivalentes. Por una parte, parecía implicar una particular distinción con respecto a las meras “regiones”. Por otra, eso mismo podía habilitarles para conseguir una autonomía diferente.

En el debate constitucional del artículo segundo nadie pretendió derivar singularidades de la caracterización como región o como nacionalidad, y pareció haber acuerdo con la opinión de Roca Junyent, que hizo notar que de la distinción no se seguían diferencias jurídicas ni políticas y que, en definitiva, serían nacionalidades aquellas comunidades que decidieran incorporar tal calificación en sus Estatutos. De hecho, en las reformas estatutarias de los noventa no pocas Comunidades se definieron como nacionalidades, añadiendo en ocasiones otras precisiones al término.

Si la designación no se redujo a las tres Comunidades de la disposición transitoria segunda, que habían plebiscitado en el pasado Estatutos de Autonomía, sólo ellas pretendieron legitimar la consecución de una autonomía diferente en base a su condición de nacionalidad. Posteriormente, también sólo en ellas se intentó singularizar la autonomía invocando su carácter ya nacional. La razón es igual a la precedente, aunque ahora utilizando un título de generalización aparentemente más difícil pero de justificación constitucional también más problemática, dado que la Constitución reserva el término a “la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles”.

En el Estatut se recoge la afirmación nacional catalana de forma indirecta, al señalar en el Preámbulo que “El Parlamento de Cataluña, reco-

giendo el sentimiento y la voluntad de la ciudadanía de Cataluña, ha definido de forma ampliamente mayoritaria a Cataluña como nación. La Constitución Española, en su artículo segundo, reconoce la realidad nacional de Cataluña como nacionalidad”. De modo aparentemente más explícito, el artículo 8, dedicado a los “símbolos de Cataluña”, se abre señalando que “Cataluña, definida como nacionalidad en el artículo primero, tiene como símbolos nacionales la bandera, la fiesta y el himno”.

Dos elementos inseparables del carácter nacional tienen idéntica relevancia en su doble carácter de afirmación de la singularidad y argumento para una autonomía diferente: la historia y la lengua.

La Historia, también evocada en el Preámbulo cuando se refiere a la “vocación constante de autogobierno” que ha mantenido a lo largo de los siglos el pueblo de Cataluña, se convierte en el mismo lugar en argumento jurídico, al fundamentar el autogobierno de Cataluña “en la Constitución, así como en los derechos históricos del pueblo catalán que, en el marco de aquella, dan origen en este Estatuto al reconocimiento de una posición singular de la Generalitat”.

La lengua, elemento básico de la definición nacional catalana, recibirá en el Estatuto un tratamiento más detallado que intenta garantizar en él el régimen lingüístico que había venido definiéndose por vía legal. Más que probablemente se trataba de reforzar una normativa de cuya constitucionalidad podía dudarse. De hecho, su definición estatutaria ha servido para eliminar las dudas.

4. UNA SOMERA CARACTERIZACIÓN DEL ESTATUT RESULTANTE: ESTATUTO-CONSTITUCIÓN

A juicio, entre otros, de Muñoz Machado, es éste tema relativo al origen y legitimidad del poder de la Generalitat el que aporta novedades más importantes con respecto al Estatuto anterior. Ahora se subraya más el aspecto del Estatuto como Constitución en la medida en que incor-

pora elementos que sugieren una definición del soberano: nación catalana, pueblo catalán del que emanan los poderes de la Generalitat, derechos históricos del pueblo catalán (“que el presente Estatuto incorpora y actualiza al amparo del artículo 2, la disposición transitoria segunda y otros preceptos de la Constitución”), en los que se fundamenta el autogobierno de Cataluña.

La vocación de Constitución que tiene el nuevo Estatut, señalada por numerosos autores, se manifiesta en la voluntad de totalidad de la regulación, incorporando derechos, deberes y principios rectores, detallada mención de los poderes de la Comunidad, régimen local, una pormenorizada regulación de las competencias y de instituciones de todo tipo, previsión de participación en no pocos entes estatales y europeos, los principios de la financiación... y el subrayado de la bilateralidad en las relaciones con el Estado.

Como señala Muñoz Machado, el texto tiene coherencia y regula mejor cuestiones que no habían funcionado aunque excede en ocasiones el ámbito propio de un Estatuto, ignorando las previsiones constitucionales. En no pocos casos el Estatuto entra en materia propia de la legislación básica del Estado, o define contenidos reservados constitucionalmente a la ley orgánica (en financiación, Poder Judicial, relaciones Sindic de Greuges – Defensor del Pueblo...). Y, como hemos comentado, se separa claramente de la jurisprudencia constitucional en materias de indudable trascendencia.

Ello explica la amplitud del recurso, que planteaba la inconstitucionalidad, total o parcial, de 113 de los 223 artículos del Estatuto, y de 8 disposiciones adicionales y tres finales, además de tres párrafos del preámbulo. Ello obligaba a una revisión total del Estatuto, lo que incorporaba algún elemento negativo, aunque produjo, a mi entender, un efecto final positivo.

Fue negativo el que el recurso se presentara como negación total del texto, lo que pudo exacerbar reacciones, por una parte más o menos

identitarias frente a la agresión exterior y, por otra, de oposición política por parte del partido del Gobierno de España, temeroso de una descalificación jurídica que pudiera afectarle políticamente. Todo ello influyó en la penosa politización de casi todo lo que tuvo ver con el proceso, permitió la extraordinaria e incomprensible prolongación del mismo y permitía temer que, fuera cual fuese el fallo, la sentencia iba a ser rechazada por todo el mundo.

Sin embargo, la propia amplitud de la demanda obligaba al Tribunal a opinar sobre el modelo territorial español en su conjunto. Cierto es que algo de eso había intentado ya en la STC 247/2007 sobre el Estatuto de Valencia, extensa y prolija recopilación de la jurisprudencia sobre materia autonómica que recibió nutridas críticas (sobre todo por acoger una distinción entre validez y eficacia que permitía que hubiera normas estatutarias ineficaces pero válidas). Parecía que la sentencia valenciana había de prefigurar lo que hubiera de ser la catalana pero, afortunadamente, no fue así.

5. LA SENTENCIA

La sentencia que nos ocupa permite dibujar, con relativa claridad, los elementos centrales de nuestro Estado autonómico. Y, pese a la aparente división del Tribunal, lo hace desde un acuerdo básico de la mayoría de sus miembros. Como ha señalado Francesc de Carreras, la mayor discrepancia se produjo en torno al tema de la nación, pero en el resto –con la excepción del magistrado Rodríguez Zapata, que invocó más causas de inconstitucionalidad– el desacuerdo se planteó en torno a la utilización de la técnica de la interpretación conforme que, en opinión de la minoría, hubiera debido de ser sustituida por más declaraciones explícitas de inconstitucionalidad.

Son conocidos los inconvenientes de las sentencias interpretativas, y es cierto que su utilización por el Tribunal Constitucional en este caso

plantea algunas perplejidades. La necesidad de realizar una lectura de la ley que, en lo posible, permita el mantenimiento de las normas susceptibles de interpretación conforme a la Constitución, y la comprensible voluntad de reducir, al menos aparentemente, el impacto de una sentencia crítica, lleva en ocasiones al Tribunal a “reconfigurar la Ley que juzga, recreándola; lo que (señala en su voto particular el Magistrado Conde Martín de Hijas) implica invadir el espacio lógico de la potestad legislativa”, cosa que se hace en alguna ocasión.

Por otra parte, es cierto que la interpretación del Tribunal puede posteriormente ignorarse en los desarrollos normativos realizados por la ley o por la Administración, particularmente cuando, como en el caso de la lengua, la vigente ley que desarrolla el tema no ha sido declarada inconstitucional y cuando es más que dudoso que la Administración se plantee modificar sus usos en lo relativo a la comunicación con los ciudadanos. Junto a ello, el elevado número de los preceptos cuya constitucionalidad obliga a una interpretación conforme, no todos los cuales han sido llevados al fallo, puede dificultar el control de algunos “olvidos”. Son riesgos, en cualquier caso, que habrán de ser abordados por los jueces y por la Administración, y por el propio Tribunal Constitucional si se le plantea el control de la legislación aprobada posteriormente.

Ello supuesto, comentaré los aspectos centrales de la sentencia, antes de realizar una valoración final sobre el grado en que la sentencia ha afectado al modelo de Estado autonómico.

5.1. Rechazo de los elementos legitimadores de la diferencia:

5.1.1. La nación

La sentencia anula la potencialidad que pudiera derivarse de una autonomía basada en la nación/nacionalidad catalana, en la invocación de los derechos históricos y, aunque no entre explícitamente en el mismo tema, en la consideración de la lengua.

Por lo que toca a la mención que realiza el Preámbulo a Cataluña como “nación”, el Tribunal afirma, en primer lugar, que el preámbulo carece de alcance jurídico interpretativo, por lo que no podría deducirse ninguna consecuencia jurídica ni legitimación específica para conseguir un trato diferenciado invocando tal afirmación:

“En atención al sentido terminante del art. 2 CE ha de quedar, pues, desprovista de alcance jurídico interpretativo la referida mención del preámbulo a la realidad nacional de Cataluña y a la declaración del Parlamento de Cataluña sobre la nación catalana, sin perjuicio de que en cualquier contexto que no sea el jurídico-constitucional la auto-representación de una colectividad como una realidad nacional en sentido ideológico, histórico o cultural tenga plena cabida en el Ordenamiento democrático como expresión de una idea perfectamente legítima.

Por todo ello, los términos «nación» y «realidad nacional» referidos a Cataluña, utilizados en el preámbulo, carecen de eficacia jurídica interpretativa, ...” (FJ 12)

Por otra parte, la utilización del adjetivo “nacional” aplicado a los símbolos de la Comunidad Autónoma no tiene por qué implicar referencia a Cataluña como nación, pues

“...cabe interpretar, de acuerdo con la Constitución, que con la calificación como «nacionales» de los símbolos de Cataluña se predica únicamente su condición de símbolos de una nacionalidad constituida como Comunidad Autónoma en ejercicio del derecho que reconoce y garantiza el art. 2 CE, pues así expresamente se proclama en el art. 1 EAC y se reitera en el art. 8 EAC. Se trata, en suma, de los símbolos propios de una nacionalidad, sin pretensión, por ello, de competencia o contradicción con los símbolos de la Nación española.” (FJ 12)

En consecuencia, las menciones a la nación catalana o a los símbolos nacionales de Cataluña o no tienen significación jurídica o se reducen al carácter de Cataluña como nacionalidad.

5.1.2. Los Derechos históricos

Por lo que toca a los Derechos históricos, su reconocimiento sirve únicamente para justificar competencias en determinados ámbitos, como el derecho civil, la lengua o la cultura. En otro caso, “el art. 5 EAC sería manifiestamente inconstitucional si pretendiera para el Estatuto de Autonomía un fundamento ajeno a la Constitución, aun cuando fuera añadido al que ésta le dispensa. Sin embargo, el enunciado íntegro del artículo permite descartar esa interpretación, así como la de que con él se hayan querido traer a colación para la Comunidad Autónoma de Cataluña los derechos históricos a los que se refiere la disposición adicional primera de la Constitución” (FJ 10).

5.1.3. La lengua

A diferencia de los casos anteriores, el tribunal define explícitamente la inconstitucionalidad de la expresión “y preferente” del apartado 1 del art. 6 (“La lengua propia de Cataluña es el catalán. Como tal, el catalán es la lengua de uso normal *y preferente* de las Administraciones públicas y de los medios de comunicación públicos de Cataluña, y es también la lengua normalmente utilizada como vehicular y de aprendizaje en la enseñanza”).

La utilización de la técnica de la interpretación conforme ha permitido restringir extraordinariamente la declaración de inconstitucionalidades en esta materia, no siendo fácil de entender que la citada inconstitucionalidad no se haya extendido, en el mismo artículo, al artículo “la” (el catalán es *la* lengua de uso normal y preferente de las Administraciones públicas).

La sentencia afirma que ambas lenguas son de uso normal pues “(t)oda lengua oficial es, por tanto -también allí donde comparte esa cualidad con otra lengua española-, lengua de uso normal por y ante el poder público. También, en consecuencia, lo es el castellano por y ante las Administraciones públicas catalanas, que, como el poder público estatal en Ca-

taluña, no pueden tener preferencia por ninguna de las dos lenguas oficiales“ (FJ 14) . Por ello, “(s)ólo los particulares, en tanto que titulares del derecho de opción lingüística garantizado por el propio art. 33.1 EAC, pueden preferir una u otra de ambas lenguas en sus relaciones con el poder público radicado en Cataluña. Y hacerlo, además, en perfecta igualdad de condiciones por cuanto hace a las formalidades y requisitos de su ejercicio, lo que excluye que, como pudiera resultar de una interpretación literal del apartado 5 del art. 50 EAC, quienes prefieran que su lengua de comunicación con las Administraciones sea el castellano hayan de pedirlo expresamente” (FJ 23).

Ha de decirse que es éste un ejemplo de interpretación paradójica, pues parece contraria a lo que dice textualmente el referido apartado 5: “La Generalitat, la Administración local y las demás corporaciones públicas de Cataluña, las instituciones y las empresas que dependen de las mismas y los concesionarios de sus servicios *deben utilizar el catalán* en sus actuaciones internas y en la relación entre ellos. También deben utilizarlo en las comunicaciones y las notificaciones dirigidas a personas físicas o jurídicas residentes en Cataluña, *sin perjuicio del derecho de los ciudadanos a recibirlas en castellano si lo piden.*”

También hace un esfuerzo notabilísimo el Tribunal para no declarar la inconstitucionalidad del 35.1 (“1. Todas las personas tienen derecho a recibir la enseñanza en catalán, de acuerdo con lo establecido por el presente Estatuto. El catalán debe utilizarse normalmente como lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza universitaria y en la no universitaria”) pese a afirmar que “(s)iendo así que ambas lenguas han de ser no sólo objeto de enseñanza, sino también medio de comunicación en el conjunto del proceso educativo, es constitucionalmente obligado que las dos lenguas cooficiales sean reconocidas por los poderes públicos competentes como vehiculares, siendo en tales términos los particulares titulares del derecho a recibir la enseñanza en cualquiera de ellas” (FJ 24).

5.2. Rechazo del diseo del sistema de reparto competencial

5.2.1. La definicin de lo bsico y la definicin de submaterias

El Tribunal considera inconstitucional la definicin que realizaba el artculo 111 sobre la capacidad del Estado de dictar las bases en materias de competencia compartida. Deca el artculo: “En las materias que el Estatuto atribuye a la Generalitat de forma compartida con el Estado, corresponden a la Generalitat la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la funcin ejecutiva, *en el marco de las bases que fije el Estado como principios o mnimo comn normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitucin y el presente Estatuto*”.

Por razones obvias, que en parte se han adelantado antes, la sentencia declara inconstitucional el ltimo inciso, y recuerda la vigencia de su jurisprudencia anterior: no corresponde al Estatuto, sino a la Constitucin (es decir, al Tribunal Constitucional que la interpreta) definir lo que son las bases. Ello es as por razn del concepto de lo bsico y por razones prcticas: “porque el concepto, el contenido y el alcance de las bases no pueden ser, como regla general, distintos para cada Comunidad Autnoma, pues en otro caso el Estado tendra que dictar uno u otro tipo de bases en funcin de lo dispuesto en cada Estatuto de Autonomía. De otro, porque, siendo mudables las bases (STC 1/2003, de 16 de enero), tambin lo es, en correspondencia inevitable, el mbito disponible por la legislacin de desarrollo, de manera que la rigidez procedimental de un Estatuto lo convierte en norma inapropiada para determinar con detalle el alcance de las potestades inherentes a esa legislacin” (FJ 60).

Por otra parte, lo bsico puede definirse por cualquier instrumento normativo, incluso por actos de ejecucin del Estado: “tambin es posible predicar el carcter bsico de normas reglamentarias y de actos de ejecucin del Estado (...), y son factibles en las bases un alcance diferente en funcin del subsector de la materia sobre la que se proyecten e incluso sobre el territorio (...). Y ello no como pura excepcin al criterio que para el art. 111 EAC constituye la regla de principio (base prin-

cial o de mínimo normativo, formalizada como ley), sino como elementos de la definición del contenido y alcance de la competencia atribuida al Estado cuando éste es el titular de la potestad de dictar las bases de la disciplina de una materia determinada” (FJ 60).

Tal declaración de inconstitucionalidad afecta a la de otros preceptos en que se reitera ese concepto de base al definir la competencia de la Comunidad en determinadas materias (cajas de ahorro con domicilio en Cataluña, estructura, organización y funcionamiento de las entidades de crédito que no sean cajas de ahorro, de las cooperativas de crédito y de las entidades gestoras de planes y fondos de pensiones y de las entidades físicas y jurídicas que actúan en el mercado asegurador).

Esa doctrina permite desarbolar el intento de fijar las competencias autonómicas mediante la detallada relación de las submaterias en las materias de competencia compartida. Sin entrar en el análisis de cada caso, se recuerda que las competencias del Estado son las que son, y no pueden verse afectadas por el Estatuto.

5.2.2. La invasión de ámbitos reservados a Ley Orgánica

La sentencia declara la inconstitucionalidad de numerosos preceptos que inciden en materias que la Constitución reserva al legislador orgánico. Afecta a la reserva a la LOTC y, por consiguiente, es inconstitucional, que los dictámenes del Consejo de Garantías Estatutarias tengan “carácter vinculante con relación a los proyectos de ley y las proposiciones de ley del Parlamento que desarrollen o afecten a derechos reconocidos por el presente Estatuto” (art. 76.4 EAC), dado que tal carácter vinculante diluye las diferencias entre Consejo y Tribunal Constitucional, fundamentalmente sustanciadas en el valor de cosa juzgada privativo de los pronunciamientos jurisdiccionales, “perjudicándose entonces el monopolio de rechazo de las normas con fuerza de ley reservado por el art. 161 CE a este Tribunal”, además de suponer “una inadmisibles limitación de la autoridad y las competencias parlamentarias, con grave quebranto de los derechos de participación política reconocidos por el art. 23 CE” (FJ 32).

Es también inconstitucional, por contrario a la reserva de LO del Defensor del Pueblo que establece el artículo 54 CE, el inciso “con carácter exclusivo” del apartado 1 del art. 78 EAC que establece que “(e)l Síndic de Greuges tiene la función de proteger y defender los derechos y las libertades reconocidos por la Constitución y el presente Estatuto. A tal fin supervisa, *con carácter exclusivo*, la actividad de la Administración de la Generalitat...”

Es igualmente inconstitucional la incursión del Estatuto en materia que la Constitución reserva a la LOPJ, y particularmente su regulación de un Consejo de Justicia de Cataluña como “órgano de gobierno del poder judicial en Cataluña” que “actúa como órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial, sin perjuicio de las competencias de este último, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial”. En el FJ 47 de la sentencia, el TC considera que “*es notorio* que el Estatuto catalán incurre en un evidente exceso” al crear en el art. 97 un tal Consejo” y “*es obvia* la infracción de los arts. 122.2 CE y 149.1.5 CE, (...) pues ningún órgano, salvo el Consejo General del Poder Judicial, puede ejercer la función de gobierno de los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial, ni otra ley que no sea la Orgánica del Poder Judicial puede determinar la estructura y funciones de aquel Consejo”. A partir de ahí, se confirma la inconstitucionalidad de una serie de preceptos, por razones vinculadas con las que se acaban de señalar, en la medida en que otorga al Consejo de Justicia competencias que son del CGPJ, atribuye a aquél la participación en decisiones que son de éste, o incorpora entre sus miembros al Presidente del TSJ de C, que lo preside.

Igualmente se declara inconstitucional, por invadir materia reservada a la LOFCA, el inciso del apartado 3 del art. 206, que subordina la contribución de Cataluña “para garantizar que el sistema estatal de financiación disponga de recursos suficientes para garantizar la nivelación y solidaridad a las demás Comunidades Autónomas, con el fin de que los ser-

vicios de educación, sanidad y otros servicios sociales esenciales del Estado del bienestar prestados por los diferentes gobiernos autonómicos puedan alcanzar niveles similares en el conjunto del Estado” al hecho de que éstos, *“lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar.*

Finalmente, también se declara inconstitucional, por contrario a la reserva estatal en materia de legislación de haciendas locales el inciso que se subraya del apartado 2 del art. 218: “2. La Generalitat tiene competencia, en el marco establecido por la Constitución y la normativa del Estado, en materia de financiación local. Esta competencia *puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales e incluye la capacidad para fijar los criterios de distribución de las participaciones a cargo del presupuesto de la Generalitat*”.

La lógica del Tribunal Constitucional, en estos casos, es la que hemos comentado: lo que eran competencias del Estado siguen siéndolo. El Estatuto es una ley orgánica, pero no puede regular materias que la Constitución reserva a ley orgánica y, en ningún caso puede limitar las competencias exclusivas del Estado: “La distribución competencial que opera entre las propias leyes orgánicas explica que el Estatuto de Autonomía no pueda regular toda la materia que en principio se reserva al género de la ley mediante la cual se aprueba, pues en ocasiones la reserva orgánica lo es, de manera exclusiva y excluyente, a una ley orgánica determinada (así, LOPJ), o a una especie del género común. Este último es el caso de las leyes orgánicas de desarrollo de los derechos fundamentales (art. 81 CE). Esa función de desarrollo no puede acometerse en una ley orgánica de aprobación de un Estatuto de Autonomía; y ello por razones que tienen que ver con la condición del Estatuto como norma institucional básica, por un lado, y con su vigencia territorial limitada, por otro”. (FJ. 17).

5.3. Los límites del bilateralismo

Valga una última mención a un tema también relacionado de alguna manera con las cuestiones competenciales: la frecuente inclusión en el

Estatuto de espacios de encuentro entre la Generalitat y el Estado a los que se encomienda la toma de decisiones en materias de interés de la primera. Destaca entre ellas la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, “marco general y permanente de relación” entre los respectivos gobiernos, pero se definen otras, además de preverse la participación de la Generalitat en la designación de miembros de diversas instituciones del Estado (Tribunal Constitucional o Consejo General del Poder Judicial), y en varios organismos económicos y sociales del Estado.

El Tribunal nada objeta a la existencia de tales lugares de encuentro, o a la posible participación de la Generalitat en dichas instancias, pero reitera la doctrina que acabamos de recoger: la bilateralidad, “amén de no ser excluyente de la multilateralidad (...) no cabe entenderla como expresiva de una relación entre entes políticos en situación de igualdad, capaces de negociar entre sí en tal condición, pues (...) el Estado siempre ostenta una posición de superioridad respecto de las Comunidades Autónomas (...). De acuerdo con ello el principio de bilateralidad sólo puede proyectarse en el ámbito de las relaciones entre órganos como una manifestación del principio general de cooperación, implícito en nuestra organización territorial del Estado” (FJ 13). El Estatuto no es sede inadecuada para contemplar fórmulas cooperativas en asuntos que afectan a competencias e intereses de la Comunidad, pero “es al legislador estatal, pues estatales son los órganos y funciones en los que se prevé aquí la participación autonómica, al que corresponde determinar con entera libertad la participación expresada, su concreto alcance y su específico modo de articulación, que no podrá tener lugar en órganos de carácter decisorio, debiendo en todo caso dejar a salvo las referidas participaciones orgánica y funcional la titularidad de las competencias estatales eventualmente implicadas y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado” (FJ 65).

La previsión de fórmulas de colaboración y cooperación no condiciona el ejercicio de las competencias del Estado (FJ 73), y “es a la legislación estatal a la que corresponde libremente determinar los concretos

términos, formas y condiciones de la participación de la Comunidad Autónoma (...), debiendo en todo caso quedar a salvo la titularidad de las competencias estatales eventualmente implicadas y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado” (FJ 84).

6. CONCLUSIÓN

La STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña deja las cosas como estaban en lo tocante al sistema de reparto competencial. No podía ser de otro modo. El Estatuto implicaba una reforma del modelo territorial constitucional sin reforma de la Constitución (y, por otra parte, sin los consensos que hubieran sido necesarios), ignorando categorías que había ido definiendo el Tribunal Constitucional no tanto desde la interpretación del bloque de la constitucionalidad, sino desde la interpretación de la Constitución.

Las aspiraciones a redefinir el modelo consiguiendo una autonomía “de calidad”, en que la legislación básica tuviera menor trascendencia y fuera posible a las CCAA llevar a cabo más eficaces políticas propias siguen siendo respetables pero su consecución obligará a emprender otras vías. La mejor sería, desde luego, la reforma constitucional, pero hay otras. No puede olvidarse que, por lo que toca a los eventuales excesos de los poderes centrales (Cortes o Gobierno) en la definición de las bases, los partidos que gobiernan las Comunidades tienen representación en el Congreso, donde pueden denunciar los eventuales excesos de la regulación básica, y nada obsta a que se busquen vías que permitan participar a las Comunidades en la elaboración de las normas básicas o de garantizarlas, al menos, información sobre los proyectos estatales cuando se trate de desarrollos por norma reglamentaria. Nada impide que el Senado permita una mayor colaboración entre el Estado y las Comunidades, pues éstas, como ha subrayado J.J. Solozábal, “tendrán elementos que

aportar, y no sólo para impedir la invasión de lo básico sobre sus propias facultades, como destinatarios de la norma que han de desarrollar”, por lo que su contribución puede ser muy importante. No menos útil pudiera ser el diálogo en las Conferencias Sectoriales para debatir y eventualmente consensuar anteproyectos.

En cualquier caso, mientras no se abra el proceso de reforma constitucional, habrá de plantearse el debate en el terreno de las críticas hacia dinámicas legislativas impulsadas por los Gobiernos, y en la propuesta de vías que, asumidas e impulsadas por la doctrina, faciliten su acogida por la jurisprudencia, también por la constitucional.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Este trabajo se ha beneficiado de muchas lecturas de autores que no siempre he citado expresamente. Es obligado referirme en primer lugar al número dedicado por la revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* al tema “El Tribunal Constitucional y el Estatut” (número 15, octubre de 2010), y tengo que citar expresamente algunos trabajos que me han influido particularmente (Francesc de Carreras Serra, “El nuevo estatuto frente a la Constitución” *Claves de razón práctica*, n° 158, 2005 y “¿Es constitucional el Estatuto de Cataluña?”, *Claves de razón práctica*, n° 206, octubre de 2010 y de Roberto L. Blanco Valdés, “El estatuto catalán: texto y pretextos”, *Claves de razón práctica*, n° 162, 2006, y “El Estatuto de Cataluña y la sentencia de nunca acabar”, *Claves de razón práctica*, n° 205, septiembre de 2010). Por lo que se refiere a los citados explícitamente, señalo su fuente por orden: la referencia de Pasqual Maragall está tomada del artículo citado de F. de Carreras “¿Es constitucional el Estatuto de Cataluña?”; Tomás Villarroya, Joaquín: “Proceso autonómico y observancia de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 15, septiembre-diciembre, 1985; Pedro Cruz Villalón, “la reforma del Estado de las Autonomías”, *Revista d’Estudis Autònemics*

y *Federals*, 2, 2006; Tomás y Valiente, Francisco: *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1988, recogido en Francisco Tomás y Valiente, *Obras Completas*, III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 1895-1902); Alberto López Basaguren, “El contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía”, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2009, http://www.fundacionmgimenezabad.es/index.php?option=com_bookmarks&task=detail&Itemid=100269&id=412&Itemid=100454&catid=2 ; Manuel Aragón Reyes, “¿Estado jurisdiccional autonómico?”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 16, 1986; Álvaro Rodríguez Be-reijo, “La Constitución y las reformas territoriales en España”, *Repertorio Aranzadi* n° 8/2007; Luis Ortega, *Reforma Constitucional y Reforma Estatutaria*, Thomson- Civitas, Madrid, 2005; Santiago Muñoz Machado “Meditaciones sobre el Estado: La verdad sobre el caso del Estatut (I)”, *El Imparcial* 29-06-2010, continua “La verdad sobre el caso del Estatut (II)” y (III) en el mismo periódico los días 7 y 14 de Julio; Francesc de Carreras, artículo citado al comienzo; J.J. Solozábal Echavarría, “El Estado Autonomico en perspectiva”, *Revista de Estudios Políticos*, número 124, 2004.

Los objetivos del Estatuto de Cataluña¹ y la STC 31/2010

FRANCESC DE CARRERAS SERRA
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Barcelona

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 2010/12/30

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 2011/06/20

Resumen: Tras unas consideraciones preliminares en las que se destacan determinadas peculiaridades de la sentencia, en especial su carácter interpretativo, el autor examina los objetivos iniciales del proyecto de Estatuto sustentados en una teoría jurídica equivocada al estar formulada al margen de la jurisprudencia del TC, ignorando que la Constitución es un texto cuyo contenido está determinado en última instancia por la jurisprudencia de dicho Tribunal. Basándose en su doctrina sobre la naturaleza, contenido y función de los estatutos de autonomía, el TC desactiva los principales objetivos del estatuto: la singularidad de la autonomía catalana, su régimen lingüístico, el aumento de las competencias y la relación bilateral con el Estado. En definitiva, tras la sentencia, el Estatuto catalán no es sustancialmente distinto al anterior.

Palabras clave: Estatuto de autonomía (naturaleza, contenido y función), Estado de las autonomías, Reforma de los estatutos, Competencias autonómicas, Cooficialidad lingüística

¹ Texto de la conferencia pronunciada por el autor en la Quinta Jornada de la Sección de Derecho Público de la AVID/ZEA el lunes 15 de noviembre de 2010.

Laburpena: Hasierako hausnarketetan azpimarratu ondoren epaiaren hainbat ezaugarri, bereziki bere interpretaziozko izaera, egileak estatutu-proiektuaren lehen helburuak aztertzen ditu. Horiek teoria juridiko erratu batean oinarritzen dira, Konstituzio Auzitegiaren jurisprudenziatik kanpo baitira. Halaber, ahaztu egiten du konstituzioa testu bat dela eta bere edukia, hain juxtu ere, aipatu Auzitegiaren jurisprudenziak mugatzen duela. Konstituzio Auzitegiak autonomia-estatutuen izaera, eduki eta eginkizunei buruz esandako doktrina hartzen du oinarri, estatutuaren helburu garrantzitsuenak ezabatze-ko: Kataluniako autonomiaren berezitasuna, hizkuntza-araubidea, eskumen gehiketa eta Estatuarekin aldebiko harremana. Laburbilduz, epaiaren ondoren, Kataluniako oraingo estatutuak ez du funtsezko desberdintasunik aurrekoarekin.

Gako-hitzak: Autonomia-estatutua (izaera, edukia eta eginkizuna, Autonomien estatua, Estatutuen erreforma, Autonomia Erkidegoen eskumenak, Koofizialtasun linguistikoa

Abstract: After some preliminary considerations in which certain peculiarities of the judgement are highlighted, especially its interpretative nature, the author analyses the initial objectives of the draft Statute underpinned in a risky legal theory as it is drafted outside the case law of the CC (Constitutional Court), ignoring that the Constitution is the text whose context is ruled on in the latest judgement by case law of said Court. On the basis of its doctrine on the nature, content and purpose of the statutes of autonomy, the CC invalidates the main objective of the Statute: the uniqueness of the statute of autonomy of Catalonia, its linguistic system, the increased powers and the bilateral relationship with the State. All things considered, following the judgement, the Catalanian Statute is not substantially different to the former.

Key words: Statute of Autonomy (nature, content and function), Status of the autonomous communities, Amendment of the Statutes, Autonomous community powers, Linguistic co-officiality

CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 2. LOS OBJETIVOS DEL ESTATUTO. 3. LAS BASES IN CONSTITUCIONALES PARA ALCANZAR ESTOS OBJETIVOS. 4. LOS FUNDAMENTOS BÁSICOS DE LA SENTENCIA: NATURALEZA; CONTENIDO Y FUNCION DE LOS ESTATUTOS. 5. TRAS LA SENTENCIA: ¿SE HAN CONSEGUIDO LOS OBJETIVOS INICIALES?: a) nación, nacionalidad y derechos históricos; b) el Estatuto como constitución de Cataluña, c) Regulación del régimen lingüístico; d) Las competencias de la Generalitat; e) La vinculación de los órganos estatales al Estatuto y las relaciones bilaterales Estado-Generalitat. 6. CONSIDERACIONES FINALES

Antes de empezar a tratar el tema específico de la conferencia quiero agradecer la invitación de la Academia Vasca de Derecho para participar en este acto, la presencia de su secretario don Javier Oleaga y, muy en especial, la confianza mostrada por mi colega y viejo amigo el profesor Javier Corcuera al proponer mi nombre para estar aquí con ustedes.

A continuación, tras unas consideraciones preliminares sobre el conjunto de la sentencia, pasaré a examinar su contenido analizando previamente los objetivos iniciales que se proponía el nuevo Estatuto de Cataluña, la teoría jurídica que los sustentaba, sus dificultades de encaje constitucional y, finalmente, intentar averiguar, tras el pronunciamiento del Tribunal, si los objetivos que se pretendían han sido conseguidos.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Contrariamente a la opinión común, la STC 31/2010, de 28 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Estatuto de Cataluña por 99 diputados del Partido Popular, no es de una gran extensión si nos atenemos al hecho extraordinario e inédito de que se impugnaron más de doscientos preceptos incluidos en alrededor de 120 artículos. El núcleo de la sentencia, contenido, como es natural, en sus Fundamentos Jurídicos (FJ), abarca 234 páginas, poco más de una por

precepto. No es ocioso conocer estos datos por una razón: se trata de una resolución escrita con una concisión y claridad inusuales en el Tribunal.

Ello no puede desligarse de su estructura formal: en los Antecedentes se detallan las alegaciones de las partes y en los Fundamentos, contra lo que es habitual, se indica el número de antecedente concreto que interesa y, en su caso, se alude muy brevemente a dichas alegaciones con el único objetivo de lograr el cabal entendimiento de lo argumentado. Los razonamientos del Tribunal, además, son también sucintos, en especial porque en la mayoría de los casos están fundados en aplicación de jurisprudencia anterior, a la que se remite dando una simple referencia de la resolución clave.

Así pues, a diferencia de la mayoría de las sentencias, que suelen caracterizarse por ser muy farragosas —la STC 247/2007, sobre el Estatuto de Valencia, es un caso paradigmático—, la sentencia de la que tratamos, debido a su claridad expositiva, se lee con fluidez.

A esta primera caracterización formal, hay que añadir algunas otras, más substanciales. En primer lugar, la sentencia tiene un carácter netamente interpretativo, como muestra de un exquisito respeto por el legislador estatutario, al declarar nulos sólo 14 de los preceptos recurridos. Así pues, mediante la técnica de la “interpretación conforme”, el Tribunal se ha inclinado por conservar la literalidad de los preceptos, aunque haya tenido, en muchos casos, que forzar su interpretación. Precisamente, este ha sido el principal reproche de los magistrados de la minoría que han formulado votos particulares.

¿En qué medida tienen razón estos votos particulares? En términos generales creo que su apreciación es cierta: de la lectura de los fundamentos se desprende que las “interpretaciones conformes” son muy numerosas y, en casos, extremadamente forzadas, incluso contrarias a la literalidad del precepto, con objeto de salvar su constitucionalidad formal. Ello es reprochable dado que vulnera la división de poderes y puede generar inseguridad jurídica, como ha recordado el Tribunal en numerosas ocasiones. Ahora bien, debemos preguntarnos si, excepcionalmente, en este supuesto tales

interpretaciones conformes están justificadas. Primero, por el respeto debido a un legislador ciertamente extraordinario, un legislador que nunca había tenido ocasión de comparecer delante del Tribunal Constitucional. Téngase en cuenta que un trámite necesario del procedimiento legislativo para aprobar este Estatuto lo ha constituido el voto en referéndum de los ciudadanos catalanes. No ofrece dudas la competencia del Tribunal para admitir tal recurso y dictar sentencia. Pero también es cierto que el supuesto es absolutamente inédito y singular, tan inédito y singular que en estos años se ha ido conformando un consenso implícito en favor de la idea de restablecer en estos casos, es decir, en normas que requieran de un referéndum para su aprobación, el recurso previo de inconstitucionalidad.

Además, también hay otro factor de carácter más coyuntural que justifica un tipo de sentencia “tan interpretativa” como la presente. Se trata de la constatada dificultad de llegar a formar una mayoría dentro del Tribunal, dificultad que ha ocasionado un serio desgaste de su *autoritas* ante la opinión pública. No es cierto que el Tribunal haya estado debatiendo sobre el Estatuto de Cataluña durante cuatro años. De hecho, empezó a tratar el asunto en enero de 2008, tras aprobar la sentencia sobre el Estatuto de Valencia. En estos dos últimos años ha dictado, además, sentencias sobre casos difíciles y ha sentado una importante y compleja doctrina sobre la noción de “especial trascendencia constitucional” en la admisibilidad de los recursos de amparo, según el nuevo texto del art. 50.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, introducido por la reforma de 2007. Así pues, el TC no ha estado sólo pendiente de la sentencia sobre el Estatuto e inactivo en todo lo demás.

Ahora bien, en los meses previos a la sentencia, ante el acuciante asedio político y mediático, era urgente que el Tribunal adoptara una resolución que zanjara las dudas de constitucionalidad sobre el Estatuto, siempre, naturalmente, que fuera una resolución técnicamente bien fundada, razonablemente argumentada y de la que se dedujera con claridad la doctrina constitucional sobre la materia. Tal como estaban las cosas, el TC sólo tenía dos caminos para llegar a formar esta mayoría suficiente: el que finalmen-

te ha tomado (una sentencia predominantemente interpretativa) o declarar nulos e inconstitucionales un centenar o más de preceptos (tal como resulta de los votos particulares). Si al fin se ha alcanzado una mayoría por el primer camino y la sentencia expresa claramente las inconstitucionalidades, totales o parciales, que se observan en el texto estatutario, creo que esta mayoría ha optado por la única vía posible y efectiva.

Por último, otras tres características generales revisten interés.

En primer lugar, la sentencia no resulta doctrinalmente muy innovadora. Los principales argumentos utilizados para resolver sobre la constitucionalidad de los preceptos recurridos están basados en jurisprudencia constitucional anterior a la que apenas se añade ningún otro argumento. En este sentido, es una sentencia previsible.

En segundo lugar, aunque se niegue en sus fundamentos, no hay duda que la sentencia destila un fuerte carácter preventivo. Ciertamente, el TC tiene vedado por su propia doctrina hacer juicios preventivos y debe limitarse a juzgar los preceptos en sí mismos, no por su hipotético desarrollo futuro. Ahora bien, en el caso de un Estatuto creo que tiene una cierta justificación hacer juicios preventivos ya que la vocación de sus preceptos es el desarrollo legislativo y no la aplicación directa. Si a ello añadimos el carácter ambiguo e indeterminado de muchos preceptos del Estatuto debido sobre todo al escaso rigor técnico y a las frecuentes contradicciones de su texto, entra dentro de las funciones legítimas del Tribunal advertir que determinados desarrollos legislativos pueden incurrir en vicio de inconstitucionalidad para que así el Parlamento y el ejecutivo catalán lo tengan en cuenta al ejercer sus respectivas funciones legislativas.

Finalmente, en tercer lugar, en contra de las apariencias, el acuerdo general en torno al juicio de constitucionalidad que merece el Estatuto, es mucho mayor del que parecen mostrar la doble mayoría y los numerosos votos particulares. Ciertamente, en una primera apreciación cuantitativa puede parecer que la sentencia sólo fue aprobada por seis magistrados. Sin embargo, los magistrados discrepantes Conde, Delgado y Rodríguez Arri-

bas, suelen coincidir, en líneas generales, sobre las cuestiones de fondo con los magistrados mayoritarios pero discrepan en las conclusiones: consideran que la mayor parte de los preceptos que han sido objeto de “interpretación conforme” –consten o no en el fallo– deberían haber sido declarados nulos. En consecuencia, la resolución del TC expresa un consenso básico mucho mayor que el que aparentemente reflejan las votaciones.

2. LOS OBJETIVOS DEL ESTATUTO

El proceso legislativo por el que discurrió el Estatuto tuvo dos grandes fases centradas en dos textos legislativos: a) el proyecto aprobado por el Parlamento catalán en septiembre de 2005 y el texto definitivo que primero aprobaron las Cortes Generales y después fue ratificado mediante referéndum en Catalunya.

El proyecto inicial aprobado por el Parlamento catalán era flagrantemente contrario a la Constitución en muchas de sus innovaciones fundamentales. Durante su tramitación en el Congreso fue ampliamente modificado y se eliminaron los preceptos más obviamente inconstitucionales aunque todavía quedaron algunos flecos por pulir y, sobre todo, muchos preceptos ambiguos. Nadie ponía en duda que el Estatuto pasaría por el cedazo del Tribunal Constitucional y es muy probable que se cerraran acuerdos confiando en que ya sería este alto órgano jurisdiccional quien se encargaría de adaptar el texto aprobado a la Constitución. Esta actitud fue una grave imprudencia ya que, como era previsible, ha situado al TC en una posición muy complicada, debiendo resolver en medio de fuertes presiones políticas y mediáticas; a la postre, le ha conducido, como era de esperar, a una grave crisis de credibilidad, erosionando hasta límites muy peligrosos su prestigio y autoridad ante la opinión pública.

Los objetivos centrales del inicial proyecto catalán eran dos: primero, otorgar un trato jurídico singular a Cataluña, dada su condición de nación, que permitiera distinguirla de las demás comunidades autónomas;

y, segundo, aumentar y garantizar las competencias de la Generalitat y su financiación. En definitiva, aumentar la esfera de autogobierno a costa de diferenciar a Cataluña del resto de comunidades.

No debe olvidarse que desde los pactos autonómicos entre PSOE y PP del año 1992, la orientación definitiva del Estado de las autonomías se inclinó hacia formas federales al igualar sustancialmente las competencias de todas las comunidades. Esto, lógicamente, no fue aceptado por los partidos nacionalistas dado que lo que ellos entendían por “condición nacional” de Cataluña no era posible conciliarlo con la igualdad de trato con las demás comunidades. De ahí que el sector moderado de este nacionalismo –los socialistas catalanes– optase por proponer un modelo federal impreciso y desconocido en el derecho comparado, el llamado “federalismo asimétrico”, cuando a principios del año 2.000 el PSC pacta con ERC e IC para desbancar a CiU del Gobierno de la Generalitat. De este pacto político, al que después CiU no tiene más remedio que añadirse, nacerá el proyecto de Estatuto aprobado en el Parlamento catalán y posteriormente, tras las modificaciones exigidas por el PSOE en el Congreso, el texto definitivo que ha sido objeto de la sentencia constitucional.

Esta singularidad catalana y el aumento y garantía de los poderes de la Generalitat, se concretaba, en síntesis, en seis grandes objetivos:

- 1) Considerar a Cataluña como una nación. Con este término se la distinguía de las demás comunidades que sólo gozaban, según el art. 2 de la Constitución (en adelante CE), de la consideración de nacionalidades o regiones.
- 2) Desbordar el contenido del Estatuto anterior para darle una apariencia formal de Constitución: incluir, pues, en su texto, títulos y capítulos que regularan derechos, deberes y principios rectores, régimen local, poder judicial, acción exterior de la Generalitat y relaciones institucionales con el Estado y la Unión Europea.

- 3) Incorporar al articulado del Estatuto los principios básicos de la legislación lingüística para así impedir futuras modificaciones parlamentarias.
- 4) Aumento de las competencias propias mediante la definición de sus diversos tipos, el blindaje frente al Estado de las competencias actuales y la limitación de las competencias de éste, a pesar de estar garantizadas constitucionalmente en el art. 149.1 CE.
- 5) Vincular desde el Estatuto a determinados órganos estatales alegando su condición de ley orgánica, por tanto de norma estatal. Además de las competencias, ello afectaba también al poder judicial, al Tribunal Constitucional y otros órganos independientes, al sistema de financiación y a la reforma estatutaria.
- 6) Regular los órganos y procedimientos de relación bilateral con el Estado.

3. LAS BASES [IN]CONSTITUCIONALES PARA ALCANZAR ESTOS OBJETIVOS

Estos objetivos se fundamentaban en una determinada concepción constitucional del Estatuto como norma jurídica. Esta nueva y peculiar concepción, elaborada por un grupo de juristas catalanes, derivaba de las siguientes bases:

Primera. El Estado de las autonomías está “desconstitucionalizado”, es decir, sus rasgos fundamentales apenas están configurados en la Constitución y son los estatutos quienes determinan el modelo autonómico. En virtud del principio dispositivo (derivado del “derecho a la autonomía” mencionado en el art. 2 CE) y dada la desconstitucionalización del modelo, los estatutos pueden modificarse casi de forma ilimitada. Por tanto, mediante la reforma de los estatutos se puede proceder a la modificación del modelo global.

Segunda. Los estatutos no son simples leyes orgánicas sino que, debido a su procedimiento paccionado de elaboración y reforma, forman parte del bloque de la constitucionalidad y gozan dentro del ordenamiento de una posición cuasi-constitucional, es decir, de hecho materialmente constitucional, que los convierte en complemento de la Constitución en cuanto a la organización territorial del Estado.

Tercera. Esta posición cuasi-constitucional hace que los estatutos sean normas que exijan un especial respeto y lealtad por parte de los demás órganos del Estado. De ahí deriva que sean invulnerables respecto de las demás leyes que concretan la distribución de competencias y forman también parte de dicho bloque.

Cuarta. El contenido constitucional de los estatutos, determinado en el art. 147 CE y, puntualmente, en algún otro precepto de la Constitución, es, simplemente, su contenido mínimo. Pero los estatutos pueden también incluir cualesquiera otros contenidos que permitan a la comunidad autónoma desplegar el conjunto de sus funciones constitucionales derivadas de su condición de norma institucional básica de la comunidad, según establece el art. 147.1 CE.

A estas bases constitucionales, jurídicamente tan distintas de la doctrina comúnmente aceptada, hay que añadir otra arriesgada novedad en los planteamientos del proyecto catalán: el olvido de la doctrina del TC en un sistema que, como el nuestro, está constitucionalmente jurisprudencializado. Efectivamente, en los Estados dotados de Tribunal Constitucional –es decir, en las democracias constitucionales– la constitución no se reduce a la simple literalidad de su texto sino que se completa mediante la doctrina que ha ido configurando el Tribunal Constitucional al hilo de sus resoluciones. Es razonable sostener que antes de 1981, es decir, antes de que se dictaran las primeras sentencias del Tribunal Constitucional, en el texto estricto de la Constitución no hubiera elementos suficientes para delimitar con exactitud un modelo fijo de organización

territorial. En efecto, entonces era un modelo abierto. Sin embargo, hoy, y desde hace bastantes años, ello ya no es así: dicho modelo se ha ido construyendo pacientemente mediante las leyes que despliegan la Constitución, especialmente los estatutos, a las que debe añadirse, como elemento decisivo, la jurisprudencia constitucional sobre esta materia.

En el proyecto catalán hubo un adanismo constitucional notoriamente osado e, incluso, contradictorio con la idea misma de democracia constitucional. Además de prescindir de la jurisprudencia del TC, se pretendía cambiar el modelo constitucional existente por una vía que ni es la prevista en los procedimientos formales de reforma constitucional, ni respeta una jurisprudencia que, si bien es modificable, hasta que ello no suceda forma parte, en cierta manera, de la Constitución misma. Puede alegarse que precisamente esta sentencia era la ocasión para cambiar la jurisprudencia. Ahora bien, no es sensato pensar que un Tribunal que tiene por norma, incluso por obligación, ser prudente en los cambios de doctrina —ya que la estabilidad constitucional es uno de los valores que debe preservar— iba a efectuar un giro tan profundo como el que exigía el Estatuto catalán.

4. LOS FUNDAMENTOS BÁSICOS DE LA SENTENCIA: NATURALEZA, CONTENIDO Y FUNCIÓN DE LOS ESTATUTOS

En los breves Fundamentos Jurídicos 3 a 6 se expone la doctrina sobre la naturaleza jurídica, contenido y función de los Estatutos de autonomía, elementos clave para entender toda la sentencia. En efecto, en estos fundamentos se establecen los parámetros constitucionales básicos desde los que la sentencia analiza los preceptos impugnados, parámetros que, a su vez, son una réplica a las bases jurídicas del proyecto catalán que antes hemos sintetizado. Veamos.

En relación a su *naturaleza*, el FJ 3 dice que los estatutos son normas subordinadas a la Constitución ya que no son expresión del poder soberano sino de una autonomía fundada en la Constitución misma. Con estas

obvias afirmaciones nada novedosas, se desestima claramente la confusa idea de los Estatutos como norma cuasi-constitucional: “como norma suprema del ordenamiento –dice la sentencia– la Constitución no admite igual ni superior, sino sólo normas que le están sometidas en todos los órdenes”. Tampoco la sentencia otorga eficacia jurídica a la idea de que un estatuto debe ser considerada como una norma “materialmente constitucional”: simplemente se limita a calificar este término –como es evidente– de concepto meramente doctrinal o académico sin valor normativo alguno. Por último, se recuerda que los estatutos se integran en el ordenamiento bajo la forma de ley orgánica, algo también obvio, y extrae la lógica consecuencia de que se relacionan con el resto de normas a través de los criterios de jerarquía y competencia, dependiendo esta última, como es patente, del contenido constitucionalmente legítimo de los estatutos.

Precisamente al *contenido* de los estatutos dedica los FJ 4 a 6. Una posición restrictiva en este punto hubiera tenido como consecuencia la declaración de nulidad de buena parte del Estatuto por desbordar éste las materias que le están estrictamente reservadas: ello podría afectar, quizás, a más de un centenar de artículos. Por respeto al legislador estatutario, el Tribunal realiza un esfuerzo interpretativo para ampliar al máximo el posible contenido que le permite salvar la letra del Estatuto aún cuando después desactive los aspectos más innovadores con lo cual sus efectos jurídicos sean muy limitados o casi nulos.

Con esta finalidad, la sentencia distingue entre un contenido constitucionalmente explícito y otro contenido implícito, tal como ya expuso en la sentencia 247/2007, sobre el Estatuto de la Comunidad Valenciana. El contenido explícito es el mencionado en el art. 147.2 CE y en los preceptos constitucionales relativos a la lengua (art. 3 CE), los símbolos (art. 4 CE) o la composición del Senado (art. 69.5 CE), entre otros. El contenido implícito, no fijado expresamente en la Constitución, debe ser el complemento adecuado del anterior debido a su conexión con las citadas previsiones constitucionales, teniendo en cuenta que un estatuto es la norma institucional básica de una comunidad autónoma (art. 147.1 CE).

Ahora bien, la sentencia fija ciertos límites a este contenido implícito. Algunos muy evidentes. Por ejemplo, las reservas constitucionales a favor de leyes específicas, como es el caso de las leyes orgánicas del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional u otras leyes orgánicas en materias no autonómicas. Otros límites, sin embargo, no son tan evidentes y en la misma sentencia el TC no los perfila con claridad; más bien al contrario, los plantea en un plano de gran abstracción y reconoce que su delimitación concreta sólo puede llevarse a cabo desde el mismo Tribunal Constitucional teniendo en cuenta, por un lado, la divisoria entre la Constitución y los poderes constituidos y, por otro, la eficacia del sistema en su conjunto. Desde ambos puntos de vista, distingue, a su vez, entre límites cualitativos y cuantitativos.

Los límites cuantitativos derivan del hecho que los estatutos son normas rígidas que inevitablemente implican una petrificación del ordenamiento. No debe dificultarse en exceso, por tanto, que las normas sean reversibles, algo inherente a la idea misma de democracia. Por ello deben ser excepcionales las leyes que –como el Estatuto– son aprobadas mediante procedimientos agravados y por mayorías cualificadas. Asimismo, el TC recuerda lo establecido en la STC 247/2007: es propio de los estatutos regular aspectos “centrales o nucleares” de las instituciones y las competencias; por tanto, deben excluirse de los estatutos las regulaciones de detalle.

Los límites cualitativos, por su parte, tienen su fundamento en un factor distinto: determinados contenidos materiales no pueden regularse en los estatutos porque son propios de normas derivadas del poder constituyente (y, en su caso, deben regularse en la Constitución), no en normas procedentes de los poderes constituidos (como es el caso de los estatutos). En particular, dice la sentencia, hay que excluir de las materias estatutarias “la definición de las categorías y conceptos constitucionales, entre ellos la definición de la competencia de la competencia que, como acto de soberanía, sólo corresponde a la Constitución (...) y sólo al alcance de la función interpretativa de este Tribunal (STC 76/1983)”.

Estas consideraciones, que aplican la doctrina de la sentencia LOAPA (STC 76/1983) en relación a las “normas meramente interpretativas”, le permitirá más adelante al Tribunal declarar parcialmente inconstitucionales los decisivos artículos 110, 111 y 112 del Estatuto (en adelante EAC), en que se pretenden definir las categorías de competencia exclusiva, compartida y ejecutiva.

Por último, respecto a la *función* de los estatutos, la sentencia hace dos oportunas precisiones. Primera, los estatutos no sólo crean un ordenamiento propio sino que garantizan el ordenamiento global – el conjunto del ordenamiento español reducido a unidad por la Constitución – dado que la infracción de un estatuto, por remisión a la Constitución de la cual deriva, incurre en vicio de inconstitucionalidad. Con ello se reafirma la noción doctrinal “bloque de constitucionalidad” adecuada a la Constitución y se rechaza la idea –avalada por la doctrina jurídica catalana que elaboró técnicamente el Estatuto– de que los Estatutos, al formar parte de tal “bloque”, gozan de indemnidad frente a las otras normas que lo componen. Segunda precisión, los estatutos no son normas con capacidad de atribuir competencias al Estado, al que sólo puede atribuir competencias la Constitución, bien con carácter exclusivo (art. 149.1 CE), bien de forma indirecta en aplicación de la cláusula residual (art. 149.3 CE).

De estos cuatro básicos fundamentos jurídicos –FJ 3 a 6– derivan múltiples aplicaciones concretas que afectan de forma transversal al resto de los argumentos de la sentencia y son claves para interpretar muchos de los preceptos recurridos. Señalemos sólo dos consecuencias generales.

Primera, el Tribunal reafirma de manera contundente la supremacía normativa de la Constitución sobre los estatutos y sobre el resto del ordenamiento, así como al Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la misma. Algo obvio, por supuesto, pero que, ante ciertos planteamientos ambiguos, no es ocioso sino conveniente recordar.

Segunda, se rechazan las bases principales sobre las cuales se había estructurado el proyecto de Estatuto catalán de las que derivaban sus prin-

cipales objetivos. De ello resulta que: a) el modelo de Estado de las autonomías está configurado en la Constitución, de acuerdo con la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Constitucional; b) no opera en la reforma de los estatutos el principio dispositivo, el cual sólo estuvo vigente en el proceso inicial de acceso a la autonomía por los cauces establecidos en las normas del título VIII que prevén dichos procesos, hoy ya ineficaces porque han quedado sin objeto; c) en el plano normativo son irrelevantes calificaciones doctrinales como norma “cuasi-constitucional” o “materialmente constitucional” aplicadas a los estatutos; d) los estatutos forman parte del bloque de la constitucionalidad, tal como reconoce el art. 28.2 LOTC, pero ello no significa superioridad jerárquica alguna respecto a las demás normas de dicho bloque que les permitan una total indemnidad frente a las mismas; e) el art. 147.2 CE sólo señala el contenido mínimo de los estatutos, pero su contenido máximo deriva de la Constitución misma y tiene unos límites cuyos parámetros generales se establecen en la sentencia y cuya concreción última está sujeta a las decisiones del Tribunal Constitucional.

Por tanto, en estos escasos y breves fundamentos se rechazan buena parte de las bases teóricas sobre las que se asentaba el proyecto de Estatuto catalán aprobado en el Parlament de Cataluña, cuya influencia no había sido del todo eliminada en el Estatuto finalmente aprobado.

5. TRAS LA SENTENCIA: ¿SE HAN CONSEGUIDO LOS OBJETIVOS INICIALES?

Por evidentes razones de tiempo, para finalizar nos limitaremos a resumir brevemente la posición del Tribunal respecto de los grandes objetivos del Estatuto a que hacíamos referencia en el epígrafe 2 y que desplegaban sus dos finalidades básicas: singularizar a Cataluña respecto de las demás comunidades y aumentar y garantizar los poderes de la Generalitat.

a) *Nación, nacionalidad y derechos históricos*

De acuerdo con la sentencia, en el sentido constitucional del término Cataluña no es una nación, tal como se deduce de los arts. 1.2 y 2 CE; es decir, no es una nación con un significado equivalente a pueblo en el cual reside el poder constituyente. Cataluña, como es obvio desde un punto de vista constitucional, sólo puede ser una nacionalidad: así lo proclama, además, el mismo art. 1 EAC. Como tal nacionalidad, tiene derecho a la autonomía que, en la interpretación del Tribunal, equivale a autogobierno. Así pues, el término “pueblo” aplicado a Cataluña no es equiparable al término “pueblo español” del art. 1.2 CE, sujeto de la soberanía, sino que se refiere, como dice la sentencia, al “conjunto de ciudadanos españoles que han de ser destinatarios de las normas, disposiciones y actos” emanados de la Generalitat; ciudadanos que son, a su vez, los que participan en la formación de la voluntad de los poderes de la Generalitat. Condición que reconoce el mismo art. 7.1 EAC en cuanto dice: “Gozan de la condición política de catalanes o ciudadanos de Cataluña los ciudadanos españoles que tienen vecindad administrativa en Cataluña. Sus derechos políticos se ejercen de acuerdo con el presente Estatuto y las leyes”.

Por su parte, respecto a los derechos históricos mencionados en el art. 5 EAC, la sentencia estima que no son de la misma naturaleza que los derechos forales vascos o navarros, lo cual es evidente, ni tampoco fundamentan el autogobierno de Cataluña, tal como literalmente dice el precepto estatutario, sino que se limitan a anticipar un elenco de competencias en materia de lengua, cultura educación y sistema institucional, que deben ser concretados y desarrollados en otros preceptos del Estatuto. Esta, a mi modo de ver, forzada interpretación, convierte, sin embargo, al art. 5 EAC en un precepto vacío e inocuo, sin eficacia normativa alguna.

b) *El Estatuto como Constitución de Cataluña*

El principio fundamental del nacionalismo es que a toda nación le corresponde un Estado. A su vez, según los principios del liberalismo demo-

crático, todo Estado debe dotarse de una Constitución. Pues bien, ya que no tenemos, de momento, un Estado propio –parecen confesar implícitamente los autores del proyecto catalán de Estatuto– al menos que nuestro Estatuto se parezca lo más posible, desde el punto de vista de las materias que regula, a una Constitución. Este curioso razonamiento está en la base del proyecto de Estatuto con el objeto de que éste tenga una apariencia formal de Constitución incluyendo las materias que suelen serle propias.

Ya nos hemos referido a los límites constitucionales del contenido estatutario y a la actitud del Tribunal, respetuosa con el legislador, de acoger una concepción amplia de dicho contenido. Sin embargo, a su vez, como también hemos dicho, el Tribunal desactiva el valor jurídico de los preceptos que acoge. Recordemos algunos ejemplos. En cuanto al catálogo de derechos, de acuerdo con la doctrina de la STC 247/2007, los derechos consagrados en el Estatuto no son considerados, por supuesto, como derechos fundamentales, pero ni siquiera como derechos subjetivos, sino que se reducen a simples mandatos al legislador. El Consejo de Garantías Estatutarias, con pretensiones de tener algún parecido con el TC al poder emitir dictámenes vinculantes respecto de leyes reguladoras de derechos, queda reducido a mero órgano consultivo, tal como ya era antes: sólo el nombre ha cambiado. El Síndic de Greuges, equivalente catalán del Defensor del Pueblo, con pretensiones de desalojar a éste del territorio de Catalunya, queda también tal como estaba. El régimen local está naturalmente sujeto a las bases estatales (art. 149.1.18 CE) como no podía ser menos en virtud de la jurisprudencia constitucional. El intento de Poder Judicial catalán tampoco se admite dada la unidad jurisdiccional que la Constitución prescribe: la Generalidad sigue siendo, como antes, competente en la administración de la Administración de Justicia.

Son sólo unos ejemplos. En definitiva, la ampliación del contenido estatutario se mantiene en lo fundamental pero sin eficacia alguna. Como ha dicho JOAQUÍN TORNOS, catedrático de la Universidad de Barcelona, a pesar de que el nuevo Estatuto catalán tenga 223 artículos “el incremento del autogobierno respecto al Estatuto de 1979 es muy limitado”.

c) Regulación del régimen lingüístico

Numerosos artículos del Estatuto están dedicados a regular materias referidas a la lengua. No cabe duda que la voluntad del proyecto aprobado por el Parlamento de Cataluña era incorporar al Estatuto los principios clave de la Ley de Política Lingüística de 1998 –ley que no había pasado el filtro del Tribunal Constitucional– con el fin de blindar dichos principios al amparo del Estatuto, con la convicción de que el Tribunal no se atrevería a declarar preceptos inconstitucionales en tan delicada materia. Sin embargo, el tiro les ha salido por la culata. Como es lógico, el Tribunal ha aplicado a las normas estatutarias su jurisprudencia en la materia, especialmente la que se desprende de las SSTC 82/1986 y 337/1994, y vía nulidad, interpretación en el fallo o simple interpretación en los fundamentos, ha alterado la legislación vigente, lo cual deberá comportar una significativa modificación de la política lingüística catalana. En efecto, esta legislación deberá acomodarse a la doctrina de la sentencia y pasar del actual monolingüismo de facto en catalán de los poderes públicos en Cataluña a un bilingüismo –a una cooficialidad– que sea acorde con las previsiones constitucionales establecidas principalmente en el art. 3 CE, además de adaptarse a la realidad sociolingüística catalana. A continuación, vamos a comentar brevemente los reparos de constitucionalidad de la sentencia a las normas reguladoras en materia lingüística.

a) Catalán y castellano son las *lenguas oficiales* de todos los poderes públicos radicados en el territorio autonómico, incluidos los órganos de la Administración central y de otras instituciones estatales. Ambas lenguas son de uso normal por y ante estos poderes públicos. Además, deben estar situadas en posición de “perfecta igualdad de condiciones por cuanto hace a las formalidades y requisitos de su ejercicio, lo que excluye que haya de pedirlo expresamente”, tal como hace el último inciso del art. 50.5 EAC, precepto que a mi juicio hubiera debido ser declarado nulo y que es objeto de una forzada interpretación conforme (FJ-23). Además, el catalán no puede ser de uso “preferente” respecto al castellano porque ello supondría la primacía de una lengua sobre otra, es decir, re-

cibir un trato privilegiado contrario a la igualdad de las lenguas cooficiales. Por esta razón, el art. 6.1 EAC, en cuanto determina el “uso preferente” del catalán como lengua oficial, ha sido declarado nulo.

b) El catalán puede ser *lengua vehicular y de aprendizaje* en la enseñanza pero no la única que goce de tal condición, predicable con igual título del castellano en cuanto es también lengua oficial en Cataluña. No obstante, sentado este principio en el FJ-14 y reiterado con más detalle en el FJ-24, no se comprende que no sea declarado inconstitucional y nulo el art. 35, en sus apartados 1 y 2 (primer inciso), en virtud de la regla hermenéutica *inclusio unius, exclusio alterius*.

c) El *deber de conocer el catalán* sólo es aplicable a aquellas personas relacionadas con los ámbitos de la educación y de las administraciones públicas. Por tanto, este deber no tiene el carácter generalizado del deber de conocimiento del castellano establecido en el art. 3 CE. Así debe interpretarse el significado de tal deber exigido en el art. 6.2 EAC, en una interpretación muy forzada, contraria a la literalidad de la norma.

d) Los ciudadanos tienen el *derecho de opción lingüística* –entre castellano y catalán– para relacionarse con los poderes públicos y, por tanto, pueden escoger libremente la lengua en la que a ellos pueden dirigirse. Los *poderes públicos*, a su vez, tienen la obligación de atender a los ciudadanos en la lengua oficial que éstos elijan. Por tanto, el personal al servicio de las Administraciones radicadas en Cataluña debe acreditar un conocimiento adecuado y suficiente de las dos lenguas oficiales para ejercer las funciones propias de su cargo o puesto de trabajo. En cambio, en las *relaciones entre particulares*, como se dice al examinar el art. 34 en el FJ-22, no es exigible el derecho a ser atendido en cualquiera de dichas lenguas dado que en estos casos el derecho de opción lingüística de una parte no tiene como correlato ningún deber por parte de la otra al no ser ninguna de ellas poderes públicos, únicos obligados a usar indistintamente ambas lenguas cooficiales. En consecuencia, hubiera debido ser declarado nulo este art. 34 EAC en lugar de ser objeto de

una confusa interpretación que, según lo que parece deducirse de la misma, es contraria a la literalidad del texto.

e) El criterio territorial delimita la oficialidad del uso de una lengua por parte de los poderes públicos. Por tanto, la sede geográfica de un órgano estatal determina la lengua oficial en la que deben dirigirse a él los ciudadanos. Esta es la doctrina general del TC en este punto (STC 82/1986), ratificada en esta sentencia. El art. 33.5 EAC determina que los ciudadanos de Cataluña tienen *derecho a relacionarse* por escrito en catalán con los órganos constitucionales y jurisdiccionales de ámbito estatal de acuerdo con la legislación correspondiente. La sentencia considera que la legislación estatal puede adecuarse o no, con entera libertad, a este precepto e, interpretado en este sentido, el art. 33.5 EAC es declarado constitucional. A mi modo de ver, esta interpretación, contraria a la literalidad del precepto, exigía precisamente que tal precepto fuera declarado inconstitucional y nulo.

De este conjunto de principios que, en su mayoría, no son más que reiteración de doctrina anterior del Tribunal, se llega a las siguientes conclusiones: 1) la cooficialidad lingüística exige que el bilingüismo debe ser operante en las instituciones públicas y en los centros de enseñanza; 2) el deber de conocer el catalán no alcanza a todos los ciudadanos de Cataluña sino solo a aquellos que estén obligados a ello por la función que desempeñan en las Administraciones Públicas o por otras normas específicas; 3) es contrario a la Constitución el llamado deber de disponibilidad lingüística de entidades, empresas y establecimientos privados abiertos al público; por tanto, en estos supuestos, es inexistente el deber de usuarios y consumidores a ser atendidos en la lengua oficial que estos elijan; 4) el Estatuto no es la norma adecuada para conferir a los ciudadanos de Cataluña el derecho a dirigirse en catalán a los órganos constitucionales y jurisdiccionales de ámbito estatal.

Estas conclusiones exigen importantes modificaciones de la regulación lingüística catalana, especialmente la derivada de la Ley de Política Lingüística de 1998.

d) *Las competencias de la Generalitat*

Uno de los principales objetivos del nuevo Estatuto era el aumento y garantía (el llamado “blindaje” frente a las presuntas erosiones del Estado) de las competencias de la Generalitat. Para ello el Estatuto optó, finalmente, por tres vías: 1) definir los tipos básicos de competencias; 2) especificar las competencias actuales en materias y submaterias para que, “en todo caso”, petrificaran la situación actual; y 3), obligar al Estado a ejercer sus propias competencias en colaboración con los órganos de la Generalitat.

La sentencia, en sus importantes FJ 57 y 58, sienta los principios básicos de la distribución de competencias acuñados a lo largo de los años por la jurisprudencia constitucional y la práctica institucional. El resultado de la aplicación de dichos principios, es la declaración de nulidad del art. 111 (el concepto de bases estatales) y la modificación, mediante interpretaciones conformes llevadas al fallo, de los artículos 110 (competencias exclusivas) y 112 (competencias ejecutivas). Con ello se deja claro que no puede haber petrificación legal alguna de la jurisprudencia constitucional; que la especificación de las competencias de la Generalitat formulada en el Estatuto (incluida la reiterada expresión “en todo caso” al referirse a las competencias que actualmente ya ejerce) tiene un valor meramente descriptivo, pero no prescriptivo; que el Estado es totalmente libre en el ejercicio de sus competencias, sin que los estatutos puedan condicionarlo a ejercerlas en colaboración con la Generalitat ; y que, en definitiva, la última palabra en la materia será aquella que establezca, en su caso, el Tribunal Constitucional. El alcance de todas estas consideraciones es transversal a todo el articulado del larguísimo título IV (arts. 110-173) dedicado a las competencias.

Así pues, la sentencia, sólo mediante la nulidad de tres incisos y abundante interpretación conforme, aunque sólo llevando al fallo los aspectos clave, impide que se alcancen los objetivos competenciales del Estatuto que antes mencionábamos. Así lo ha admitido el profesor Carles Viver Pi-Sunyer, director del Institut d’Estudis Autònoms: “En suma,

puede concluirse que la sentencia desactiva prácticamente todas las novedades que pretendía introducir el Estatuto en este ámbito [el de las competencias]. La situación después de la sentencia será la misma que existía antes de aprobarse el texto estatutario”.

e) *La vinculación de los órganos estatales al Estatuto y las relaciones bilaterales Estado-Generalitat.*

Acabamos de mencionar cómo la sentencia establecía plena libertad al Estado en el ejercicio de sus propias competencias sin que el Estatuto pudiera condicionar este ejercicio. Esta misma concepción es la que aplica la sentencia a otros preceptos en los se establece la participación de la Generalitat en determinados órganos del Estado. Ciertamente, parece evidente, es decir, es de puro sentido común, que un estatuto, por su carácter territorial, no es la norma adecuada para vincular a las instituciones estatales. Sin embargo, también es cierto que en virtud de los principios de colaboración y participación, de carácter netamente federal, las comunidades autónomas –todas ellas, no sólo Cataluña– pueden participar en la designación de miembros de determinadas instituciones estatales que afectan a competencias autonómicas, como son el TC, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal de Cuentas o la Comisión Nacional de Energía, entre otras. La sentencia admite que ello puede llegar a ser así si el legislador estatal competente lo dispone, pero actuando éste con plena libertad y sin ningún condicionante. Esta interpretación salva, pues, la literalidad de determinados preceptos impugnados siempre dejando a salvo la competencia estatal exclusiva en estas materias.

Ahora bien, cabe hacerse una pregunta: ¿qué significado puede atribuirse a tales preceptos si, a pesar de ser válidos, dado que se ha salvado la literalidad del texto, no permiten tal participación de la Generalitat sin que lo prevea una ley estatal en la cual el legislador –también estatal, por supuesto– tiene plena libertad para el ejercicio de su competencia sin condicionante alguno? ¿Se trata de auténticas normas jurídicas –por tanto vinculantes– o son un mero desideratum de intenciones progra-

máticas que dependen para convertirse en normas jurídicas, es decir, vinculantes, de criterios políticos, es decir, de razones de conveniencia y oportunidad? Tal como han quedado estos preceptos tras la interpretación llevada a cabo en la sentencia, más bien se asemejan a lo último. Razón de más para declararlos nulos.

En cuanto a las relaciones bilaterales entre la Generalitat y el Estado, ligadas ideológicamente la condición nacional de Cataluña y que pretendían añadir un toque confederal al Estatuto, la sentencia establece que si bien “la Generalitat es Estado”, como ya se dijo en la STC 12/1985, el Estado referido no es el “central” sino el Estado que comprende a éste y a todas las comunidades autónomas, es decir, el Estado como conjunto de poderes públicos. Las relaciones de la Generalitat con el Estado de la que trata el Estatuto son, pues, con el “Estado central” y bajo dos condiciones: primera, no es una relación entre iguales, ya que el Estado ostenta una relación de superioridad; segunda, el principio de bilateralidad, como el de multilateralidad, es una manifestación del principio general de cooperación. Por tanto, no hay en estas posiciones ningún aroma confederal y sí, en cambio, mucho de federal.



Así pues, la sentencia deja las cosas tal como estaban antes del proceso estatutario catalán que, a su vez, ha dado paso a otras reformas. Este proceso ha sido, como ya dijimos algunos en su momento, un viaje a ninguna parte. Los problemas del Estado de las autonomías eran otros, además no eran muchos, ya que el desarrollo autonómico se había llevado a cabo con prudencia y sensatez. Pero el camino que se escogió, el de las reformas estatutarias, determinado por tácticas políticas del momento, fue equivocado. La sentencia ha puesto fin a las dudas: los objetivos que se pretendían no tenían cabida en la Constitución.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Una vez más, el TC ha tenido que hacer una función que propiamente no le corresponde, aunque no es extraño en el derecho comparado que otros tribunales del mismo género hayan tenido que realizar, en casos excepcionales, funciones semejantes: el Tribunal Supremo de Estados Unidos, a lo largo de su historia, es un claro ejemplo. En nuestro caso, tras una excesiva demora en dictar la sentencia, el TC ha sabido resistir presiones ilegítimas e injustificables en un Estado de derecho. Por tanto, puede concluirse que el resultado final, sobre todo si tenemos en cuenta la desidia del legislador al aprobar un Estatuto tan inconstitucional como el que se aprobó, restituye el honor a un Tribunal sometido a la prueba más difícil de su historia.

El problema inmediato que plantea la sentencia es el de su aplicación. En efecto, su carácter fuertemente interpretativo hace que, si bien es indudable que su doctrina se impone al legislador, éste debe actuar con lealtad para modificar las leyes afectadas. No parece que ello vaya a ser fácil, especialmente en Cataluña, donde las reacciones a la sentencia por parte de las más altas autoridades de la Generalitat han llegado, de hecho, a un explícito desacato. Esperemos que el tiempo, que según dicen todo lo cura, vaya imponiendo sensatez y se respeten como es debido las reglas del Estado de derecho.

Queda pendiente, sin embargo, el problema de estabilizar definitivamente el Estado de las autonomías. Ello no compete al Tribunal Constitucional sino al legislador, probablemente al poder constituyente derivado con facultades para reformar la Constitución; en definitiva a los partidos y, muy especialmente, a los dos grandes partidos estatales. Esperemos que no cometan la ingenuidad de pretender llevar a cabo una reforma territorial en colaboración con los partidos que cuestionan el Estado de las autonomías como un modelo federal. Creo que este es ahora el debate que tenemos en puertas. Debate teórico, por un lado, en el que tienen voz, entre otros, los juristas; pero debate sobre todo político, entre

partidos, en las Cortes Generales y, previamente, ante la opinión pública. Ojalá el fracaso del Estatuto catalán sea un acicate para que se enderece el rumbo y se ponga fin, definitivamente, al problema de la organización territorial en España.

El procedimiento abreviado: Las modificaciones introducidas por el RDL 3/2009 y sus consecuencias

ENRIQUE GADEA SOLER

Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Deusto

FERNANDO SACRISTÁN BERGIA

Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad Rey Juan Carlos. Abogado

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 2010/12/30

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 2011/06/20

Resumen: La regulación concursal vigente parte del principio de unidad de disciplina, con lo que unifica el tratamiento de los deudores comerciantes y no comerciantes, y de unidad de procedimiento, con lo que se regula un solo procedimiento -el concurso- que es aplicable a cualquier deudor. Ello aconseja la incorporación de un procedimiento abreviado, aunque el legislador español, a pesar de lo propugnado por nuestra doctrina, ha optado, no, como dice la ley, por la incorporación de un procedimiento abreviado, sino más bien por regular una tramitación abreviada del concurso de acreedores, dado que no se trata de un procedimiento distinto al único concurso de acreedores que la ley regula. El objeto de este trabajo es analizar las modificaciones introducidas en la regulación de la tramitación abreviada del concurso por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica (en lo sucesivo, RDL 3/2009) y sus consecuencias, si bien, para mayor claridad, comenzaremos por recordar el régimen legal previsto en la redacción inicial de Ley Concursal en 2003.

Palabras clave: Procedimiento abreviado y tramitación abreviada del concurso de acreedores

Laburpena: Indarrean dagoen konkurtso-arauketak jarraikoetan du oinarri: printzipioetako bat diziplina batasuna da, horrek zordunarekiko tratamendua bateratzen du, horiek merkatariak izan nahiz ez izan; bestea, prozedura batasuna, hain zuzen ere, prozedura bakarra arautzen duena, konkurtsoaRENA, edozein zorduni dagokiona. Horrek prozedura laburtzea eskatzen du, baina legegile espainiarrak gure doktrinak esaten duena alboratu egiten du. Gisa berean, legeak dioena ere baztertu egin du eta prozedura laburtua erabili beharrean, hartzekodunen konkurtsoaren izapidea laburtzearen alde egiten du, bere ustez prozedura hori eta legeak arautzen duen hartzekodunen konkurtso bakarra ez baitira desberdinak. Lan honen helburua da konkurtsoaren izapide laburtua erregulatzeko egindako ERaldaketak eta ondorioak aztertzea, guzti hori egoera ekonomikoaren eboluzioaren aurrean, martxoaren 27ko 3/2009 Errege dekretu-legeak (aurrerantzean RDL 3/2009) zerga, finantza eta konkurtso gaietan hartutako premiazko neurriei buruzkoak esandakoaren arabera. Hori gorabehera, eta argi gera dadin, konkurtso-legearen 2003ko lehen idazketaren lege araubidea gogorarazten hasiko gara.

Gako-hitzak: Hartzekodunen konkurtsoaren prozedura laburtua eta izapide laburtua.

Abstract: The current bankruptcy regulations rest upon the principle of unity of discipline, which unifies the treatment of trade debtors and non trade debtors, and the procedural unity, which is regulated by a single procedure – bankruptcy proceedings – which is applicable to any debtor. The introduction of an abbreviated procedure is recommended, although the Spanish legislator, despite that advocated by our doctrine, has opted, not, as stated by law, for the introduction of an abbreviated procedure, but rather to regulate an abbreviated processing of bankruptcy proceedings, given that it is not a proceeding different to single bankruptcy proceedings which the law regulates. The purpose of this paper is to analyse the changes made in the regulation of the abbreviated processing of the bankruptcy proceedings by the Royal Decree-Law 3/2009, of 27 March, on urgent tax, financial and insolvency measures, given the current economic scenario (hereinafter referred to as RDL 3/2009) and its consequences, although, for greater clarity, we shall start by looking back on the envisaged legal system in the initial drafting of the Bankruptcy Law in 2003.

Key words: Abbreviated procedure and abbreviated processing in insolvency proceedings.

1. INTRODUCCIÓN. 2. PRESUPUESTOS DE LA TRAMITACIÓN ABREVIADA EN LA REDACCIÓN INICIAL DE LA LEY CONCURSAL. 3. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LOS PRESUPUESTOS DE LA TRAMITACIÓN ABREVIADA POR EL RDL 3/2009. 4. LOS EFECTOS DE LA TRAMITACIÓN ABREVIADA DEL CONCURSO DE ACREEDORES. 5. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA TRAMITACIÓN ABREVIADA DEL CONCURSO POR EL RDL 3/2009: LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.

1. INTRODUCCIÓN¹

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal introduce en nuestro ordenamiento la unidad subjetiva y la uniformidad en el tratamiento de las crisis económicas. Ello es posible gracias a la unidad legal, de disciplina y de procedimiento de la que parte nuestra legislación concursal:

- Unidad legal. En cuanto que con la regulación en un solo texto de los aspectos procesales y materiales, con la única excepción de las normas que por su naturaleza han exigido el rango de Ley Orgánica y de la legislación concursal especial dictada para las crisis de las entidades de crédito, de inversión y de seguro (Disposición adicional 2º LC), se pretende -por lo menos, en gran parte- acabar con la dispersión actual y conseguir que el sistema concursal español pueda ser calificado como un auténtico ordenamiento.

- Unidad de disciplina. Con la que se hace referencia a la unificación de los procedimientos concursales, superándose así la existencia de instituciones concursales distintas para el tratamiento de las situaciones de insolvencia en función de si el deudor es o no comerciante. La desapa-

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación: DER 2009-11269.

rición del carácter represivo de la insolvencia mercantil ha permitido unificar el procedimiento², sin perjuicio de que existan determinadas especialidades aplicables en el caso de que el deudor sea empresario.

- **Unidad de procedimiento.** La nueva regulación parte del principio de unidad de disciplina, con lo que unifica el tratamiento de los deudores comerciantes y no comerciantes, y de unidad de procedimiento, con lo que se regula un solo procedimiento –el concurso– que es aplicable a cualquier deudor. La unidad de procedimiento, que recibe el nombre de concurso, es posible gracias a la flexibilidad con que la ley lo configura. Ello supone que se inicia cuando concurre uno de los presupuestos legales previstos y a partir de ese momento, tras una fase común, que se abre con la declaración de concurso y concluye una vez presentado el informe de la administración concursal y transcurrido el plazo de impugnaciones o resueltas las formuladas contra el inventario o contra la lista de acreedores, se pasará a otra alternativa, dado que la satisfacción de los acreedores, en función de las circunstancias, puede obtenerse por la vía liquidatoria o por convenio.

Ahora bien, no cabe duda que una cosa es que el procedimiento concursal se aplique a todo deudor sin distinción y otra distinta es que todos los deudores sean iguales y que deban sujetarse a idénticas normas. Es por ello por lo que numerosos ordenamientos jurídicos (entre otros, el norteamericano, el alemán, o el francés) tratan de forma diferenciada las crisis económicas de los consumidores y de las grandes empresas, estableciendo procedimientos específicos³. Sin embargo, el nuestro no se encuentra entre ellos. El legislador español, a pesar de lo propugnado por nuestra doctrina, ha optado, no, como dice la ley, por la incorporación de un procedimiento abreviado, sino más bien por regular una tramitación

² Galgano, F, *Historia del Derecho mercantil* (Traducido por J. Bisbal), Barcelona, 1980 pp. 37 y ss.

³ Zabaleta Díaz, M., “La generalización del presupuesto subjetivo del concurso. Especial referencia a la insolvencia del consumidor y a los concursos de grandes dimensiones”, *RDCP*, 8/2008, p. 218.

abreviada del concurso de acreedores, dado que no se trata de un procedimiento distinto al único concurso de acreedores que la ley regula⁴.

El objeto de este trabajo no es incidir en la necesidad de regular procedimientos específicos para los consumidores⁵ o para las empresas de grandes dimensiones, sino únicamente analizar las modificaciones introducidas en la regulación de la tramitación abreviada del concurso por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica (en lo sucesivo, RDL 3/2009) y sus consecuencias, si bien, para mayor claridad, comenzaremos por recordar el régimen legal previsto en la redacción inicial de Ley Concursal en 2003 y los problemas prácticos que suscita su aplicación.

2. PRESUPUESTOS DE LA TRAMITACIÓN ABREVIADA EN LA REDACCIÓN INICIAL DE LA LEY CONCURSAL

La Ley concursal dedica el artículo 190 a la regulación de esta materia.

El artículo 190, bajo la rúbrica, ámbito de aplicación, en su redacción de 2003, establece:

El juez podrá aplicar un procedimiento especialmente simplificado cuando el deudor sea una persona natural o persona jurídica que, conforme a la legislación mercantil, esté autorizada a presentar balance abreviado y, en ambos casos, la estimación inicial de su pasivo no supere 1.000.000 de euros.

⁴ Alonso Ureba, A., “La unificación subjetiva y la tramitación abreviada del concurso de acreedores”, en Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a M. Olivencia, Tomo III, Madrid, 2004, p. 3435.

⁵ Sobre el tema, Pulgar Ezquerro, J., “Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del Bienestar”, RDCP, 9/2008, pp. 43 y ss., en el que la autora realiza una propuesta de aproximación al modelo alemán de protección del consumidor en situaciones concursales.

En cualquier momento de la tramitación de un concurso ordinario en el que quede de manifiesto la concurrencia de los requisitos mencionados en el apartado anterior, el juez del concurso podrá, de oficio o a instancia de parte, ordenar la conversión al procedimiento abreviado sin retrotraer las actuaciones practicadas hasta entonces. También podrá, con idénticos presupuestos y efectos, ordenar la conversión inversa cuando quede de manifiesto que en un procedimiento abreviado no concurre alguno de los requisitos exigidos”.

Sobre la base del precepto mencionado, cabe señalar que la tramitación abreviada se supedita, en nuestro sistema legal, a los siguientes presupuestos:

El presupuesto subjetivo: deudor persona física y persona jurídica autorizada a presentar balance abreviado.

El juez podrá aplicar la tramitación abreviada cuando el concursado sea persona natural, con independencia de su condición de sujeto civil o mercantil y de la composición de su activo. Por el contrario, para el concursado persona jurídica la aplicación de estas normas especiales no es incondicional, sino que es necesario, tal como dispone el párrafo 1º del artículo 190 que, “conforme a la legislación mercantil, éste autorizada a presentar balance abreviado”⁶. Ello pone de manifiesto que la LC contiene una previsión pensada para las sociedades mercantiles; y concretamente, para las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, laborales y comanditarias por acciones. Repárese en que pueden presentar balance abreviado las sociedades referidas que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes (artículo 181.1 y Disposición final 1ª LSA; y, por remisión, artículos 84 y 141 LSRL y 152 CDC):

⁶ Con independencia de que haga uso o no de esa autorización, es decir, aunque pudiendo optar por presentar modelo abreviado utilice los modelos contables ordinarios (así, León Sánchez, F, La publicidad de las cuentas anuales en el Registro mercantil, Madrid, 1997, pp. 112 -113).

- Que el total de las partidas del activo no supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros.
- Que el importe neto de la cifra anual de negocios no supere los cinco millones setecientos mil euros.
- Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 50.

Esta previsión para acogerse a la tramitación abreviada podrá extenderse a las cooperativas que reúnan los requisitos señalados (artículo 61.1 LCOOP y normativa autonómica concordante)⁷. Sin embargo, mayores dudas plantea si cabe tramitación simplificada en los concursos de sociedades personalistas (colectivas y comanditarias simples) o de sociedades civiles. Es cierto que el tema tiene escasa trascendencia práctica, pero ante la falta de previsión legal nuestra doctrina se encuentra dividida entre los que consideran que quedan excluidas de su ámbito de aplicación⁸ y los que se inclinan por la posible aplicación del cauce simplificado. Respecto de las sociedades colectivas y comanditarias, se justifica la aplicación al entender que la no concreción de los requisitos para acceder a los modelos simplificados significa que, en todo caso, es decir, con independencia de sus dimensiones reales, tienen acceso a la formulación de cuentas abreviadas. En relación a las sociedades civiles, se señala que aunque el deudor civil no está obligado a formular cuentas anuales, podría voluntariamente optar por racionalizar contablemente su actividad en general y, en particular, a través de modelos abreviados por lo que, en principio, podría quedar sometido a un proceso concursal abreviado, si así lo estima el juez⁹.

⁷ Sobre la cuestión en el ámbito de las sociedades cooperativas: Gadea, E., Sacristán, F., Vargas Vasserot, C., Régimen jurídico de la Sociedad Cooperativa del Siglo XXI (Realidad actual y propuestas de reforma), Madrid, 2009, pp. 522-523.

⁸ En ese sentido, Senés, C., “Comentario al artículo 190 de la LC”, en Comentario de la Ley Concursal, Tomo II, dirigido por Rojo/Beltrán, Madrid, 2004, p. 2781.

⁹ Alonso Ureba, A., op. cit., pp. 3438 y ss. y Pulgar Ezquerro, J., “Comentario al artículo 190 LC”, en Comentarios a la Legislación Concursal, Tomo II, dirigidos por Pulgar Ezquerro/Alonso Ureba/Alonso Ledesma/ Alcover Garau, Madrid, 2004, pp. 1573 y ss.

2. El presupuesto objetivo: la estimación inicial del pasivo no será superior a 1.000.000 de euros.

El artículo 190.1 exige además de lo anterior, dado que los dos presupuestos son acumulativos, que la “estimación inicial del pasivo” no supere el millón de euros. La expresión “estimación inicial” significa que el dato que debe utilizar el juez para tomar su decisión (por lo menos, la primera decisión, que es revisable) es el facilitado por el deudor. Cuando el concurso es voluntario, el juez podrá valorar la cuantía del pasivo tomando como referencia la relación de acreedores, a la que se debe acompañar la cuantía de cada crédito (artículo 6.2.4º LC), que debe adjuntarse a la solicitud de concurso presentada por el deudor. Sobre esa base podrá decidir en el auto de declaración de concurso si procede “aplicar el procedimiento especialmente simplificado” (artículo 21.1.8º LC). En cambio, en los supuestos de concurso necesario, el acreedor debe expresar en la solicitud el origen, naturaleza, importe, etc. de su crédito (artículo 7 LC), pero no, porque muy posiblemente desconozca ese dato, una idea, aunque sea aproximada, del pasivo. En esos casos, salvo que concurren circunstancias especiales que permitan al juez conocer la estimación del pasivo (por ejemplo, porque hubiese tenido acceso a las cuentas del deudor por haber sido presentadas por éste en la comparencia, previa al pronunciamiento judicial sobre la declaración de concurso, regulada en el artículo 15.1 LC), la decisión sobre la tramitación abreviada no podrá ser originaria, si bien, en cualquier caso, en el propio auto de declaración de concurso el juez debe requerir al deudor para que presente en el plazo de diez días a contar desde la notificación del auto, los documentos a que se refiere el artículo 6 de la LC, y entre ellos, la relación de acreedores (artículo 21.1.3º LC). A partir de ese momento, el juez por medio de resolución judicial independiente (que revestirá la forma de auto) podrá acordar que el procedimiento se tramite en forma abreviada.

3. El presupuesto discrecional del juez y la posibilidad de conversión durante la tramitación del procedimiento.

La clave para explicar este apartado se encuentra en las primeras palabras del artículo 190.1 LC, cuando señala que “el juez podrá...”, lo que nos lleva a concluir que en la redacción originaria de la Ley concursal la decisión final de tramitación abreviada del procedimiento, concurriendo los presupuestos subjetivo y objetivo referidos, depende de la autoridad judicial competente para conocer el asunto. El legislador evita el automatismo y se decanta por la flexibilidad que resulta de la concesión al juez de facultades discrecionales para evitar la tramitación abreviada, si circunstancias como: la concurrencia de un elevado número de acreedores o la singularidad de los bienes y derechos del deudor, así lo aconsejan¹⁰.

La flexibilidad no sólo se manifiesta en la fase inicial de la tramitación, sino también en la posibilidad de conversión durante el procedimiento. Es por ello por lo que se prevé expresamente, en el apartado 2º del artículo 190, que si en cualquier momento de la tramitación de un concurso ordinario se pone de manifiesto la concurrencia de los presupuestos legales, el juez del concurso podrá (es también, por tanto, una facultad discrecional de éste), de oficio o a instancia de parte, ordenar la conversión de la tramitación ordinaria del procedimiento a la tramitación abreviada, sin que ello conlleve, sin embargo, retrotraer las actuaciones practicadas hasta entonces. Asimismo, también podrá (también es una facultad discrecional) ordenar la conversión inversa (es decir, de tramitación abreviada a ordinaria) cuando quede de manifiesto que en un procedimiento abreviado ha dejado de concurrir alguno de los presupuestos exigidos.

3. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LOS PRESUPUESTOS DE LA TRAMITACIÓN ABREVIADA POR EL RDL 3/2009

La nueva redacción del precepto después de la aprobación del RDL 3/2009 presenta el siguiente tenor:

¹⁰ Senés, C., op. cit., pp. 2779 y 2780.

El artículo 190, relativo al ámbito de aplicación, en su redacción de 2009¹¹, establece:

*El juez **aplicará** un procedimiento especialmente simplificado cuando el deudor sea una persona natural o persona jurídica que, conforme a la legislación mercantil, esté autorizada a presentar balance abreviado y, en ambos casos, la estimación inicial de su pasivo no supere **10.000.000** de euros.*

*En cualquier momento de la tramitación de su concurso ordinario en el que quede de manifiesto la concurrencia de los requisitos mencionados en el apartado anterior, el juez del concurso **ordenará**, de oficio o a instancia de parte, la conversión al procedimiento abreviado sin retrotraer las actuaciones practicadas hasta entonces. También podrá, con idénticos presupuestos y efectos, ordenar la conversión inversa cuando quede de manifiesto que en un procedimiento abreviado no concurre alguno de los requisitos exigidos”.*

La búsqueda de una reducción del coste y de la duración de los concursos ha llevado al RDL 3/2009 a introducir dos novedades:

1ª. En el presupuesto objetivo: ahora se señala que la estimación inicial del pasivo no será superior a 10.000.000 de euros.

De ese modo se amplía notablemente el límite cuantitativo del pasivo que determina la aplicación o no de la tramitación simplificada. En efecto, ese límite se ha elevado de 1.000.000 a 10.000.000 de euros.

2ª. Se suprimen las facultades discrecionales del juez en favor del automatismo basado en la concurrencia de los presupuestos legales.

El RDL 3/2009 acaba con la discrecionalidad del juez, tanto en cuanto a la procedencia inicial, dado que “aplicará un procedimiento especialmente simplificado” (redacción del nuevo artículo 190.1 LC), si concurren los presupuestos subjetivos y objetivos, como en la conversión del tipo de procedimiento. También en este punto se impone al juez, con

¹¹ Las palabras en negrita son las introducidas por el RDL 3/2009.

carácter preceptivo, la conversión al procedimiento abreviado cuando quede de manifiesto que concurren los presupuestos señalados para su aplicación. Dado que parece poco probable la revisión por alteración del presupuesto subjetivo, lo que, en la práctica, se producirá es que con la presentación de la lista de acreedores por la administración concursal, quedará constancia de que el pasivo difiere del inicial de la relación de acreedores presentada por el deudor, y que es inferior a la cifra exigida para la aplicación del procedimiento ordinario. En principio, cabe pensar que también, con carácter preceptivo, el juez deberá declarar la conversión al procedimiento ordinario cuando se produzca la situación inversa a la descrita, aunque al releer el párrafo 2º del artículo 190 observamos con sorpresa que no se ha modificado su tenor literal, y que sigue señalando que: “También **podrá**, con idénticos presupuestos y efectos, ordenar la conversión inversa cuando quede de manifiesto que en un procedimiento abreviado no concurre ninguno de los requisitos exigidos”. No dice: “También **ordenará**...”, con lo que sorprende que el RDL 3/2009 haya modificado la primera parte del apartado 2º del artículo 190 para establecer el carácter preceptivo de la conversión del procedimiento ordinario a abreviado cuando concurrieran los presupuestos legales y, sin embargo, haya mantenido el término “**podrá**” para hacer referencia a la conversión del procedimiento abreviado en ordinario. No obstante, a pesar del tenor del precepto, la doctrina se inclina por considerar que esta transformación no tiene carácter facultativo, sino necesario; en caso contrario, se estaría sustanciando el concurso por un procedimiento inadecuado, por no concurrir los presupuestos que justifican la tramitación simplificada¹².

¹² Así, García Cruces, J. A. y López Sánchez, J., La reforma de la Ley Concursal (Una primera lectura del RDL 3/2009), Cizur Menor, 2009, p. 208; También, Orellana Cano, N., “Aspectos procesales de la reforma concursal en el marco del Real Decreto-Ley 3/2009”, en RDCP, 11/2009, p. 153.

4. LOS EFECTOS DE LA TRAMITACIÓN ABREVIADA DEL CONCURSO DE ACREEDORES

En este punto, recordar, en primer lugar, que, aun cuando la Ley se refiere a “procedimiento abreviado”, no se ha configurado un verdadero procedimiento distinto del concurso de acreedores, sino que se trata de del mismo concurso de acreedores, pero con una tramitación abreviada.

El artículo 191, bajo la rúbrica “contenido”, se refiere a los efectos de la tramitación abreviada. En él se prevé lo siguiente:

1. Con carácter general, acordado el procedimiento abreviado, los plazos previstos en esta ley se reducirán a la mitad, redondeada al alza si no es un número entero, salvo aquellos que, por razones especiales, el juez acuerde mantener para el mejor desarrollo del procedimiento.

En todo caso, el plazo para la presentación del informe por la administración concursal será de un mes a contar desde la aceptación del cargo y sólo podrá autorizarse una prórroga por el juez del concurso no superior a 15 días.

2. En el procedimiento abreviado la administración concursal estará integrada por un único miembro de entre los previstos en el punto 3º del apartado 2 del artículo 27, salvo que el juez, apreciando en el caso motivos especiales que lo justifiquen, resolviera expresamente lo contrario

Por tanto, se aplican las normas generales con dos particularidades, que, además, no han sufrido modificación alguna después de la reforma llevada a cabo por el citado RDL 3/2009. Las dos particularidades son:

1ª. La reducción de plazos.

Con el objeto de solucionar el problema de la duración excesiva de los procedimientos concursales se prevé “el aligeramiento de los plazos”. En ese sentido, el artículo 191.1 establece que, con carácter general, acordada la tramitación abreviada, los plazos se reducen a la mitad, con redondeo al alza si se trata de número impar. El problema que plantea la interpretación de este precepto es que se refiere genéricamente a “los

plazos previstos en esta ley”, con lo que, en principio, podría parecer que deben entenderse reducidos todos plazos sin distinción, salvo aquellos que el juez acuerde mantener para el mejor desarrollo del procedimiento. No obstante, a nuestro juicio, es el propio fundamento de la reducción el que debe ser tomado en consideración para delimitar el alcance de la reducción. Sobre esa base, cabe argumentar que si la reducción tiene por finalidad reducir la duración del procedimiento, únicamente deben quedar afectados aquellos plazos que incidan en ella¹³. Así, por ejemplo, la reducción afectará, en caso de concurso necesario, al plazo para que el deudor presente los documentos del artículo 6 LC (artículo 21.1.3º LC: de 10 días queda reducido a 5); al plazo para que los acreedores pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos (artículos 25.1.5º y 85.1 LC: de un mes queda reducido a 15 días); o al plazo para que la administración concursal modifique el inventario o la lista de acreedores tras la notificación de la última de las sentencias resolutorias de las impugnaciones (artículo 96.4 LC: los 5 días quedan reducidos a 3). Por el contrario, por no incidir en la duración temporal del concurso, no deben ser objeto de reducción: el plazo de paralización de ejecución de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado (artículo 56.1 LC) o el plazo de dos años anteriores a la fecha de declaración de con-

¹³ Así, Cordon Moreno, F., *El proceso concursal*, Pamplona, 2003, pp. 220-221; Alonso Ureba, A., op. cit., p. 3441; Pulgar Ezquerro, J., “Comentario al artículo 191 de la LC”, en *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo II, dirigidos por Pulgar Ezquerro/Alonso Ureba/Alonso Ledesma/ Alcover Garau, Madrid, 2004, p. 1579. Sobre la cuestión también, Senés, C., “Comentario al artículo 191 de la LC”, en *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, dirigido por Rojo/Beltrán, Madrid, 2004, pp. 2786-2788; López Sánchez, J., “Comentario al artículo 191 de la LC”, en *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Coordinados por Bercovitz, R., p. 1926; Garnica Martín, J., “Comentario al artículo 191 de la LC”, en *Derecho Concursal Práctico (Comentarios a la Nueva Ley Concursal)*, Madrid, 2004, pp. 850-851; Toribio Fuentes, A., “Comentario a los artículos 190 y 191 LC”, en *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo III, dirigidos por Sánchez Calero, J.,/ Guilarte Gutiérrez, V., p. 3122.

curso para rescindir los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor (artículo 71.1 LC)¹⁴.

Este precepto que, como ha quedado señalado, no ha sido modificado, incorpora también la flexibilidad que presidía la regulación de esta materia en la primera redacción de la Ley Concursal. En el inciso final del párrafo 1 del artículo 191 se prevé que tendrá lugar la reducción de los plazos, “salvo aquellos que, por razones especiales, el juez acuerde mantener para el mejor desarrollo del procedimiento”. Creemos que esta norma cobra especial importancia después de la reforma, ya que el juez podrá modular los efectos de la misma (que, prácticamente, ha convertido la tramitación abreviada en el cauce general) haciendo uso de las facultades discrecionales que le concede el artículo 191 LC. Y así, por ejemplo, si concurre un número elevado de acreedores podrá mantener el plazo de un mes para la comunicación de créditos (artículo 85.1 LC). No obstante, ello dificultará, todavía más, la labor de la administración concursal (como veremos a continuación, en principio, administrador concursal), dado que el párrafo 2º del apartado 1 del artículo 191 LC establece que no cabe discrecionalidad del juez y que se reducirá en todo caso el plazo para la presentación del informe por la administración concursal. Este plazo será de un mes a contar desde la aceptación del cargo (el administrador debe aceptar el cargo dentro de los cinco días siguientes a la recepción de su nombramiento: artículo 29.1 LC) y sólo podrá autorizarse una prórroga por el juez del concurso no superior a 15 días, si la petición se cursa por la propia administración concursal con anterioridad a la expiración del plazo legal (artículo 74.2 LC). De ese modo, como en caso de tramitación abreviada el plazo para la presentación del informe se reduce necesariamente, la administración concursal, salvo prórroga, se encontraría sin tiempo material para acompañar al informe del artículo 75 de la LC la lista de acreedores.

¹⁴ Una relación exhaustiva sobre supuestos afectados y no afectados por la reducción del plazo, puede verse en Pulgar Ezquerro, J., op. cit. (“Comentario al artículo 191 LC”), pp. 1580-1584.

2ª. La simplificación de la administración concursal.

La segunda especialidad de la tramitación abreviada se recoge en el apartado 2º del artículo 191 de la LC y consiste en la simplificación de la administración concursal, que, en ese caso, estará integrada por un único miembro (que deberá ser abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil con experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo), salvo que el juez acordase lo contrario, por apreciar motivos especiales que lo justifiquen. La medida de la administración concursal unipersonal, con la que se persigue la reducción de costes, resultaba coherente antes de la reforma, en cuanto que iba asociada con la menor entidad del concurso, aunque no ha sido valorada de forma tan positiva después de ésta. Es por ello que vamos a tratar especialmente esta cuestión en el apartado siguiente al analizar las consecuencias de las modificaciones introducidas por el RDL 3/2009.

5. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA TRAMITACIÓN ABREVIADA DEL CONCURSO POR EL RDL 3/2009: LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

La reforma del ámbito de aplicación del procedimiento abreviado, dirigida a agilizar los trámites procesales y a reducir los costes de tramitación, no ha sido valorada de forma totalmente positiva. Se considera que ha elevado demasiado la cifra de pasivo mínimo para que pueda aplicarse el procedimiento ordinario¹⁵, lo que provocará que, en la práctica, la mayoría de los concursos se tramitarán por el procedimiento abreviado, con la consiguiente reducción de plazos y con la consiguiente inversión de la relación de especialidad entre unipersonalidad y colegialidad del

¹⁵ Orellana Cano, N., op. cit., p. 153.

órgano de administración¹⁶. Como el primer tema ya ha sido abordado, vamos a centrarnos en este apartado en el segundo.

Probablemente el aspecto en el que la reforma ha incidido de forma más decisiva es en la configuración orgánica de la administración concursal, para entender esta afirmación es suficiente con leer el texto de la Exposición de Motivos de la Ley concursal, en particular lo siguiente:

“La administración concursal se regula conforme a un modelo totalmente diferente del hasta ahora en vigor y se opta por un órgano colegiado en cuya composición se combina la profesionalidad en aquellas materias de relevancia para todo concurso -la jurídica y la económica- con la presencia representativa de un acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general, que no esté garantizado. Las únicas excepciones al régimen de composición de este órgano, vienen determinadas por la naturaleza de la persona del concursado -cuando se trata de entidad emisora de valores cotizados en bolsa, empresa de servicios de inversión, entidad de crédito o aseguradora- o por la escasa importancia del concurso- en cuyo caso el Juez podrá nombrar un solo administrador de carácter profesional”.

Parece que la voluntad del legislador quedaba clara: la configuración de un órgano de administración colegiado de tres miembros. La reciente reforma, al extender el ámbito de aplicación del proceso abreviado a los concursos con un pasivo de hasta 10.000.000 €¹⁷, ha invertido la regla, puesto que la lectura de las estadísticas concursales permite afirmar que este será el caso de la mayoría de los concursos que se declaran, convirtiéndose en abreviados en torno al 90% de los concursos. A partir de ahora, y salvo que el juez acuerde lo contrario, en los términos previstos

¹⁶ La expresión es de Yanes, P., “La reforma (inacabada) de la administración concursal en el RDL 3/2009, de 27 de marzo”, RDCP, 11/2009, p. 113.

¹⁷ Repárese por otro lado, que en la versión del Anteproyecto de Ley que envió el Ministerio de Justicia en septiembre de 2001, el procedimiento abreviado se refería a concursos en los que la estimación del pasivo no superara los 300.000 €.

en el art. 191.2 LC, la administración concursal estará integrada por un único miembro.

Entendemos que convertir por medio de una reforma parcial una regla general en un supuesto marginal, no es la técnica legislativa más adecuada. En definitiva, una primera lectura de la reforma llevaría a la conclusión de la alteración de la configuración de la organización de la administración concursal so pretexto de una reducción de los costes¹⁸. Nos parece que la configuración del órgano atendiendo al perfil profesional de sus miembros, lejos de ser un capricho del legislador, es una necesidad que la práctica concursal pone de manifiesto. En el concurso de un empresario, para la adecuada comprensión de la situación del deudor y el desarrollo del proceso, son tan esenciales los aspectos jurídicos como los económico-financieros; por ello, la participación de un abogado, junto a un auditor, economista o titulado mercantil, es una combinación que permite tener información sobre los aspectos contables y facilita un desarrollo ordenado del concurso.

Otra cosa distinta, sería si al margen de esta pretendida simplificación del proceso concursal, que supone el concurso abreviado, se hiciera un planteamiento en torno a si esta configuración de la administración concursal colegial es la más adecuada para un deudor no empresario, no obligado a llevar contabilidad. En este caso, probablemente la respuesta llevaría a la simplificación del proceso, no sólo de los plazos, y de la estructura del órgano de administración concursal, porque en este contexto su simplificación no redundaría en una menor transparencia sobre la situación del deudor, y no plantea dificultades para el reconocimiento de los créditos.

No obstante, la presencia de un único administrador concursal en los concursos abreviados no es obligatoria, ya que el propio artículo 191.2

¹⁸ Pulgar Ezquerro, J., Comentario cit., p. 1586, ya afirmaba que no es exacto que la reducción a uno de los miembros de la administración concursal abarataría los costes del concurso: la tramitación abreviada abarata el concurso, pero no en función de los administradores, sino de la cuantía del activo y del pasivo.

LC, establece que cuando el Juez aprecie motivos especiales que lo justifican puede resolver lo contrario. La conveniencia de la presencia de un administrador letrado, para garantizar la adecuada representación del deudor en los posibles incidentes o demandas de reintegración, aconseja su designación, pero el examen de la contabilidad hace conveniente por sí sólo la presencia de un auditor, economista o titulado mercantil también en aquellos concursos en los que a pesar de no superarse los 10.000.000 €, el deudor sea empresario. De manera que podría entenderse que son motivos especiales que justifican que la administración concursal no esté integrada por un único miembro, la presencia de un deudor obligado a llevar contabilidad, por el propio interés del concurso, atendiendo a la necesidad de un adecuado análisis contable, así como de la supervisión de la elaboración de las cuentas durante el concurso (art. 46 LC), o en su caso, su elaboración en la fase de liquidación.

Ciertamente, podría argumentarse en contra de lo anterior que existe la posibilidad para el administrador concursal de solicitar la autorización de auxiliares delegados. Algún autor ha llegado a afirmar la incompatibilidad de los auxiliares delegados con el procedimiento abreviado por la contradicción que supone con la simplicidad del proceso abreviado¹⁹, afirmación ésta difícil de sostener tras la última reforma, porque actualmente no parece posible establecer un paralelismo entre los concursos de hasta 10.000.000 € y la aparente simplicidad del procedimiento abreviado. Entendemos que la presencia de los auxiliares delegados, complementa en su caso, a la administración concursal, pero no la sustituye en sus funciones y responsabilidad. Por otro lado, tampoco parece que en estos supuestos, el adecuado análisis de la contabilidad, o la defensa de los intereses del concursado en los incidentes que se promovieran, justifican que sea el administrador único quien deba correr con los gastos de la intervención de los auxiliares (art.32.2 LC).

¹⁹ Senés C., op cit., 2789

Por otro lado, la presencia de un único administrador concursal, prevista por la reforma como regla general de hecho, llevaría a una constante modulación de la diligencia debida en el marco de las responsabilidades que le son exigibles a los administradores concursales. Si la legislación se refiere a la presencia de unos determinados profesionales que actúan de forma colegiada, en el caso de administrador concursal único, ¿podría exigírseles responsabilidades por negligencias relacionadas con las funciones propias de los otros profesionales no designados?, probablemente la respuesta deba ser negativa; así por ejemplo entendemos que al administrador concursal letrado no se le podría exigir responsabilidad por no haber puesto de manifiesto en el informe la defectuosa contabilización de determinadas partidas, o revalorizaciones que no se ajusten a la Ley.

No obstante las anteriores reflexiones que llevan a tener una postura crítica sobre la extensión del régimen del procedimiento abreviado más lejos de su configuración original, podemos apreciar que después de la reforma, en la práctica de nuestros Juzgados de lo Mercantil se procede frecuentemente al nombramiento de administradores únicos para concursos con un pasivo superior a 1.000.000 €. El día a día a puesto de manifiesto la preferencia por parte de los Jueces de lo Mercantil por nombrar administradores letrados que tengan conocimientos contables (conocimientos o posibilidad de contar en su equipo con asesores contables), porque si lo que se busca es un abaratamiento del coste hay que tomar en consideración que el artículo 184.5 de la LC señala que el administrador letrado se encargará de incidentes y recursos sin remuneración adicional.

Otra polémica no resuelta por el legislador se plantea en torno al art. 191.2 LC., y en particular sobre la posible solución para ampliar el número de administradores concursales, como alternativa al administrador concursal único. Después de la última reforma, y teniendo en cuenta que el juez debe ordenar la tramitación abreviada cuando concurren los presupuestos legales, cobran especial importancia las facultades que concede el artículo 191 LC para ampliar el número de administradores concursales.

En nuestra doctrina encontramos dos posiciones diferenciadas²⁰, entre quienes entienden que como alternativa al administrador único solo cabe una administración integrada por tres miembros, y los que defienden la posibilidad de nombrar solo a dos administradores concursales. Atendiendo a lo dispuesto en el art. 27 LC, en sus apartados 1 y 2, las excepciones a la administración colegiada de tres miembros son sólo las previstas en el apartado segundo, que respecto del procedimiento abreviado, en el punto 2.3, se refiere exclusivamente a un único miembro. Por lo que entendemos que en la actualidad, la alternativa pasaría por una administración de tres miembros nombrada de acuerdo con lo dispuesto en el art. 27.1 LC, o el nombramiento de un administrador único. Si bien, entendemos que la posibilidad del nombramiento de dos administradores para estos casos, es interesante y se presenta como una alternativa beneficiosa para el correcto desarrollo del concurso, por lo que proponemos la modificación del art. 27 LC permitiéndolo expresamente.

Por otro lado, la reducción del número de administradores so pretexto de un abaratamiento de los costes, así como hacer a los administradores concursales responsables del pago de los auxiliares, puede incidir directamente en la calidad de su trabajo. Pues o bien no cuentan con auxiliares que complementen sus conocimientos en los aspectos jurídicos o contables que no sean los propios, para aumentar beneficios o su retribución que se pueden reducir considerablemente para satisfacer los honorarios de los auxiliares, y si se solicita la intervención de auxiliares, no cabe duda que a menor retribución podría darse menos interés de los mejores profesionales por ser administradores en procedimientos abreviados.

La configuración actual del proceso abreviado, presentado como un procedimiento concursal simplificado en plazos, tiene una incidencia directa en el desarrollo de las funciones por la administración concursal, dificultándolas, lo que se ve claramente si nos referimos a la reducción del plazo para la presentación del informe de la administración concur-

²⁰ Pude verse, entre otros, Senés C., op cit., p. 2790; Orellana Cano, op cit., p. 153.

sal. En torno a los plazos la regla general es su reducción a la mitad (art. 191.1 LC), si bien el Juez puede mantener los plazos ordinarios para el mejor desarrollo del proceso. Tal regla tiene una excepción respecto al informe, el plazo para su presentación es en todo caso de un mes a contar desde la aceptación del cargo y sólo podrá autorizarse una prórroga por el juez no superior a 15 días. Lamentablemente tal regla no puede ser menos coherente, por no contar con las dificultades que pueden plantearse en la elaboración del informe para el administrador concursal en un procedimiento de hasta 10.000.000 €²¹, y es poco realista, por no decir imposible de cumplir en muchos casos.

El plazo que tienen los administradores para realizar el informe se computa desde la aceptación de su cargo, tal aceptación es anterior a la publicación de la declaración del concurso en el BOE, a partir de la cual se computa el plazo que tienen los acreedores para comunicar sus créditos. Por muy rápido que se publique el anuncio en el BOE, encontraremos un desfase, en el que corre el plazo para los administradores sin que se hayan presentado las comunicaciones de créditos por los acreedores. Y una vez publicado el anuncio, si el Juez ha optado por mantener el plazo de un mes al que se refiere el art. 21.1.5 LC, podría haber transcurrido el plazo que tienen los administradores, incluso 15 días más por el desfase de la publicación en el BOE, sin que éstos hubieran tenido tiempo de conocer las comunicaciones de créditos presentadas por los acreedores. A estos plazos hay que añadir el tiempo que se tarda en el juzgado en repartir los escritos que entran por registro, y en recibirlos por el oficial responsable de llevar el expediente. Pero si el plazo que tienen los acreedores es el de 15 días porque el Juez ha optado por aplicar la regla del art. 191.1 LC, los administradores apenas mejoran en los tiempos, y los acreedores pueden verse gravemente perjudicados por el corto espa-

²¹ Puede verse en este sentido, si bien antes de la última reforma, Alonso Ureba, C., “La tramitación abreviada del concurso de acreedores de pequeñas y medianas empresas”, en VVAA, El concurso de sociedades en el Derecho Europeo, Monografía nº 1/2004, RCP, p. 137.

cio de tiempo del que disponen. Ante tal descoordinación de plazos, la única forma de permitir que los administradores puedan realizar su trabajo, es computando el plazo de prórroga desde que se acuerda por el Juzgado, y se notifica al administrador.

En general, podemos afirmar que la reforma del proceso abreviado, lejos de facilitar la agilización del procedimiento, dificulta en exceso la labor de los administradores concursales, coloca al Juez ante decisiones interpretativas difíciles, y puede afectar a los intereses de los acreedores quienes podrían resultar gravemente perjudicados por la reducción de los plazos de comunicación de créditos. La lentitud del concurso no está relacionada directamente con los plazos previstos en la LC para las diversas actuaciones y fases, sino con un problema imposible de solucionar con reformas parciales, como es el de la lentitud de la justicia y el retraso en las actuaciones debido al gran número de asuntos que se llevan en nuestros juzgados. Nada pasaría si se eliminaran de la LC los artículos relativos al concurso abreviado (arts. 190 y 191 LC), y se pensara en un proceso concursal distinto para los concursos de consumidores y pequeños empresarios.

Habermas. El patriotismo constitucional

J. GABRIEL DE MARISCAL

Vocal de la Junta Directiva de AVD/ZEA

Abogado

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 2010/12/30

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 2011/06/20

Resumen: Para Habermas la identidad nacional se reduce a una cultura política común. Esta cultura política consiste en principio, en un sistema de derechos concebido en forma abstracta, que encierra la democracia y el Estado constitucional, también concebidos como abstracción. Ahora bien, todo sistema legal es expresión de una forma de vida particular y no mera repetición del contenido universal de los derechos fundamentales. Por ello, el Estado constitucional concreto no es ni puede ser culturalmente neutral.

La situación es problemática en un 'Estado constitucional' con una pluralidad de 'culturas nacionales'. Si el sistema sólo previere derechos individuales abstractos, uniformes, dejaría a los grupos minoritarios de ciudadanos en inferioridad de condiciones.

La solución de Habermas consiste en exigir que el proceso de formación de la voluntad política de los ciudadanos esté orientado a hacer realidad los derechos fundamentales. Solución ingenua, si no se ha previsto una instrumentación legal correctora, expresa y eficaz, para cuando no se siguiera esa orientación.

La crítica concluye, a nuestro entender, en que *las identidades nacionales no pueden definirse sin contradicción e incongruencia por meros ingredientes culturales políticos abstractos aislados de un entorno cultural concreto.*

Palabras clave: Derechos fundamentales, derechos colectivos, identidad nacional, minorías nacionales, asociación libre.

Laburpena: Habermas jaunaren arabera, nazio-nortasuna kultura-politika erkidea baino ez da. Hasteko, politika erkide hori eskubide sistema bat da, modu abstraktuan gauzatua eta demokrazia eta konstituzio estatua barneratzen dituena, horiek ere abstrakzio bezala gauzatuak. Dena den, lege sistema oro bizitzeko modu berezi baten adierazpena da, eta ez, ordea, oinarrizko eskubideen eduki unibertsalen errepikapen hutsa. Horregatik, konstituzio estatua zehatza ezin da neutrala izan, kulturari dagokionez behintzat.

Egoera horrek arazoak sortzen ditu konstituzio estatuan, horrek “nazio-kultura” ugari dituenean. Sistemak bakar-bakarrik norbanako eskubide abstraktuak, eraberekoak ikusiko balitu, herritarren talde gutxiengoak egoera okerragoan utziko lituzke.

Habermasen irtenbidea bestelakoa da: herritarren borondate politikoaren eraketa prozesua nahitaez bideratu behar da oinarrizko eskubideak gauzatzearen alde. Irtenbide sinplea benetan, aurretik ez balego lege-instrumentazio zuzentzaile, zehatz eta eragilerik aipatu bidea jarraitzen ez den kasuetan.

Kritikak, gure ustez, bukatzen du esanez nazio-nortasunak ezin direla definitu kultura eta politika osagai abstraktu eta isolatu huts bezala, kultura-ingurune zehatz baten kontraesanetan eta inkongruentzian erori gabe.

Gako-hitzak: Oinarrizko eskubideak, talde-eskubideak, nazionortasuna, nazio-gutxiengoak, elkartze aske.

Abstract: For Habermas national identity is reduced to a common political culture. This political culture is in principle, a system of rights conceived in an abstract manner, which encompasses democracy and the Constitutional State, but is also conceived as an abstraction. However, every legal system is an expression of a particular way of life and not a mere repetition of its universal content of the basic rights. Accordingly, the specific Constitutional State is not nor can be culturally neutral.

The situation is a problem-ridden one in a “Constitutional State” with a plurality of “national cultures”. If the system envisages only individual abstract and uniform rights, it would leave the minority groups of citizens at a disadvantage.

Habermas’ solution consists in demanding that the process of fashioning the political will of citizens be aimed at realising those basic rights. A naïve solution, if there is no corrective, express and effective legal instrument, when this guidance is not followed.

The review concludes, in our opinion, in that the national identities cannot be defined without contradictions and inconsistencies by mere abstract political cultural ingredients isolated from a specific cultural environment.

Key words: Basic rights, collective rights, national identity, national minorities, free association.

INTRODUCCIÓN. I.- LA TEORÍA DE HABERMAS SOBRE LOS DERECHOS. -El concepto de identidad nacional. -El sistema abstracto de los derechos fundamentales y la posibilidad de un patriotismo constitucional. -Superfluidad o inexistencia de los derechos colectivos. -Reflexiones de Habermas opuestas a la superfluidad de los derechos colectivos o poco coherentes con ella. II.- CRÍTICA DE LA TEORÍA. -Necesidad de la concreción espaciotemporal. -Cultura e identidad. III.- INMIGRACIÓN Y POLIETNICIDAD. PROBLEMA Y RESPUESTA DE HABERMAS. IV.- MINORÍAS NACIONALES. -Los derechos colectivos. -Asociación libre.V.- CONCLUSIÓN FINAL

INTRODUCCIÓN

Entiendo por Nación una comunidad cultural consciente de sí misma. Con tal punto de partida la identidad nacional no es sino la consecuencia de la afectación de un grupo de individuos por el marcador que constituye la cultura de todos ellos. Pero es necesario distinguir cuidadosamente Nación y Estado. Este último es la organización política institucionalizada de una o varias Naciones. Identidad nacional y ciudadanía son construcciones culturales: asentadas en una cultura si se trata de un Estado-Nación, o en el reconocimiento y el respeto de dos o más culturas si de un Estado plurinacional se tratare –que es lo habitual– y se quiere construir un sistema político basado en verdad en el principio de igualdad y con posibilidades de cohesión sólida. Tras estas breves observaciones me parece oportuno hacer un examen y crítica del esfuerzo de Habermas por aislar una hipotética ciudadanía o cultura política respecto de la identidad nacional cultural o cultura nacional y, por tanto, de su propuesta del llamado ‘patriotismo constitucional’ que tan en boga se halla hoy por nuestros pagos políticos e intelectuales.

Aunque Habermas hace unas referencias a la inmigración, yo sólo voy a hacer alguna consideración sobre sus opiniones en esta materia, porque entiendo que la inmigración plantea algunos problemas afines a los de las minorías nacionales, pero es un fenómeno singular con sus propias carac-

terísticas que lo hacen sensiblemente diferente al de las minorías mencionadas. En este estudio me refiero, pues, fundamentalmente a las minorías nacionales.

I.- LA TEORÍA DE HABERMAS SOBRE LOS DERECHOS

El concepto de identidad nacional

Habermas considera, en ocasiones, la identidad nacional como algo aislado de la base cultural de un pueblo, simplemente como una cultura *política* común¹. A veces separa de la identidad nacional la ‘ciudadanía’. Ésta sería la característica común a todos los miembros de una comunidad –sea uninacional, sea multinacional– y la base de su organización institucional política, mientras que el resto de los ingredientes culturales quedarían marginados del sistema jurídico-político. La ciudadanía es el fundamento de lo que llama el ‘patriotismo constitucional’. Creemos que es preciso tener en cuenta, como veremos, que cada ‘ciudadanía’ arraiga en un lecho cultural determinado y que, por tanto, las identidades nacionales no pueden definirse sin incurrir en contradicciones e incongruencias por meros ingredientes culturales políticos aislados de un entorno cultural preciso; estos ingredientes son, por el contrario, parte de ese entorno de identidad colectiva más amplia que tiende a impregnar en su totalidad la vida humana individual de los miembros de la comunidad respectiva, dando sentido a sus actuaciones. La reflexión de Habermas tomada de los tres textos mencionados en la nota 1 precedente, procede como sigue:

¹ Vid., Faktizität und Geltung (1992) (en adelante F&G), Staatsbürgerschaft und nationale Identität (1990), (en adelante Staatsbürgerschaft) en Faktizität und Geltung,. También Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State (en adelante Struggles), en Multiculturalism, Part Two, de Taylor, Charles pp. 107-148.

El sistema abstracto de los derechos fundamentales y la posibilidad de un patriotismo constitucional

Se pretende establecer el sistema de derechos de una forma autónoma, es decir, mediante un criterio discursivo indiferente frente a moral y derecho. El principio democrático, i.e. la autolegislación de los derechos que garantizan la libertad individual-, es resultado del ensamblaje de este criterio con la forma jurídica². “La marcha del proceso transcurre desde lo abstracto a lo concreto, y en él la concretización tiene lugar, porque la perspectiva de la exposición aportada al principio desde fuera, queda penetrada por obra del sistema de derechos expuesto”³.

El sistema en abstracto consta de “1) derechos fundamentales resultado de configurar el *derecho* en forma políticamente autónoma *hasta la mayor medida posible de idénticas libertades subjetivas de acción*”; 2) derechos fundamentales resultado de configurar de la misma forma el “*status de miembro* en una asociación de copartícipes del derecho que ha sido libremente querida...”; 3) “derechos fundamentales derivados inmediatamente de la *posibilidad de reclamar judicialmente* derechos y de la conformación políticamente autónoma de la *protección legal* individual”; 4) “derechos fundamentales a la participación con igualdad de oportunidades en los procesos de formación de opinión y de voluntad en los que los

² “Autonomie muß allgemeiner und neutraler begriffen werden. Deshalb habe ich ein Diskursprinzip eingeführt, das gegenüber Moral und Recht zunächst indifferent ist...Der entscheidende Gedanke ist, daß sich das Demokratieprinzip der Verschränkung von Diskursprinzip und Rechtsform verdankt.” F&G, p. 154.

³ “Der Gang der Darstellung verläuft vom Abstrakten zum Konkreten, wobei die Konkretion dadurch zustandekommt, daß die zunächst von außen herangetragene Perspektive der Darstellung vom dargestellten System der Rechte internalisiert wird”. F&G., p. 155. No creemos equivocarnos al entender esta afirmación en la forma siguiente: la exposición inicial “desde fuera” se refiere al esquema general de los derechos que, como creación mental, se acerca a la realidad desde el exterior, mientras que la presentación de un contenido real del sistema de derechos “penetra” (internalisiert wird) y da sentido a aquél sistema general. En una palabra, una cosa es la elaboración teórica de un esquema de derechos y otra cosa es “llenarlo” con los derechos de un sistema determinado.

ciudadanos ejercen su *autonomía política* y mediante los cuales establecen derecho legítimo”; 5) derechos fundamentales a la aprobación de condiciones de vida garantizadas en la medida en que sean necesarias para el disfrute de los derechos mencionados en los puntos 1) a 4)⁴.

Superfluidad o inexistencia de los derechos colectivos

Por otra parte, sostiene Habermas que los titulares de estos derechos son sólo los individuos⁵; que los llamados derechos colectivos son ajenos al sistema y que, si se corrige el sistema liberal mediante la inclusión en él de una forma democrática de entender la aplicación de los derechos fundamentales, no hace falta introducir derechos colectivos para garantizar que el sistema de derechos propuesto, tal como se entiende desde un punto de vista liberal, no sea daltónico para las diferencias de identidad cultural⁶.

⁴ “(1) Grundrechte, die sich aus der politischen autonomen Ausgestaltung des *Rechts auf das größtmögliche Maß gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten* ergeben... (2) Grundrechte, die sich aus der politischen autonomen Ausgestaltung des *Status eines Mitgliedes* in einer freiwilligen Assoziation von Rechtsgenossen ergeben... (3) Grundrechte, die sich unmittelbar aus der *Einklagbarkeit* von Rechten und der politisch autonomen Ausgestaltung des individuellen *Rechtsschutzes* ergeben... (4) Grundrechte auf die chancengleiche Teilnahme an Prozessen der Meinungs- und Willensbildung, worin Bürger ihre *politische Autonomie* ausüben und wodurch sie legitimes Recht setzen... (5) Grundrechte auf die Gewährung von Lebensbedingungen, die in dem Maße sozial, technisch und ökologisch gesichert sind, wie dies eine chancengleiche Nutzung der (1) bis (4) genannten bürgerlichen Rechte unter gegebenen Verhältnissen jeweils notwendig ist.” F&G, pp. 155-157.

⁵ “It (modern law) is *individualistic*, because it makes the individual person the bearer of rights...” Struggles, p. 121.

⁶ “If the selective reading of the theory of rights is corrected to include a democratic understanding of the actualisation of basic rights, there is no need to contrast a truncated Liberalism 1 with a model that introduces a notion of collective rights that is alien of the system.” “Once we take this internal connection between democracy and the constitutional state seriously, it becomes clear that the systems of rights is blind neither to unequal social conditions nor to cultural differences.” Ibid., pp. 116 y 113 respectivamente. *Nota.*— Según Walzer, Comment, pp. 99ss., en Multiculturalism, de Charles Taylor, éste propone dos formas de liberalismo: el 1 y el 2. El 1 se entrega de forma más rígida a los derechos individuales y a un Estado rigurosamente neutral, sin ninguna clase de objetivos colectivos más allá de la libertad y de la seguridad física personal y el bienestar. El 2

La fundamentación que ofrece Habermas a esta última tesis se puede sintetizar en unas cuantas proposiciones.

Hay una conexión conceptual, necesaria, entre Estado constitucional y democracia, entre autonomía pública o autonomía política (que es, como acabamos de ver, la participación igual en el proceso de formación de la opinión y de la voluntad por el que se establece el derecho legítimo), y autonomía privada (el derecho al mayor número de libertades de acción posible), porque los sujetos de derecho sólo pueden adquirir autonomía en sentido kantiano —es decir, formular desde sí mismos la norma, como hemos visto—, en la medida en que puedan considerarse autores de la ley a la que están sujetos como personas privadas⁷. Dicho en *roman paladino*: la sujeción a la ley no me priva de mi independencia personal, porque soy yo el que he dado libremente conformidad a participar en su elaboración.

Por este procedimiento “desaparece el daltonismo [para las diferencias sociales y culturales] de la lectura [del sistema liberal] elegida, una vez que suponemos adscribir a los titulares de los derechos individuales una identidad que se concibe intersubjetivamente”⁸.

admite un Estado entregado a la supervivencia y al florecimiento de una Nación, religión o cultura particular, o de una serie limitada de naciones, culturas y religiones, con tal de que los derechos básicos de los ciudadanos queden protegidos. Taylor se inclina por el Liberalismo 2 y Habermas lo critica.

⁷ “...these to whom the law is addressed can acquire autonomy (in the Kantian sense) only to the extent that they can understand themselves to be the authors of the laws to which they are subjected as private legal persons...It is not a matter of public autonomy supplementing and remaining external to private autonomy, but rather of an internal, that is, conceptually necessary connection between them. Once we take this internal connection between democracy and the constitutional state...” *Struggles*, pp. 112-113. “The citizens are autonomous only if the addressees of the law can also see themselves as its authors.” *Ibid.*, pp. 121-122.

⁸ “The color-blindness of the selective reading vanishes once we assume that we ascribe to the bearers of individual rights an identity that is conceived intersubjectively” *Struggles*, p. 113.

De este modo, “la ciudadanía democrática no necesita arraigar en la identidad nacional de un pueblo, requiere en cambio la socialización de todos los ciudadanos en una cultura política común”⁹. De aquí la posibilidad de un “patriotismo constitucional”.

Reflexiones de Habermas opuestas a la superfluidad de los derechos colectivos o poco coherentes con ella.

Pero es que, además, siguiendo las reflexiones de Habermas, resulta que¹⁰:

A pesar de que los pueblos de la UE tienen ya indudable afinidad cultural y, al menos en el marco occidental, una cultura política común, “un patriotismo constitucional europeo, a diferencia del americano, *tiene que componerse a partir de diferentes interpretaciones de los mismos principios de derecho universales inspiradas en la historia de cada nación*”¹¹. La ventaja de EE.UU. es que “constituyen... una sociedad cultural que está unida mediante la misma cultura política y *(sobre todo) un idioma único*, mientras que la Unión Europea presentaría un Estado de *nacionalidades con una pluralidad de idiomas*”¹².

Los espacios públicos nacionales “arraigan... en contextos, en los que *las cuestiones políticas reciben significación sólo frente al trasfondo de cada historia nacional*. Pero en el futuro se podría obtener una cultura política común diferenciada de las distintas culturas *nacionales*. Podría introducir-

⁹ “Die demokratische Staatsbürgerschaft braucht nicht in der nationalen Identität eines Volkes verwurzelt zu sein...verlangt sie aber die Sozialisation aller Staatsbürger in einer gemeinsamen politischen Kultur”. Staatsbürgerschaft, p. 643.

¹⁰ Lo resaltado en cursiva es propio del original; lo resaltado en negrita es obra nuestra.

¹¹ “Ein europäischer Verfassungspatriotismus muß, anders als der amerikanische, aus verschiedenen nationalgeschichtlich imprägnierten Deutungen derselben universalistischen Rechtsprinzipien zusammenwachsen.” Staatsbürgerschaft, p. 651.

¹² “Die USA bilden freilich eine multikulturelle Gesellschaft, die durch dieselbe politische Kultur und (vorerst) eine einzige Sprache geeint wird, während die Europäische Union einen vielsprechigen Nationalitätenstaat darstellen würde.” Staatsbürgerschaft, p. 644.

se una diferenciación entre una cultura *política* de ámbito europeo y las tradiciones *nacionales* en arte y literatura, historiografía, filosofía, etc. que se diversifican desde la primera Edad Moderna”¹³.

En esta línea, “*la identidad de la comunidad política, a la que la inmigración no debe atentar, depende primariamente de los principios de derecho anclados en la cultura política, y no totalmente en una forma de vida étnico-cultural particular. Según esto sólo ha de esperarse de los inmigrantes la disposición, de que acepten la cultura política de su nueva patria, sin tener que renunciar por ello a las formas de vida culturales de su origen*”¹⁴.

Una consideración exclusivamente moral y jurídica de los “*derechos especiales*” que “*tienen personas determinadas frente a otras personas determinadas, que están en su entorno en cuanto «parte» de determinadas comunidades, «no resulta ciertamente adecuada a las relaciones dentro de sociedades complejas, pero pone de relieve una componente ética que no se debe ocultar*”¹⁵. Entiende por “ético” “el juicio imparcial basado en valo-

¹³ “... wurzeln... in Kontexten, in denen politische Fragen nur vor dem Hintergrund der jeweils nationalen Geschichte Bedeutung gewinnen. In Zukunft könnte sich aber aus den verschiedenen *nationalen* Kulturen eine gemeinsame *politische* Kultur ausdifferenzieren. Es könnte eine Differenzierung eintreten zwischen einer europaweiten politischen Kultur und den seit der frühen Moderne sich verzweigenden *nationalen* Traditionen in Kunst und Literatur, Geschichtsschreibung, Philosophie usw.” Ibid. pp. 650-651.

¹⁴ “Die Identität des politischen Gemeinwesens, die auch durch Immigration nicht ange-tastet werden darf, hängt primär an den in der politischen Kultur verankerten Rechtsprinzipien und nicht an einer besonderen ethnisch-kulturellen Lebensform im ganzen. Demnach muß von Einwanderern nur die Bereitschaft erwartet werden, daß sie sich auf die politische Kultur ihrer neuen Heimat einlassen, ohne deshalb die kulturelle Lebensform ihrer Herkunft aufgeben zu müssen.” Staatsbürgerschaft, pp. 658-659.

¹⁵ “*Spezielle Verpflichtungen* haben bestimmte Personen gegenüber bestimmten anderen Personen, die ihnen als «Angehörige»... «nahestehen» Staatsbürgerschaft, p. 654. “...ist gewiß den Verhältnissen komplexer Gesellschaften nicht mehr angemessen, aber es hebt doch eine *ethische* Komponente hervor, die nicht unterschlagen werden darf.” Ibid. p. 657. Traducción: “Ciertas personas tienen *deberes especiales* respecto de determinadas personas próximas a ellas en cuanto que [unas y otras] están «vinculadas», a saber, como miembros de la propia familia, amigos y vecinos, conciudadanos de una entidad política común o de la Nación.” P. 654. “Las dudas frente a una consideración exclusivamente

raciones sólidas y determinado por la autocomprensión y los proyectos de vida en perspectiva de grupos particulares, es decir, por lo que desde el punto de vista de éstos es considerado, en igualdad de las demás circunstancias, ‘bueno para nosotros’. La referencia de primera persona, y de ahí *la relación a la identidad de un grupo (o de un individuo), está inscrita gramaticalmente en las cuestiones éticas*”¹⁶.

“*Es esencial a la naturaleza concreta de las materias que han de ser reguladas –dice Habermas–, que en el ámbito de la ley –en cuanto opuesta a la moralidad– el proceso de establecer regulaciones normativas de modos de conducta esté abierto a la influencia de los objetivos políticos de la sociedad. Por este motivo, todo sistema legal es también expresión de una forma de vida particular y no meramente reflejo del contenido universal de los derechos fundamentales.*” Pero, –sorprendentemente a mi parecer–, “en la medida en que *la formación de la opinión y la voluntad políticas de los ciudadanos esté orientada a la idea de hacer realidad los derechos*, [esa formación de la opinión y de la voluntad] *no puede equipararse... al proceso por el que los ciudadanos consiguen acuerdo sobre su autocomprensión ético-política...la manera en que desean comprenderse a sí mismos como ciudadanos de una república particular, como habitantes de una región particular, como herederos de una cultura particular, qué tradiciones quieren mantener y cuáles quieren interrumpir, cómo desean enfrentar su historia, las relaciones personales recíprocas, la relación con la naturaleza, etc.*”¹⁷.

moral y jurídica del problema se apoyan en ese concepto comunitarista del ciudadano, que ya hemos indicado. Esto no se acomoda ciertamente a las relaciones en el seno de sociedades complejas, pero pone de relieve una componente *ética* que no se debe ocultar.” P. 657.

¹⁶ “...impartial judgement...based on strong evaluations and determined by the self-understanding and perspectival life-projects of particular groups, that is, by what is from their point of view ‘good for us’, all things considered. The first-person reference, and hence the relationship to the identity of a group (or an individual) is grammatically inscribed in ethical questions”. Struggles, p. 123.

¹⁷ “...is inherent in the concrete nature of the matters to be regulated that in the medium of law –as opposed to morality– the process of setting normative rules for modes of behavior is open to influence by the society’s political goals. For this reason every legal

“Dado que *las decisiones ético-políticas son parte inevitable de la política, y que su regulación legal expresa la identidad colectiva de una nación de ciudadanos, pueden desencadenar luchas culturales en las que las minorías desatendidas combaten contra una cultura mayoritaria carente de sensibilidad.* Lo que da lugar a las luchas no es la neutralidad ética del ordenamiento legal, sino más bien el hecho de que *toda comunidad legal y todo proceso democrático encaminado a hacer realidad los derechos está impregnado de ética*”¹⁸.

Esta larga exposición de algunos textos de Habermas tiene un doble objeto: intentar evitar la tergiversación de sus reflexiones al citar textos aislados y poner de relieve la escasa coherencia, si no contradicción, de las mismas, así como su escaso acierto desde un punto de vista pragmático, a pesar del loable esfuerzo que representan, para intentar comprender y resolver problemas como el nacionalismo, la llamada multiculturalidad y la inmigración.

system is also the expression of a particular form of life and not merely a reflection of the universal content of basic rights.” Ibid., p. 124. “To the extent to which the shaping of citizens’ political opinion and will is oriented to the idea of actualizing rights, it cannot...be equated with a process by which citizens reach agreement about their ethical-political self-understanding...the way they want to understand themselves as citizens of a specific republic, as inhabitants of a specific region, as heirs to a specific culture, which traditions they want to perpetuate and which they want to discontinue, how they want to deal with their history, with one another, with nature, and so on.” *Struggles*, p. 125.

¹⁸ “Because ethical-political decisions are an unavoidable part of politics, and because their legal regulation expresses the collective identity of a nation of citizens, they can spark cultural battles in which disrespected minorities struggle against an insensitive majority culture. What sets off the battles is not the ethical neutrality of the legal order but rather the fact that every legal community and every democratic process for actualizing basic rights is inevitably permeated by ethics.” *Struggles*, pp. 125-126.

II.- CRÍTICA DE LA TEORÍA

Para Habermas la identidad nacional se reduce a una cultura política común, como ha quedado dicho por nosotros y reiterado en los textos transcritos. Pero esta cultura política consiste en principio, según los textos expuestos y a salvo de las matizaciones que vamos a examinar, en un sistema de derechos concebido en forma abstracta, que encierra la democracia y el Estado constitucional también concebidos como abstracción. En este plano, sistema y cultura política son neutrales respecto de cualquier acervo cultural específico o identidad arraigada en él.

Necesidad de la concreción espaciotemporal

Ahora bien, los sistemas políticos reales no son abstractos, porque se encarnan necesariamente en una realidad determinada por el espacio y el tiempo, es decir, en culturas geográfica e históricamente determinadas. Esta matización la hace el propio Habermas: el proceso de elaborar un sistema de derechos “mediante un criterio discursivo indiferente a la moral y al derecho” “transcurre desde lo abstracto a lo concreto”, porque lo expuesto como teoría desde fuera de la realidad, queda penetrado por el contenido de unos derechos reales, determinados. El Estado constitucional, nos dice también, está impregnado de ética. Y estar impregnado de ética significa para él contener el juicio basado en valoraciones sólidas y determinadas por la idea de sí mismo y por los proyectos de vida que grupos particulares tienen en perspectiva, es decir, por la cultura de la comunidad en la que se encarna. Así “es esencial a la naturaleza concreta de las materias que han de ser reguladas, que... el proceso de establecer regulaciones normativas de modos de conducta esté abierto a la influencia de los objetivos políticos de la sociedad. Por este motivo, todo sistema legal es también expresión de una forma de vida particular y no meramente reflejo del contenido universal de los derechos fundamentales”¹⁹. Por lo tanto, el Estado constitucional concreto no es ni puede ser culturalmente neutral con arreglo a la reflexión de

¹⁹Vid. nota 17.

Habermas. En materia de Estado, de constitución y de gobierno no pueden abstraerse los elementos culturales de los políticos: la política es constitutivamente manejo de elementos culturales. Un parlamento, un gobierno, no pueden evitar decisiones sobre el idioma, la educación, la visión de la historia, las tradiciones y costumbres, etc. Todo ello y otras cosas son el contenido de una cultura o de unas culturas determinadas, en cuya regulación, conservación y fomento consisten precisamente parte fundamental de la política y del derecho. En esa actividad el Estado decide inevitablemente qué cultura fomenta y qué cultura suprime o, lo que generalmente terminará en ese mismo resultado, qué cultura abandona a su suerte²⁰.

Siguiendo esta línea de reflexión, dice Kymlicka, que “la idea de una definición puramente no-cultural de un nacionalismo cívico es inverosímil y con frecuencia lleva a la contradicción”²¹. Pues bien, es lo que parece suceder a Habermas, cuando, según hemos visto, asegura que los EE.UU. tienen sobre la Unión Europea la ventaja de que su cohesión se funda en una misma cultura política *y, sobre todo, en un único idioma*. Es claro que el idioma no forma parte de una cultura política en abstracto, sino del lecho cultural particular de la comunidad en la que se aplica el sistema político. Por ello, el mismo Kymlicka pone a Habermas como ejemplo de incurrir en contradicciones por la separación de política y cultura²²: la cultura es probablemente el meollo de la política, o, cuando menos, el mantillo que alimenta esa actividad, en el que ésta arraiga sin remedio.

²⁰ Vid. también Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, OUP, Oxford, reprinted 2003 (first published 1995), p. 111. Coincide en esto con la ‘impregnación ética del Estado constitucional’, de la que habla Habermas.

²¹ “The idea of a purely non-cultural definition of civic nationalism is implausible, and often leads to self-contradiction”. Kymlicka, *Ob. cit.*, Chap. 2, nota 15, p. 200.

²² “...leads to self-contradiction. See, e.g. Habermas’s conception of ‘constitutional patriotism’, which seems to imply both that citizenship should be independent of particular ethno-cultural or historical characteristics like language, and that common language is indispensable to democracy.” Kymlicka, *ob. cit.* p. 200.

Cultura e identidad

En un Estado multinacional, aun admitiendo cierta comunidad de cultura política, hay variaciones importantes derivadas, según Habermas, de las diferentes interpretaciones de los mismos principios de derecho inspiradas en la historia de cada comunidad nacional. Esto lo aplica Habermas al objetivo de la composición de lo que llama un patriotismo constitucional europeo, dado que en Europa hay una pluralidad de Estados con sus propias culturas y con las consiguientes identidades nacionales de los ciudadanos. Califica significativamente el proceso hacia ese objetivo como “*zusammenwachsen*”, es decir, “componer”; hay que componer algo a base de diferentes piezas culturales, que, según hemos visto, ‘cuentan’, porque son –dice– una base ética que no se debe ocultar²³. Se pretende, pues, integrar una cultura política común a base de “componer” piezas culturales del ámbito de esa base ética, es decir, de un horizonte más extenso. Esto, de ser posible y, en su caso, aconsejable, no daría una cultura “política” común, sino simplemente una cultura común sin otros adjetivos, de la que formaría parte la hipotética cultura política que se pretende.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto es que la llamada cultura política de un grupo nacional no es algo independiente de la cultura global particular de ese grupo. Por el contrario, o forma parte de su propio lecho cultural o no es más que un fantasma carente de realidad.

III.- INMIGRACIÓN Y POLIETNICIDAD. PROBLEMA Y RESPUESTA DE HABERMAS

Si bien no examinamos propiamente en este trabajo el importante problema de la polietnicidad derivada de la inmigración, las referencias de Habermas a este fenómeno ayudan a poner de relieve otras incoherencias de su tentativa de separar ciudadanía o identidad política e iden-

²³Vid. nota 15. Complementariamente pueden verse las notas 17 y 18.

tividad nacional, cultural. Sólo para destacarlas hemos citado algunos textos en los párrafos precedentes y hacemos las reflexiones que siguen.

Dentro de las consideraciones anteriormente expuestas que parecen reconocer el arraigo de la cultura política en un suelo cultural, Habermas sostiene que la inserción de los inmigrantes en la comunidad de llegada no exige renuncia a todas las formas de vida culturales propias de su origen, sino que basta que acepten la cultura política de su nueva patria. Pues bien, dos consideraciones sugiere esta propuesta.

Por lo pronto, si el inmigrante ha de aceptar la cultura política de su comunidad de destino, es porque tenía ‘otra’ cultura política diferente. Y, si era diferente, lo era por arraigar en su particular cultura de origen, a menos que se nos pueda dar una explicación más satisfactoria que nosotros ni conocemos, ni conseguimos encontrar. Parece, por tanto, menos que probable la posibilidad de aceptar una cultura política ajena sin integrarse en alguna medida o de alguna manera en el ámbito cultural nacional que le da sentido, así como renunciar a la cultura política propia sin desvirtuar a la vez la cultura nacional originaria.

Pero hay una segunda consideración de resultados sumamente ilustrativos, aplicable a ciertas situaciones especiales: ¿qué se puede hacer cuando la cultura nacional del emigrante, y su cultura política en particular, fueren incompatibles no sólo con la cultura nacional de la comunidad de destino, sino precisamente con la cultura política de ésta última? Tendríamos sumo interés en conocer la solución que, al margen de fantasías bienintencionadas, aporta la reflexión de Habermas al caso de la inserción de los inmigrantes musulmanes, cuya cultura nacional particular, general y política, propugna la unidad de política y religión²⁴, un

²⁴ “Najkra a definicija islamskog poretka definira ga kao jedinstvo vjere i zakona, odgoja i sile, ideala i interesa, duhovne zajednice i države, dobrovoljnosti i prisile”. “...Povijest ne pozna nijedan istinski islamski pokret koji nije istovremeno bio i politički pokret...Ne može se islamski vjerovati, a neislamski raditi, privreivati, zabavljati se, vladati...”- Izetbegovi, Alija.- *Islamska Deklaracija*, p. 19. Mala Muslimanska Biblioteka, Sarajevo,

estatuto de persona femenina con derechos muy recortados frente a los derechos del varón²⁵ y una concepción del individuo como mera parte

s/f. Traducción: “La definición más breve del sistema islámico lo presenta como la unión de creencia y ley, de educación e imposición, de ideal e interés, de comunidad espiritual y Estado, de espontaneidad y coerción.” “...La historia no conoce ningún movimiento islámico verdadero que no haya sido a la vez movimiento político... No se puede creer en islámico y trabajar, ganar, divertirse, gobernar de forma no islámica...” En la traducción p. 18. *La traducción procede de la efectuada (y no publicada) por el autor de este trabajo con el título de Manifiesto Islámico, de donde se toman las traducciones de los textos originales. La negrita es siempre, en las notas y en el texto, nuestra.*

²⁵ “Položaj žene u muslimanskom društvu mora se svugdje promijeniti u skladu s njenim zadatkom majke i prirodnog odgojitelja podmlatka... Islam treba povesti inicijativu da se maj instvu prizna rang društvene funkcije... (p. 35) Ovi stavovi nisu nikakav feminizam zapadnja kog kova, koji izražavao težnju da se društvu nametnu mjerila, hirovi i gospodarenje iskvarenog sloja ženskog roda. To nije ni ravnopravnost u europskom smislu. To je isticanje jednake vrijednosti muškarca i žene, zajedno s isticanjem njihove različitosti koja treba biti sa uvana. A princip jednake vrijednosti direktna je posljedica pravila jednakih vjerskih i moralnih obveza... Porodi no i bra no pravo koje je formulirano u prvim vijekovima Islama, bit e potrebno preispitati u skladu sa sadašnjim potrebama i stupnjem razvoja ljudske i društvene svijesti s tendencijom da se ide na što ve e sužavanje poligamije i u pravcu njenog postepenog eliminiranja iz prakti nog života, kao i u smislu ograničavanja razvoda braka i djelotvorne materijalne zaštite žene i djece u ovim slu ajevima.” Izetbegovi , o.c. (p. 36).- Traducción: “El puesto de la mujer en la sociedad musulmana tiene que transformarse en todas partes de acuerdo con su función de madre y educadora natural de la nueva generación... El Islam tiene que tomar la iniciativa de que se reconozca a la maternidad el rango de función social... (p. 32) Estos planteamientos no constituyen un feminismo de cuño occidental que ha mostrado tendencia a que se impongan en la sociedad los criterios, los caprichos y la dominación del estrato corrupto del género femenino. Tampoco son igualdad de derechos en sentido europeo. Significan destacar el valor igual del varón y de la mujer junto con sus diferencias que han de mantenerse. Ahora bien el principio del valor igual es consecuencia directa de la exigencia de las mismas obligaciones religiosas y morales... (pp. 32-33) El derecho familiar y matrimonial que se formuló en los primeros siglos del Islam habrá de ser contrastado teniendo en cuenta las necesidades de hoy en día y el grado de desarrollo de la conciencia personal y social que tiene tendencia a caminar hacia una mayor limitación de la poligamia y hacia su progresiva eliminación de la vida práctica, así como en el sentido de la restricción del divorcio y de la protección material eficaz de la mujer y de los hijos en tales casos. (p. 33). *En este caso y en todos los demás en que aportamos textos extranjeros, la negrita es siempre nuestra, en el texto y en la traducción.*

de la comunidad sin la menor o con muy escasa sustantividad propia²⁶. Todo ello, amén de una actitud agresiva de conquista, ajena a la imprescindible aplicación de la regla de reciprocidad²⁷. ¿Cómo se inserta un inmigrante musulmán en una comunidad occidental, cuya cultura política se basa, entre otros principios, en un sistema constitucional que prevé la separación de religión y política, la más estricta igualdad de varones y mujeres y la exaltación de la persona individual como justificación y meta de todo nuestro sistema jurídico-político? ¿Puede el inmigrante musulmán renunciar a su cultura política sin renunciar a aspectos básicos de su propia forma de vida cultural?²⁸. La escasa coherencia del plantea-

²⁶ “Musliman uglavnom ne postojú kao jedinka. Ako ho e da živi i opstane kao Musliman, on mora stvarati sredinu, zajednicu, poredak. On mora izmijeniti svijet ili e sam biti izmijenjen”. Izetbegovi , o.c., p. 19.- Traducción: “En términos generales el musulmán no existe como individuo. Si quiere vivir y perdurar como musulmán, ha de crear ambiente, comunidad, sistema. Tiene que transformar el mundo o, aislado, será transformado él.” (p. 18).

²⁷ “Prvi i najvažniji ... zaklju ak svakako je zaklju ak o nespojivosti Islama i neislamskih sistema. Nema mira ni koegzistencije izme u “islamske vjere” i neislamskih društvenih i politiki h institucija... Polažu i pravo da sam ure uje svoj svijet, Islam jasno isklju uje pravo i mogu nost djelovanja bilo koje strane ideologije na svom produ ju. Nema, dakle, lai kog principa, a država treba da bude izraz i da podržava moralne koncepte religije.”. Izetbegovi , o.c., p. 22. Traducción: “La conclusión primera y más importante... es, en todo caso, la incompatibilidad entre el Islam y los sistemas no islámicos. No hay paz ni coexistencia entre “-fe islámica” e instituciones espirituales y políticas no islámicas...Partiendo abiertamente de que organiza él solo su mundo, el Islam excluye clara y directamente hasta la posibilidad de acción de una ideología extraña, sea cual fuere, en su ámbito. Por lo tanto, no tiene ningún principio laico, sino que el Estado ha de ser expresión de la religión y apoyar sus esquemas morales.” (p.21). Ver también sobre las mayorías, pp. 37 y 38.

²⁸ Seguramente se nos dirá que la comunidad islámica presenta notables diferencias y matices culturales y religiosos. Sobre un esquema básico aproximado, que en materia de dogma y misticismo adquiere forma definitiva en las síntesis de *al-Ash’ari* y *al-Gazzali*, no es ciertamente *idéntica* la ideología religiosa, política y social de las distintas corrientes existentes en materia de ciencia jurídica, dogma y sectas; pero, como norma, debe concluirse que se trata de matices de interpretación y de aplicaciones más o menos rigurosas de ese esquema. Vid. Zunzunegui, José, *Historia de las Religiones*, pp. 235 a 237 y 239; respecto de las síntesis de *al-Ash’ari* y *al-Gazzali*, vid. pp. 237, 239 y 241. Editorial

miento de Habermas salta a la vista. El sistema abstracto de derechos tiene que ser integrado con los elementos de una realidad cultural concreta más amplia, que sirve de lecho y da vida a aquél, siendo la conjunción de todos sus respectivos ingredientes lo que constituye una identidad nacional. Ahora bien, ¿cómo conseguimos esa integración a partir del esquema abstracto del sistema de derechos?

V.- MINORÍAS NACIONALES

Hay que distinguir en el sistema de derechos ‘dos tipos de principios’: unos se refieren a ‘contenidos’, como son los derechos al mayor número posible de libertades individuales, al status de miembro de una asociación, a la protección judicial de los derechos y a las garantías necesarias para hacer posible en cada circunstancia los demás derechos; otros se refieren a la ‘forma’: la asociación debe ser libre y debe haber igual autonomía política consistente en la garantía jurídica de la igualdad de oportunidades de participación en la formación de la opinión y de la voluntad política²⁹.

del Seminario (para uso privado de los alumnos), Vitoria 1953. También hay que contar con los esfuerzos por reformar el Islam en términos de aproximación a lo que llamamos ‘derechos fundamentales de valor universal’, pero es una tarea de intelectuales y estudiosos, totalmente alejada por ahora de la masa musulmana y, en general, de sus gobiernos. Vid. An-Nāim, Abdullahi Ahmed, *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives: A Quest for Consensus*, Univ. of Pennsylvania Press, Philadelphia 1992 y *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law (Contemporary Issues in the Middle East)* 1996. Además estos movimientos están, por lo general, mal vistos oficialmente. Ver, p.e., Izetbegovi, o.c. donde se considera que “los llamados progresistas, occidentales, modernistas... representan una verdadera desventura”, y que sólo ve como solución “crear y reunir una intelectualidad que piense y sienta en islámico”. (pp. 7 y 18 respectivamente). Igualmente el movimiento *wahhabita*, de Arabia Saudí, partidario violento de renovar el espíritu rígido del Islam primitivo. Vid. Zunzunegui, o.c., p. 242.

²⁹ “A legal order is legitimate when it safeguards the autonomy of all citizens to an equal degree. The citizens are autonomous only if the addressees of the law can also see themselves as its authors. And its authors are free only as participants in legislative processes that are regulated in such a way that everyone can presume that the regulations enacted in that way deserve general and rationally motivated assent”. Struggles, pp. 121-122.

Todo ello es, sin embargo, abstracto, una estantería vacía que es preciso rellenar con materiales concretos: libertades individuales ‘determinadas’, status de miembro ‘definido’, garantías procesales plasmadas en ‘reglas particulares’ y ‘materialización del procedimiento’ de formación de la opinión y de la voluntad políticas. Esos ‘materiales concretos’ proceden, como dice Habermas, de una cultura determinada. La cuestión surge, cuando un ‘Estado constitucional’ tiene en su seno una pluralidad de ‘culturas nacionales’, de grupos nacionales cuyos individuos se identifican con la cultura particular del grupo respectivo. Y surge el problema, porque *los miembros de algunos grupos no están en condiciones de igualdad de oportunidades con los miembros de otro u otros grupos a la hora de decidir el material que ha de dar vida al esquema abstracto de los derechos y que puede ser más o menos diferente del que el grupo o los grupos mayoritarios consideran adecuado.*

Si el sistema sólo previere derechos individuales de contenido uniforme, dejaría a los grupos minoritarios de ciudadanos en inferioridad de condiciones frente al grupo o a los grupos mayoritarios, porque la diferencia numérica de individuos favorable a los grupos mayoritarios privaría de toda garantía a la posibilidad de que el grupo o grupos minoritarios saquen adelante ninguna propuesta. *La voluntad de los grupos minoritarios quedaría siempre a merced del grupo mayoritario.* La solución que da Habermas consiste en que el sistema liberal de derechos exclusivamente individuales no es daltónico para la defensa de las identidades culturales minoritarias, *si el proceso de formación de la opinión y de la voluntad política de los ciudadanos está orientado a la idea de hacer realidad los derechos fundamentales.* Se garantizaría así el respeto a los derechos necesarios para hacer efectiva la aplicación de las diferentes identidades culturales y no hace falta acudir a derechos colectivos.

Los derechos colectivos

Es claro que, para empezar, esa hipótesis no pasa de ser un piadoso deseo manifiestamente ingenuo, porque la necesidad de seguir esa orientación es obvia en principio y si, cuando no se sigue, la desviación no es

objeto de una instrumentación legal correctora, expresa y eficaz, a favor del grupo minoritario al que pertenece el ciudadano lesionado por la desviación, ni este ciudadano ni el grupo del que forma parte, dispondrán de garantía jurídica de ninguna clase para exigir *con esperanza de éxito* la orientación mencionada que asegure el respeto a las necesidades de su identidad. La insuficiencia del exclusivo carácter individual de los derechos es claramente perceptible. Por otra parte, si tiene algún sentido que baste la orientación del proceso de formación de opinión y voluntad a hacer realidad los derechos fundamentales, es *porque entre esos derechos está el derecho a los instrumentos necesarios para garantizar la propia identidad; la propia identidad completa en sus tres dimensiones: individual, social e histórica. Pero la eficacia de ese derecho depende de la formulación constitucional de las peculiaridades jurídicas necesarias para garantizar los derechos de los grupos minoritarios a los que pertenecen determinados ciudadanos individuales*. En realidad es lo que prevé Habermas al decir que “en una sociedad plural la constitución expresa un acuerdo formal. Los ciudadanos quieren regular su convivencia con arreglo a principios que, por ser de igual interés para cada uno, pueden conseguir el asentimiento fundado de todos. Una asociación de esta modalidad está estructurada por *relaciones de reconocimiento recíproco*, bajo las cuales cada uno puede esperar ser respetado por todos como libre e igual. Todas y todos deben encontrar *un reconocimiento triple*: deben poder encontrar *la misma protección y el mismo respeto* como individuos insustituibles, *como miembros de un grupo étnico o cultural* y como ciudadanos, es decir, como miembros del Estado”³⁰. Todo ello exige adaptar el sistema liberal republicano tradicional, puro y duro, de la

³⁰ “In einer pluralistischen Gesellschaft drückt die Verfassung einen formalen Konsens aus. Die Staatsbürger wollen ihr Zusammenleben nach Prinzipien regeln, die, weil sie im gleichmäßigen Interesse eines jeden liegen, die begründete Zustimmung aller finden können. Eine solche Assoziation ist durch Verhältnisse reziproker Anerkennung strukturiert, unter denen jeder erwarten kann, von allen als Freier und Gleicher respektiert zu werden. Jede und jeder soll dreifache Anerkennung finden: Sie sollen in ihrer Integrität als unvertretbare Individuen, als Angehörige einer ethnischen oder kulturellen Gruppe und als Bürger, d.h. als Mitglieder des politischen Gemeinwesens, gleichen Schutz und gleiche Achtung finden können”. Staatsbürgerschaft, p. 638.

exclusividad de los derechos individuales, para prever los mecanismos jurídicos que garanticen la igualdad de oportunidades, real y eficaz, de los grupos nacionales minoritarios en presencia. Y eso sólo se puede lograr estableciendo derechos a favor del grupo correspondiente, que compensen, en los casos necesarios, la desproporción numérica de sus miembros, porque, en la realidad y como norma, el ciudadano *sólo tiene garantía de hacer efectiva la mayoría de los derechos individuales* del sistema, si no todos ellos, *mediante participación en grupos u organizaciones*, concebidos para promoverlos, exigirlos y, si es preciso y a mano viene, modificarlos. *Desde el punto de vista conceptual un sistema de derechos ajeno a derechos colectivos y localizado histórica y geográficamente no es siquiera posible como sistema democrático*; es una mera *factio philosophica o política*, totalmente imaginaria e irreal.

Para confirmar esta conclusión, basta tener presente cómo se organiza la realidad democrática en una comunidad política real. El ciudadano logra la protección de sus derechos mediante las reglas jurídicas que garantizan la efectiva posibilidad de su ejercicio con éxito. Partidos, sindicatos, asociaciones de todo tipo se constituyen para luchar, entre otras cosas, por esas garantías de derecho. Y cuando menos desde el Derecho Romano sin solución de continuidad hasta el día de hoy, *las agrupaciones de ciudadanos con fines muy varios están dotadas de auténticos derechos que no pertenecen a los individuos* aisladamente considerados, *porque no pueden ser legalmente ejercidos por la persona individual*; ésta sólo puede operar en derecho en nombre de la colectividad si ostenta la condición de órgano de la misma, o, cuando menos, si ostenta de algún modo la condición de miembro de ella. Por otra parte, es un hecho cotidiano que los pueblos, el Estado y otros entes territoriales colectivos son titulares de derechos dentro del sistema jurídico. En esto se resume la idea de que son personas jurídicas. En EE.UU., p.e., se exterioriza esta titularidad, cuando las controversias se entablan “entre dos o más Estados” federados³¹, o en los procesos penales que se anuncian

³¹ The Constitution of the United States, Article III, Section 2, párrafo primero. Anteriormente al Amendment XI se prevenían también las controversias “entre un Estado y

como seguidos por el Estado Federal o el Estado federado del que se trate, contra el encartado o los encartados. De todo ello se deduce, que los derechos colectivos no son ajenos al sistema de derecho republicano liberal, sino una exigencia del mismo para asegurar la igualdad de ejercicio de los derechos por parte de todos los ciudadanos.

Y no debe confundirse *la existencia del ente colectivo y su titularidad de derechos con el objetivo que justifica su realidad*. Todas las organizaciones se conciben y crean para ofrecer a la persona individual el marco necesario que, libremente aceptado por ella, le permita su realización personal, completa o en uno o varios aspectos determinados, o bien rechazado por ella de la misma manera libre, le permita la búsqueda o la construcción de otro marco colectivo siempre imprescindible en la convivencia humana por la dimensión constitutivamente social e histórica de la persona. Pero, *aunque el fin del ente colectivo sea el individuo y los derechos del ente colectivo se justifiquen en función del ser, de las necesidades y de los intereses de sus miembros personales, esos derechos no son derechos individuales; son derechos del grupo*³².

ciudadanos de otro Estado” y “entre un Estado, o sus ciudadanos, y Estados, ciudadanos o sujetos extranjeros.” Esa Enmienda elimina la competencia judicial para entender de las controversias instadas “contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado, o por ciudadanos o sujetos de cualquier Estado extranjero.” Tanto el contenido del Art. III, como lo que la Enmienda XI deroga, implican que los Estados son capaces de derechos y obligaciones y, por tanto, sujetos de derecho. Y esto es admitir que hay colectividades que ostentan derechos o, lo que es igual, que hay derechos colectivos.

³² El tema de la persona moral y de su capacidad jurídica, es decir, de su capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, que, por tanto, serían derechos y obligaciones colectivos, es muy controvertido en el ámbito del pensamiento jurídico. No podemos exponer aquí el enorme abanico de opciones, pero creemos necesario hacer una referencia a algunos autores. Kelsen, Hans, p.e., es decidido defensor de la idea de que sólo la persona individual puede ser titular de derechos. Puede verse su *Reine Rechtslehre* (Verlag Franz Deuticke, Unveränderte Nachdruck der zweiten Auflage (1960), Wien, 1976, p.e., pp. 178-194, 154 ss, principalmente). Afirma en concreto que “...queda ya excluido de antemano –lo que, por otra parte, la teoría tradicional de la corporación como persona jurídica acepta–, que los deberes y derechos de la persona jurídica no sean

Asociación libre

Aun podrían hacerse otras consideraciones sobre las reflexiones de Habermas. P.e., el *status* de miembro que prevé el sistema de derechos, es –dice Habermas– el de miembro de una asociación libre, es decir, libremente concertada. Esta ha de ser la explicación de afirmar que la identi-

–o no sean a la vez– deberes y derechos de seres humanos, es decir...de personas físicas” (“...erscheint schon von vornherein ausgeschlossen –was allerdings die traditionelle Theorie der Körperschaft als juristischer Person annimmt–, daß die Pflichten und Rechte der juristischen Person nicht –oder nicht zugleich– Pflichten und Rechte von Menschen, das heißt...von physischen Personen sind”), Ob. cit., p. 174. Pero Kelsen matiza su afirmación, porque no da a la exclusión un sentido absoluto –“no sean”–, ya que simultáneamente relativiza la afirmación: “no sean a la vez”. Esto es que, se admite que puedan ser deberes y derechos de la persona jurídica, aunque también lo sean “a la vez” de las personas físicas. Más enérgicamente favorable a la capacidad jurídica de los entes colectivos se mostraba Ferrara, Francesco, cuando decía que “las personas jurídicas son una realidad, no corporal y tangible, sino una *realidad ideal*, como todas las entidades jurídicas”, añadiendo más adelante que “es sujeto de derecho el *titular de un poder o deber jurídico*, quienquiera que sea, también los que carecen de capacidad de querer, y como los lactantes, ausentes o dementes, también otros entes ideales a los que plazca al derecho objetivo revestir de tal cualidad” (“Le persone giuridiche sono una realtà, non corporale e tangibile, ma una realtà ideale, come tutte l’entità giuridiche “ p. 150. “Soggetto di diritto è il *titolare d’un potere o dovere giuridico*, chiunque sia, anche esseri che non hanno potestà di volere, e come lattanti, assenti o pazzi, così altri enti ideali che al diritto obbiettivo piaccia di rivestire di tale qualità” p. 152. La Teoria della Persona Giuridica, en Scritti Giuridichi, pp. 149-219, A. Giufrè Editore, Milano 1954. Una visión de conjunto sobre el tema puede verse en Castán Tobeñas, José, Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo Primero, Volumen Segundo, pp. 302-310 y 323-332, Novena Edición, Instituto Editorial Reus, Madrid 1955. Para la evolución de la persona jurídica con capacidad jurídica (titularidad de derechos y deberes) y capacidad de obrar en el derecho español vid. Nueva Enciclopedia Jurídica, voz *Persona Jurídica*, Tomo XIX, Francisco Seix, S.A., Barcelona 1989. En Derecho español el tema es diáfano. El Código Civil español dispone: “Son personas jurídicas: 1º.- Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público...2º.- Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales...” (artículo 35). “Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales...” (artículo 38). Su condición de sujetos de derecho es, pues, clara. Nuestra opinión, como puede verse en el texto de este trabajo, coincide fundamentalmente con la de Ferrara y, desde luego, con la del derecho positivo vigente en el Estado español. Vid. también Kymlicka, o.c., p. 45.

dad que se adscribe a los titulares de derechos individuales sea algo concebido ‘intersubjetivamente’³³, es decir, –si entendemos bien–, por acuerdo de los miembros de la asociación en aplicación del procedimiento de la misma para formar la opinión y la voluntad política. Pero ¿cómo concebir una asociación ‘libre’ de individuos en la que imperan los criterios de la identidad cultural mayoritaria de los que van a asociarse, frente a los de las identidades culturales minoritarias de otra serie de miembros, sin que se ofrezca a éstos la menor garantía legal de que siquiera sus mínimas aspiraciones irrenunciables puedan tener éxito? La libertad de esa asociación es una invención: no es real de hecho; menos aún, de derecho. Si se desea que el acto de asociación pueda ser realmente libre, deberá prever en el ordenamiento que se pacta por medio de tal acto, las normas indispensables para que todos los grupos, mayoritarios y minoritarios, operen con igualdad de oportunidades. Y eso sólo es posible estableciendo con eficacia legal, medidas especiales de apoyo a la igualdad de las identidades minoritarias. Eso que se suele llamar discriminación positiva³⁴. Sólo en esas condiciones podrá llegarse a una convivencia de identidades diferentes o a un ensamblaje de ellas, de alcance mayor o menor, *aquella y éste acordados de manera realmente intersubjetiva*³⁵.

VI.- CONCLUSIÓN FINAL

Dada la línea de pensamiento de Habermas sobre cultura política y patriotismo constitucional, no es sorprendente que prevea que se puedan desencadenar luchas culturales en las que las minorías no respetadas

³³ Vid. nota 8.

³⁴ La expresión nos parece contradictoria: si se trata de conseguir la igualdad de oportunidades de grupos o personas desfavorecidos o minoritarios, no debería hablarse de ‘discriminación’. Apoyar la igualdad es lo contrario de discriminar, aun cuando se quiera arreglar el entuerto terminológico añadiendo el adjetivo ‘positiva’.

³⁵ Vid. nota 8.

combaten contra una cultura mayoritaria insensible³⁶. Creemos que, si sólo fueran culturales esas luchas, podríamos darnos con un canto en las narices. La historia nos dice que, cuando no se respetan los derechos y necesidades peculiares de los ciudadanos, cuando se quiere imponer por la fuerza una homogeneidad no aceptada voluntariamente, se puede terminar en luchas crueles y sangrientas. Así lo reconoce expresamente Habermas, cuando dice que el Estado nacional “creó el fundamento de la homogeneidad étnica y cultural...bien es verdad que al precio de la opresión y del extrañamiento de minorías nacionales”³⁷.

Como conclusión de estas reflexiones debe sostenerse, a nuestro entender, que, por ser la cultura política mera parte de un horizonte cultural colectivo particular mucho más amplio y comprensivo del ser y de la vida de la persona, recibe de ese horizonte colectivo particular sentido y concreción para quienes participan de una política determinada y la ponen en juego. Por ello, *las identidades nacionales no pueden definirse sin incurrir en contradicciones e incongruencias por meros ingredientes culturales políticos aislados de un entorno cultural concreto; son por el contrario parte de ese entorno de identidades culturales colectivas más amplias que tienden a impregnar en su totalidad la vida individual de los miembros de la comunidad respectiva, dando sentido a sus actuaciones.*

³⁶ Vid. nota 18

³⁷ “Er [der Nationalstaat] hat...die Grundlage für die kulturelle und ethnische Homogenität geschaffen...allerdings um den Preis der Unterdrückung und Ausgrenzung nationaler Minderheiten.” Staatsbürgerschaft, p. 634.

BIBLIOGRAFÍA

I. *Documentos*

The Constitution of the United States.- Published by the Commission on the Bicentennial of the United States Constitution, Eighteen Edition (with Twenty-Seventh Amendments), Washington D.C. 1992.

II.- *Identidad y cultura*

An-Naïm, Abdullahi Ahmed.- Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties; Human Rights, and International Law (Contemporary Issues in the Middle East) 1996.

CONVERSI, Daniele.- The Basques, the Catalans and Spain, University of Nevada Press, Reno, Nevada 1997.

Charfi, Mohamed, Islam et liberté. *Le malentendu historique*, Éditions Albin Michel, S.A., Paris 1998.

HABERMAS, Jürgen.- Faktizität und Geltung (Facticidad y Obligación), p. 635, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, erweiterte Auflage 1994.

HABERMAS, Jürgen.- Staatsbürgerschaft und nationale Identität (Ciudadanía e Identidad nacional) (1990), en Faktizität und Geltung. Se cita como Staatsbürgerschaft.

HABERMAS, Jürgen.- Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State, en Taylor, Multiculturalism, Part Two

IZETBEGOVI, Alija.- Islamska Deklaracija. Mala Muslimanska Biblioteka, Sarajevo, s/f. Traducción del autor del Estudio con el nombre de Manifiesto Islámico (no publicado).

KYMLICKA, Will.- Multicultural Citizenship, p. 18, OUP, Oxford, reprinted 2003 (first published 1995).

TAYLOR, Charles.- Multiculturalism, p. 25, PUP, Princeton, New Jersey, 1994.

WALZER, Michael.- Comment (in Taylor's Multiculturalism, p. 99).

III.- *Obras jurídicas*

CASTÁN TOBEÑAS, José.- Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo Primero, Volumen Segundo, Novena Edición, Instituto Editorial Reus, Madrid 1955.

FERRARA, Francesco.- La Teoria della Persona Giuridica, en *Scritti Giuridici*, A. Giuffrè Editore, Milano 1954.

KELSEN, Hans.- *Reine Rechtslehre* (Verlag Franz Deuticke, Unveränderte Nachdruck der zweiten Auflage (1960), Wien, 1976.

Nueva Enciclopedia Jurídica, voz Persona Jurídica, Tomo XIX, Francisco Seix, S.A., Barcelona 1989.

VIII. *Obras de historia*

ZUNZUNEGUI, José- *Historia de las Religiones*, Editorial del Seminario (para uso privado de los alumnos), Vitoria 1953.

Características del servicio diplomático de la República de Moldavia

ALEJANDRO BURIÁN

Doctor en Derecho. Profesor universitario. Catedrático de Derecho Internacional público. Presidente de la Asociación de Derecho Internacional de la República de Moldavia

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 2010/12/30

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 2011/06/20

Resumen: La República de Moldavia declaró su independencia el 27 de agosto de 1991 y junto con otras 14 repúblicas de la antigua Unión Soviética se convirtió en miembro de pleno derecho de la sociedad internacional. Luego llegó el procedimiento interno de “divorcio” de la antigua URSS y los procedimientos externos para el reconocimiento bilateral de los otros Estados y organizaciones internacionales, principalmente por la ONU.

Convirtiéndose en objeto de derecho internacional, la República de Moldavia inició el proceso de establecimiento de relaciones diplomáticas con otros sujetos de derecho internacional y, respectivamente, el establecimiento de sus misiones diplomáticas permanentes en el extranjero. En paralelo, se inició la reorganización de las instituciones estatales especializadas, incluyendo el Ministerio de Asuntos Exteriores de la antigua RSSM, cuyas funciones estaban limitadas por las llamadas “relaciones amistosas entre ciudades hermanadas”.

La reorganización o mejor dicho, la formación del servicio diplomático moldavo ha sido un proceso tanto creativo como interesante, pero también difícil debido al hecho de que el país tenía en aquel momento un marco jurídico que le permitiría servir a sus extranjeros, carecía de un personal diplomático con la formación profesional adecuada, no tenía experiencia en relaciones extranjeras y no disponía de una base de datos de normas y principios del derecho internacional. A pesar de los problemas y dificultades anteriormente mencionados, en tan sólo 2-3 años, Moldavia ha conseguido organizar el servicio diplomático moldavo, que se concentró en la oficina central del Ministerio de Asuntos Exteriores y las misiones diplomáticas en el extranjero.

La base jurídica del servicio diplomático moldavo es la Constitución, la Ley del Servicio Diplomático de la República de Moldavia de 27 de diciembre de 2001, los tratados internacionales en los que Moldavia es parte contratante, incluyendo la Convención de Viena de Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961 y la Convención de Viena, de Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963 y demás legislación.

Palabras clave: República de Moldavia, independencia, derecho internacional, servicio diplomático, bases legales.

Laburpena: Moldaviako Errepublikak 1991. urteko abuztuaren 27an lortu zuen independentzia. Horrek nazioarteko gizartearen eskubide osoko kide bilakatu zuen, garai bateko Sobietar Errepublikako beste 14 errepublikekin batera. Ildo beretik etorri ziren, lehenengo, barneko prozedura SESB zaharretik “dibortzioa” lortzeko; eta gero, kanpoko prozedurak, beste estatuaren eta gainontzeko nazioarteko erakundearen aldeko onarpena eskuratzeko, batez ere, ONU deiturikoarena .

Modu horretan Moldaviako Errepublika nazioarteko zuzenbidearen objektu bihurtu zen, eta bide beretik prozesu bat ireki zuen nazioarteko zuzenbideko beste kideekin diplomazia-harremanak ezartzeko eta, era berean, diplomazia-misio iraunkorrak eratze-ko atzerrian. Bide bertsutik, estatu mailako erakunde berezituak berrantolatzen hasi zen, lehenagoko SESB deituriko atzerri-ministerioa barne. Horren eginkizuna “senidetuta dauden hirien lagunarteko harremanak” deiturikoek mugatzen zituzten, hain zuzen ere.

Moldaviar zerbitzu diplomatikoa berrantolatzea, edo hobeto esanda, eratzea, prozesu sortzaile bezain interesgarria izan zen, eta era berean zaila, estatuak ez baitzuen une hareetan marko juridiko baliagarriak atzeritarrei eskaintzeko, ezta lanbide-heziketa egokia zuten diplomazialaririk, atzerriko harremanetan ez zuten inolako eskarmenturik, ezta nazioarteko zuzenbidearen arau eta printzipioen datu-baserik ere. Arazoak arazo eta aurretiaz aipatutako zailtasunak zailtasun, hala ere, Moldaviak, bi edo hiru urtean lortu zituen zerbitzu diplomatiko moldaviarra antolatzea, atzerri-ministerioaren bulego nagusian biltzea eta diplomaziako misioak indartzea atzerrian.

Moldaviar zerbitzu diplomatikoaren oinarri juridikoa da, besteak beste, Konstituzioa, 2001eko abenduaren 27ko Moldaviako Errepublikaren Zerbitzu Diplomatikoko Legea, Moldavia alderdi den nazioarteko itunak, dela 1961ko apirilaren 18ko Diplomazia-harremanei buruzko Vienako hitzarmena, dela 1963ko apirilaren 24ko Kontsul-harremanei buruzko Vienako hitzarmena, eta gainontzeko legeria ere barnean dela.

Gako-hitzak: Moldaviar errepublika, independentzia, nazioarteko zuzenbidea, zerbitzu diplomatikoa, lege-oinarriak

Abstract: The Republic of Moldova declared its independence on August 27, 1991 and together with 14 other former republics of the Soviet Union became a full member of international society. Then came the internal procedure for "divorce" from the former USSR, and external procedures for the bilateral recognition by other states and international organizations, primarily the UN.

Becoming the subject of international law the Republic of Moldova initiated the process of establishing diplomatic relations with other subjects of international law and, respectively, establishing its permanent diplomatic missions abroad. In parallel, it began the reorganization of specialized state institutions, including the Ministry of Foreign Affairs of the former MSSR, whose functions were limited by the so-called "friendly relations between the twin cities."

Reorganization or, rather, the formation of the Moldovan diplomatic service was a creative process as much as interesting as it was and difficult due to the fact that the country had at that time the legal framework that allows it to serve its foreign had no diplomatic training staff that had no experience in foreign relations and did not have a database of rules and principles of international law. Despite the above problems and difficulties during only 2-3 years, Moldova has managed to organize the Moldovan diplomatic service, which was concentrated in the central office of the Ministry of Foreign Affairs and diplomatic missions abroad.

The legal basis of the Moldovan diplomatic service is the Constitution, Law on Diplomatic Service of the Republic of Moldova of 27 December 2001, international treaties to which Moldova is party, including the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961 and the Vienna Convention on Consular Relations of 24 April 1963 and also other normative acts.

Key words: Republic of Moldova, independence, international law, diplomatic service, legal basis.

1. LA DIPLOMACIA MOLDAVA Y SUS CARACTERÍSTICAS. 2. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA POLÍTICA EXTERIOR DE LA REPÚBLICA DE MOLDAVIA. 3. LAS FUNCIONES Y LA ESTRUCTURA DE LA CENTRALITA DEL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE LA INTEGRACION EUROPEA DE LA REPÚBLICA DE MOLDAVIA. 4. EL SERVICIO DIPLOMATICO DE LA REPÚBLICA DE MOLDAVIA. 5. LA DIPLOMACIA MOLDAVA Y SUS CARACTERÍSTICAS

La República de Moldavia declaró su independencia el 27 de agosto de 1991, y junto con otras 14 repúblicas de la antigua Unión Soviética se convirtió en un miembro con plenos derechos de la sociedad internacional¹. Luego empezó el procedimiento interno de “divorcio” de la antigua URSS, y los procedimientos externos de reconocimiento bilateral por los Estados y las organizaciones internacionales, especialmente por las Naciones Unidas.

Convirtiéndose en un sujeto de derecho internacional, la República de Moldavia inició el proceso de establecimiento de relaciones diplomáticas con otros sujetos de derecho internacional y, respectivamente, el establecimiento de sus misiones diplomáticas permanentes en el extranjero. Paralelamente, comenzó la reorganización de las instituciones estatales especializadas, como el Ministerio de Asuntos Exteriores de la ex RSSM, cuyas funciones estaban limitadas por las llamadas “relaciones de amistad entre las ciudades gemelas.”

La reorganización o, mejor dicho, la formación del servicio de la Moldavia diplomática ha sido un proceso tanto creativo como interesante, pero también muy difícil, debido al hecho que el país no tenía en aquel momento un marco jurídico que le permitiría servir a sus extranjeros, no tenía un personal diplomático con una formación profesional adecuada,

¹ BURIAN, Alejandro: *¿Quiénes somos, dónde estamos y con quién? Perspectivas geopolíticas de la República de Moldavia* // “Nezavisimaya Moldova”, 02/05/1999. (en ruso: Александр Буриан, Кто мы, где мы и с кем? Геополитические перспективы развития Республики Молдова // «Независимая Молдова», 05.02.1999 г.).

no tenía experiencia en el campo de las relaciones exteriores y no tenía una base de datos con las normas y los principios del derecho internacional público. A pesar de todos estos problemas y dificultades, durante sólo 2-3 años, la República de Moldavia ha logrado organizar el servicio diplomático del país, que se concentró en la oficina central del Ministerio de Asuntos Exteriores y las misiones diplomáticas en el extranjero.

El Ministerio de Asuntos Exteriores de la República de Moldavia es el organismo central especializado que promueve la política estatal en el campo de las relaciones exteriores². La estructura del Ministerio está compuesta de direcciones territoriales, direcciones funcionales y direcciones administrativas y técnicas.

La función básica del Ministerio de Asuntos Exteriores es la obligación de promover la política del Estado en el campo de las relaciones exteriores. Esta función no se limita solo a las responsabilidades directas, como la información de la administración del estado sobre los principales eventos internacionales y la presentación de las propuestas sobre la posición del Estado sobre ellos, pero también sobre la iniciación, la negociación, la firma, la ratificación, la aprobación o la aceptación de los acuerdos internacionales. La función de promover la política estatal en el campo de las relaciones exteriores incluye la coordinación de los órganos centrales de especialidad y de otras autoridades administrativas de estado para establecer y desarrollar las relaciones con otros países. En este sentido, es muy importante mencionar que el MAE queda siempre responsable por las informaciones básicas, las recomendaciones políticas y otras actividades, siempre siendo dispuesto a tomar una decisión o formular recomendaciones, en el caso cuando algún ministerio o departamento especializado, persiguiendo su propio interés, perderla visión sobre el interés nacional.

² *El Reglamento del Ministerio de Asuntos Exteriores y de la Integración Europea de Moldavia*, "Boletín Oficial de República de Moldavia", n° 151, 11 de noviembre de 2005, art. 1233. (en rumano: Regulamentul cu privire la Ministerul Afacerilor Externe și Integrării Europene al Republicii Moldova, *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr. 151, 11 noembrie 2005, art. 1233.).

Las misiones diplomáticas moldavas se encuentran en los estados donde hay relaciones de amistad y cooperación en el campo político, económico, y comercial. El 01 de octubre de 2010 la República de Moldavia tenía 27 misiones diplomáticas en varios países (Estados Unidos, la Federación Rusa, Ucrania, Bielorrusia, Kazajstán, Rumania, Bulgaria, Hungría, Polonia, República Checa, Austria, Alemania, Francia, España, Bélgica, Italia, Turquía; Israel, China), y cuatro representaciones permanentes frente a las organizaciones internacionales (ONU, Consejo de Europa, Unión Europea, OSCE).

La estructura de las misiones diplomáticas es una clásica. La misión está dirigida por el Jefe de la Misión en el rango de Embajador. Cada misión tiene su estructura, que está determinada por las características y tradiciones del Estado receptor y las necesidades funcionales de la misión. Por lo general, en cada misión existe una cancillería, que es el órgano principal de la misión diplomática, donde se elaboran los actos que tienen de la competencia del Jefe de la Misión. Las cuestiones políticas están a cargo del consejero, las cuestiones de la cooperación económica – están a cargo del primer secretario.

La Sección consular de la Embajada se ocupa de las cuestiones relativas a los pasaportes y visados, asistencia jurídica, los vínculos con la diáspora de la República de Moldavia en el Estado receptor.

De acuerdo con la Constitución (art. 66), el Parlamento de Moldavia aprobó el 08 de febrero de 1995 el Concepto sobre la Política Exterior de la República de Moldavia³ que determina las prioridades, los principios y las orientaciones principales de la política exterior de Moldavia. La aplicación de este concepto permitirá a la República de Moldavia su edificación como un estado independiente, unitario e indivisible, que tiene la intención de mantener relaciones mutuamente beneficiosas con todos los países.

³ BURIÁN, Alejandro: *No tenemos Concepto de Política Exterior* // “Noticias de Chisinau”, 27/08/1999. (en ruso: Александр Буриан, Концепции внешней политики у нас нет // «Кишиневские новости», 27.08.1999 г.).

Cabe señalar que la diplomacia moldava logró realizar de una manera operativa las principales orientaciones de la política exterior, que en la etapa inicial consiste en establecer relaciones diplomáticas con varios países, a través del establecimiento de las misiones diplomáticas en el exterior y fortalecer la posición del país en las organizaciones internacionales de carácter mundial y regional, obteniendo resultados positivos en este campo. Hoy día, quedan pendientes los problemas prioritarios de la adhesión a la Unión Europea y la determinación estratégica de Moldavia en cuanto a las actividades de la república de Moldavia en el seno de la Comunidad de los Estados Independientes⁴, un momento que impone promover una política exterior bien definida y bien pronunciada.

Se requiere un análisis profundo sobre el problema de la neutralidad de Moldavia en cuanto a los resultados reales que pueden o no pueden obtenerse. En ese sentido, sería muy bienvenida la experiencia de los Estados neutrales (Suiza, Austria, Suecia, Costa Rica, etc.), que formaron un mecanismo de garantía de su neutralidad, superando el campo declarativo.

Esperamos que estos, así como muchas otras cuestiones y tareas de la diplomacia moldava van a resolverse con éxito.

2. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA POLÍTICA EXTERIOR DE LA REPÚBLICA DE MOLDAVIA

La Constitución de la República de Moldavia⁵, aprobada el 29 de julio de 1994 regula los principios de la realización de la política exterior

⁴ BURIÁN, Alejandro: *La economía de Moldavia: Este o Oeste? Perspectivas económicas exteriores de la República de Moldavia* // “Nezavisimaya Moldova”, 26/03/1999. (en ruso: Александр Буриан, Молдавская экономика: Восток или Запад? Внешнеэкономические перспективы Республики Молдова // «Независимая Молдова», 26.03.1999 г.).

⁵ *La Constitución de la República de Moldavia*, aprobada el 29 de julio de 1994, en vigor desde el 27 de agosto 1994 (Boletín Oficial de la República de Moldavia, 1994, 1). (en rumano: Constituția Republicii Moldova, Adoptată la 29 iulie 1994, în vigoare din 27 august 1994 (Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1994, nr.1).

del país así como las actividades diplomáticas. Así, el artículo 8 establece que la República de Moldavia se compromete a respetar la Carta de las Naciones Unidas y los tratados internacionales de los cuales es parte en sus relaciones con los otros Estados y por unanimidad los principios y las normas generalmente reconocidas por el derecho internacional. En el mismo artículo se trata de la supremacía del derecho internacional frente al derecho interior, indicando que la entrada en vigor de un tratado internacional que va a contener disposiciones contrarias a la Constitución tendrá que ser revisadas.

La Ley Fundamental de la República de Moldavia proclama la neutralidad permanente del país y no admite el establecimiento de las tropas militares de otros estados dentro del país (art. 11 de la Constitución). Este principio es uno de los principios constitucionales básicos que influyen directamente al ejercicio de la política exterior y no puede ser superado tanto en el interior como en el exterior. Así, el despliegue temporal de las tropas militares rusas en el territorio de Moldavia está en contradicción con las previsiones del artículo 11 y exige la implicación de las autoridades del Gobierno con el fin de superar esta situación⁶.

El artículo 128 establece que la Constitución de la República de Moldavia protege a la propiedad de otros Estados, organizaciones internacionales, los ciudadanos extranjeros y los apátridas. Las principales orientaciones de la actividad económica exterior, los principios de la utilización de préstamos y los créditos extranjeros están aprobados por el Parlamento (art. 129). El Gobierno garantiza la protección de los intereses nacionales en las actividades económicas exteriores, promueve las políticas del libre comercio o la política proteccionista, basada en los intereses nacionales (artículo 129).

⁶ Burian, Alejandro. *Algunos aspectos de la política exterior en el contexto de la evolución del sistema internacional* // “Derecho y Vida”, 2004, n° 12, p. 4-6. (en rumano: Burian Alexandru. *Unele aspecte privind politica externă în contextul evoluției sistemului internațional* // “Legea și Viața”, 2004, nr. 12, pag. 4-6.).

El primer Capítulo de la Constitución está destinado a la regulación de las cuestiones relacionadas con la adquisición, la conservación o la pérdida de la nacionalidad (art. 17) y los derechos y deberes de los ciudadanos extranjeros y apátridas dentro del país (art. 19). Un párrafo aparte del artículo 19 indica que el asilo se concede y se retira sólo a base de la ley o de los tratados internacionales de los cuales Moldavia es parte.

La Constitución también establece las competencias de las autoridades públicas en los asuntos internacionales. El artículo 66 asigna al Parlamento la obligación de aprobar las principales orientaciones de la política interior y exterior del Estado, como la ratificación, la denuncia, la suspensión y la anulación de la acción de los tratados internacionales celebrados por la República de Moldavia. El Parlamento ejerce el control sobre la concesión de los préstamos estatales, las ayudas económicas y de otro tipo concedidas a los países extranjeros, sobre la celebración de los acuerdos de préstamos estatales y créditos de fuentes extranjeras. También, tiene de la competencia exclusiva del Parlamento la declaración del estado de emergencia y de la guerra.

El artículo 77 de la Constitución prevé que el Presidente representa al estado moldovo y constituye el garante de la soberanía, la independencia nacional, la unidad y la integridad territorial. La noción de la representación del estado tiene que ser concebida tanto como una representación en el interior, frente a las instituciones interiores, como en el exterior, en las relaciones internacionales.

En el campo de la política exterior, el Presidente tiene la obligación de negociar y firmar tratados internacionales en nombre de la República de Moldavia (art. 86). Los tratados internacionales celebrados en el nombre de la República se presentan al Parlamento para su ratificación en la forma y el término establecido por la ley⁷.

⁷ *El Reglamento sobre el mecanismo de cesión de los tratados internacionales*, “Boletín Oficial de República de Moldavia”, 2001, núm. 19-20, Art.160. (en rumano: Regulamentul privind mecanismul de incheiere a tratatelor internationale, *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2001, nr. 19-20, art.160).

El Presidente del país recibe las cartas de acreditación (de Gabinete) de los representantes diplomáticos extranjeros acreditados en la República de Moldavia (art. 86). esta función del Presidente del país es una representativa, y es absolutamente necesario precisar que el término *acreditación*, en este caso se refiere exclusivamente a los jefes de las misiones diplomáticas, el resto de los funcionarios diplomáticos están acreditados por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de la Integración European.

A la propuesta del Gobierno, el Presidente acredita y retira los representantes diplomáticos de la República de Moldavia, también aprueba la fundación, la disolución y el cambio del rango diplomático (art. 86). Los actos del Presidente emitidos para la ejecución de las dichas atribuciones se contrafirman por el Primer Ministro (art. 94).

El Presidente cumple también otras atribuciones en el campo de las relaciones internacionales, incluso las cuestiones de ciudadanía, de la concesión del asilo político, de los rangos diplomáticos, etc. (art.88).

Conforme a las previsiones del artículo 96 de la Constitución, el papel del Gobierno en las relaciones internacionales del estado, al excepto aquellas que están previstas en el artículo 86 y 94, se refiere a la garantía de la realización de la política interior y exterior del estado. El concepto de *garantía de la realización de la política interior y exterior del estado* tiene que ser concebida como una atribución que necesita una autoridad adicional en el campo de la negociación y la firma de los acuerdos entre los gobiernos, y es una actividad permanente de coordinación y de control.

El tribunal Constitucional ejerce el control de la constitucionalidad de los tratados internacionales a los cuales la República de Moldavia es parte (art. 135). a partir del momento de la adopción de la decisión adecuada por el tribunal Constitucional, las leyes y los actos normativos, o algunas de sus partes, están consideradas como nulos.

3. LAS FUNCIONES Y LA ESTRUCTURA DE LA CENTRALITA DEL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA DE LA REPÚBLICA DE MOLDAVIA

El Reglamento del Ministerio de Asuntos Exteriores y de la Integración Europea de la República de Moldavia⁸ atribuye al Ministerio las siguientes funciones:

- 1) realiza los derechos soberanos de la República de Moldavia en el campo de las relaciones internacionales;
- 2) promueve la política exterior de la República de Moldavia en las relaciones con otros estados y organizaciones internacionales;
- 3) informa al Presidente, el Parlamento y el Gobierno sobre los más importantes eventos internacionales y expone la posición de la República de Moldavia sobre esto;
- 4) coordina la actividad de las autoridades centrales de especialidad y de las otras autoridades administrativas de la República de Moldavia para establecer y desarrollar las relaciones con otros países en conformidad con la ley;
- 5) negocia en el nombre de la República de Moldavia o participa en la negociación de los tratados y los acuerdos internacionales;
- 6) formula propuestas sobre el inicio, la negociación, la firma, la ratificación, la aprobación o la aceptación de los acuerdos internacionales, la adhesión o la denuncia de estos, el intercambio de los instrumentos de ratificación, entrega los instrumentos de ratificación o adhesión, notifica sobre la aprobación o aceptación de los acuerdos internacionales y su denuncia;
- 7) certifica la subvención de los empoderamientos, entrega varios documentos relacionados con su competencia;

⁸ Aprobado por el Gobierno de la República de Moldavia, No. 1156 de 4 de noviembre de 2005.

- 8) persigue la aplicación de los tratados y otros acuerdos internacionales en los que Moldavia es parte, presentando propuestas a los órganos centrales de especialidad, al Gobierno y al Presidente de la República de Moldavia;
- 9) es el organismo gubernamental competente de la coordinación de los problemas que tienen del respeto de las obligaciones en el seno de los organismos internacionales, incluso en el campo de los derechos humanos;
- 10) coopera con los órganos centrales de especialidad y con las otras estructuras de la administración pública en materia de las relaciones económicas exteriores y de promoción de la política única del estado en el extranjero;
- 11) asume acciones en materia del respeto de la ley de la República de Moldavia vigente, que reglamenta la actividad exterior y generaliza la práctica de su aplicación;
- 12) elabora o participa a la elaboración de los proyectos de actos normativos en materia de las relaciones exteriores de la República de Moldavia;
- 13) guarda los originales de todos los tratados internacionales bilaterales, y las copias certificadas de los tratados multilaterales, cumpliendo la función de depositario;
- 14) guarda el sello de estado de la República de Moldavia y tiene el derecho de aplicarlo;
- 15) dirige y controla la actividad de las misiones diplomáticas y de las oficinas consulares de la República de Moldavia en otros países y frente a las organizaciones internacionales;
- 16) asegura el mantenimiento de la correspondencia diplomática de la República de Moldavia a través de sus servicios especializados de correos diplomáticos;

- 17) ejerce y dirige la organización metodológica de la contabilidad en las instituciones subordinadas, analiza y realiza el pronóstico de sus índices económicos, garantiza la presentación de los informes de contabilidad y de los estadísticas centralizadas;
- 18) también, si es necesario, a los cónsules honoríficos de la República de Moldavia y coordina su actividad;
- 19) examina la situación interna y externa de los países con los cuales Moldavia mantiene relaciones diplomáticas, identifica y evalúa las oportunidades del desarrollo de las relaciones económicas y comerciales con estos países, e informará periódicamente al Presidente, el Parlamento y el Gobierno;
- 20) mantiene el contacto con las misiones diplomáticas y las oficinas consulares de otros estados en la República de Moldavia, conforme al derecho internacional y a las prácticas internacionales;
- 21) desempeña las atribuciones sobre el Protocolo de Estado y perfecciona los documentos de acreditación o de cesación;
- 22) conjunto con los organismos respectivos, contribuye a la creación de las condiciones favorables para las delegaciones oficiales, ejerce el control sobre el respeto en el territorio de la República de Moldavia de las inmunidades diplomáticas y consulares de las misiones diplomáticas, de las oficinas consulares y de las organizaciones internacionales acreditadas en la República de Moldavia, así como de su personal también;
- 23) organiza periódicamente conferencias de prensas y briefings para informar a la opinión pública sobre las actividades de la política exterior del Estado, acredita a los representantes de los medios de comunicación extranjeros en Moldavia;
- 24) contribuye al desarrollo de las relaciones y de los contactos con los ciudadanos de la República de Moldavia que viven en el extranjero, así como a la diáspora moldava;

- 25) ejerce actividades consulares en Moldavia y otros países;
- 26) perfecta a los pasaportes diplomáticos y de servicio y a los visados, ejerce el control sobre la evidencia y el depósito de estos, legaliza los documentos para las personas jurídicas y físicas en Moldavia y en otros estados también;
- 27) asegura la realización de una política del empleo de los funcionarios diplomáticos, organiza y realiza la preparación de su rotación.

La estructura orgánica del Ministerio está aprobada por el Gobierno de la República. El liderazgo del ministerio está realizado por el Ministro de Asuntos Exteriores y sus viceministros, que son nombrados y despedidos por el Gobierno. El Órgano Consultivo del ministerio es el Colegio, constituido por 11 personas, la competencia nominal de los cuales está aprobada por el Gobierno, a la propuesta del ministerio.

En el ministerio está constituido por los siguientes departamentos: el Gabinete del Vice Primer Ministro, el departamento Integración Europea, el Departamento Protocolo Diplomático de Estado, el Departamento de Cooperación Bilateral, el Departamento de Cooperación Multilateral, el Departamento Derecho Internacional, el Departamento Asuntos Consulares, la Dirección Relaciones Económicas Internacionales, la Dirección Inspección y Auditorio, la Dirección Análisis, Monitorización y Evaluación de las Políticas, la Dirección Medios de Comunicación y Relaciones con el Público⁹.

Los servicios administrativos y técnicos se clasifican en las siguientes direcciones: la Dirección Secretaría y Archivo Diplomático, la Dirección Personal, Legislación y Litigios, la Dirección Presupuestos y Finanzas, la Dirección Gestión y Logística.

⁹ La Decisión sobre la estructura de la unidad central del Ministerio de Asuntos Exteriores y de la Integración Europea Nr. 644 de 01.07.2005, Anexo nr.1. (en rumano: Monitorul Oficial, 2005 nr. 092, art. 701, HOT RÎRE cu privire la structura și efectivul-limit ale aparatului central al Ministerului Afacerilor Externe și Integrării Europene Nr. 644 din 01.07.2005, Anexa nr.1).

La actividad del Ministerio de Asuntos Exteriores y de la Integración Europea consiste, además de las funciones mencionadas anteriormente, en el mantenimiento de las relaciones con sus misiones diplomáticas, el mantenimiento y desarrollo de las relaciones con las misiones diplomáticas extranjeras y el cuerpo diplomático.

4. EL SERVICIO DIPLOMÁTICO DE LA REPÚBLICA DE MOLDAVIA

El estatuto jurídico del Servicio Diplomático de la República de Moldavia

El marco jurídico del Servicio Diplomático de la República de Moldavia es la Constitución de la República de Moldavia¹⁰, la Ley del Servicio Diplomático¹¹, el Estatuto Consular¹², los tratados internacionales en los que Moldavia es parte, incluso la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961 y la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963 y otras leyes.

El servicio diplomático constituye la actividad de las instituciones diplomáticas y consulares de la República de Moldavia en su conjunto y el personal empelado en estas instituciones, autorizado para promover la

¹⁰ *La Constitución de la República de Moldavia*, aprobada el 29 de julio de 1994, en vigor desde el 27 de agosto 1994 (Boletín Oficial de la República de Moldavia, 1994, 1). (en rumano: Constituția Republicii Moldova, Adoptată la 29 iulie 1994, în vigoare din 27 august 1994 (*Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 1994, nr.1).

¹¹ *La Ley de Servicio Diplomático de la República de Moldavia*, no. 761-XV de 27 de diciembre de 2001, Gaceta Oficial de la RM, no. 20 (905), de 2 de febrero de 2002. (en rumano: Legea cu privire la serviciul diplomatic al Republicii Moldova, nr. 761-XV din 27 decembrie 2001, *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr. 20 (905) din 2 februarie 2002.).

¹² *El Estatuto Consular de la República de Moldavia*, aprobado por la Decisión del Gobierno, n° 368, de 28 de marzo de 2002, “Boletín Oficial de República de Moldavia”, n° 50-52, 11 de abril de 2002. (en rumano: Statutul consular al Republicii Moldova, aprobat prin Hotărârea Guvernului Republicii Moldova nr. 368 din 28 martie 2002, *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr. 50-52, 11 aprilie 2002.).

política exterior, incluso las relaciones económicas exteriores de la República de Moldavia y las relaciones con otros estados y organismos internacionales, tanto adentro del país como afuera¹³.

El servicio diplomático de la República tiene los siguientes objetivos:

- a) la promoción de la política exterior en general y las relaciones comerciales y económicas exteriores, en particular;
- b) la representación en el exterior de los intereses nacionales de la República de Moldavia;
- c) la realización de los derechos soberanos de Moldavia en las relaciones internacionales;
- d) la protección de los derechos y los intereses nacionales de la República de Moldavia, de los ciudadanos y las personas físicas y jurídicas, de acuerdo con la práctica internacional y en las límites permitidas por las normas y los principios del derecho internacional;
- e) la promoción de las relaciones bilaterales y multilaterales en los ámbitos de la vida política, económica, comercial, cultural, científica de la República de Moldavia con otros Estados del mundo, la solución de los posibles problemas de orden político y jurídico con estos Estados;
- f) la garantía de las capacidades diplomáticas necesarias para predecir, actuar y reaccionar ante los acontecimientos internacionales que pueden afectar a los intereses nacionales de la República de Moldavia;
- g) el mantenimiento de la coherencia de la República de Moldavia en el extranjero;

¹³ *El Reglamento de la actividad de las misiones diplomáticas de la República de Moldavia*, aprobado por la Decisión del Gobierno nr.744, de 29 de junio de 2007. (en rumano: Regulamentul cu privire la activitatea misiunilor diplomatice ale Republicii Moldova, *aprobat prin Hotărîrea Guvernului nr.744 din 29 iunie 2007.*).

- h) la promoción de una imagen favorable de la República Moldavia en el extranjero;
- i) el respeto y el desarrollo del derecho internacional;
- j) el respeto de los derechos humanos como base de cualquier sociedad humana;
- k) la realización, a través de métodos y medios diplomáticos, de las actividades específicas para garantizar la paz y la seguridad mundial y regional.

Las instituciones de servicio diplomática tienen las siguientes funciones:

- a) la elaboración y el desarrollo de los conceptos, las estrategias y las orientaciones de base de la política exterior;
- b) la coordinación en exclusividad de las actividades de las autoridades centrales de especialidad y de las otras autoridades públicas de Moldavia para asegurar una política única en el campo de las relaciones internacionales;
- c) el análisis de la situación política y económica en el mundo, de las políticas exteriores e interiores de los Estados extranjeros y de las actividades de las organizaciones internacionales;
- d) la información de las autoridades públicas de la República de Moldavia, de acuerdo con su competencia, sobre los eventos internacionales importantes para el país;
- e) el acuerdo de asistencia y protección de los ciudadanos moldavos, a sus personas físicas y jurídicas residentes en el extranjero, conforme a los límites del derecho internacional;
- f) representar a la República Moldavia en las relaciones con otros Estados y organismos internacionales;
- g) la organización y la participación a negociaciones para firmar tratados internacionales con otros países y organismos internacionales;

- h) la contribución al libre funcionamiento de las misiones diplomáticas y consulares extranjeras en Moldavia, así como la garantía del respeto de los privilegios y las inmunidades diplomáticas y consulares de esos;
- i) la garantía del depósito, registro, evidencia de los tratados internacionales de la República de Moldavia;
- j) la garantía del protocolo de Estado;
- k) la toma de medidas para el respeto, el desarrollo y el inicio de la modificación de la legislación nacional en materia de actividad exterior, la generalización de la práctica de su aplicación;
- l) la formación y la mejora profesional de las instituciones del servicio diplomático;
- m) la realización de otras funciones previstas por la ley vigente.

Hay que tener en cuenta que las instituciones del servicio diplomático ejercen también funciones consulares establecidas en el Estatuto Consular, aprobado por el Gobierno.

El sistema de las instituciones del servicio diplomático en la República de Moldavia se compone de:

- a) Ministerio de Asuntos Exteriores y de la integración Europea, que es una institución central;
- b) las misiones diplomáticas, incluso las representaciones permanentes ante las organizaciones internacionales, las delegaciones y las misiones especiales;
- c) las oficinas consulares;
- d) otras unidades creadas para asegurar las actividades de las instituciones del servicio diplomático, incluso para la formación del personal diplomático.

Las misiones diplomáticas tienen los siguientes rangos:

Nivel I - la Embajada dirigida por el Embajador Extraordinario y Plenipotenciario o la Representación Permanente, dirigida por un representante permanente,

Nivel II - la Misión, dirigida por un enviado,

Nivel III - la Misión, dirigida por un encargado de negocio.

Las oficinas consulares tienen las siguientes clases:

Clase I, consulado general;

Clase II, consulado;

Clase III, viceconsulado;

Clase IV, Agencia Consular.

Para garantizar el funcionamiento de las instituciones del servicio diplomático, el Gobierno aprueba la estructura y reglamentos de funcionamiento de estos, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de la Integración Europea emite órdenes, y aprueba las instrucciones y las normas internas.

La misión diplomática de Moldavia está dirigida por su jefe: el Embajador Extraordinario y Plenipotenciario, o el Representante Permanente, o el Encargado de Negocios *en tırte* (permanente) o *interino*, que es responsable de la actividad de la dicha institución¹⁴. La oficina consular de la República de Moldavia esta dirigida por su jefe: el Cónsul General, el cónsul, el vicecónsul, el agente consular o gerente interino, que está responsable por la actividad de la dicha institución.

El establecimiento, la anulación y el cambio del rango de las misiones diplomáticas se realiza por el Ministerio de Asuntos Exteriores y se aprueba por el Presidente de la República de Moldavia a la propuesta del Gobierno.

¹⁴ BURIAN, Alejandro: *El régimen jurídico de las misiones diplomáticas* // “Derecho y Vida”, n° 1, 2002, p. 8-12). (en ruso: Буриан А., Правовой режим дипломатических представительств // «Закон и жизнь», n° 1, 2002, с. 8-12.).

El establecimiento, la anulación y el cambio de clase de las oficinas consulares de la República de Moldavia es un proceso iniciado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y aprobado por el Gobierno.

Dentro de las misiones diplomáticas y oficinas consulares pueden abrirse oficinas, oficinas especiales para la representación y defensa de los intereses de la República de Moldavia en el Estado de residencia en el campo de la actividad comercial y económica.

La dotación las instituciones de servicio diplomático con materiales se informa sistemáticamente a sus tareas y necesidades. A la propuesta del Ministerio de Asuntos Exteriores el Gobierno adopta en ese sentido, decisiones, sobre la asignación de los fondos presupuestarios necesarios.

Las instituciones del servicios diplomático disponen de una su propia red de comunicación, incluso de un código de transmisión, servicio de correo y de la valija diplomática o consular, que permite la transmisión rápida y segura de la información confidencial, y la correspondencia diplomática. El funcionamiento de la comunicación de la institución del servicio diplomático está regulada por reglamentos internos.

En el servicio diplomático la valija diplomática o consular constituye el medio de envío de la correspondencia oficial, incluso de los secretos o confidenciales y debe ser protegida. La valija diplomática o consulares, no-acompañada por un correo, se puede transmitir al comandante de la aeronave o cualquier otro medio de transporte con destinación autorizada. La valija diplomática o consular no puede ser transmitida a través de los servicios de correo nacionales.

El servicio diplomático dispone de un archivo que está compuesto del archivo general y del archivo de los Tratados, cuyo funcionamiento está regulado por los reglamentos internos. Las instituciones del servicio diplomático realiza actividades editoriales conforme a la legislación nacional.

Para comprobar la manera en la cual las misiones diplomáticas y las oficinas consulares de la República de Moldavia cumplen sus funciones,

organizan su trabajo y utilizan el equipo, asimismo para controlar cómo sus disposiciones organizatóricas se respetan, los reglamentos de trabajo, la legislación laboral, y otros actos normativos, incluso aquellos que son relativos a las condiciones de vida del personal diplomático, el ministro de Asuntos Exteriores puede disponer de personalmente o a la solicitud del Presidente la inspección de las misiones diplomáticas y de las oficinas consulares de la República de Moldavia, creando en ese sentido un comité especial.

El personal de las instituciones del servicio diplomático

El personal de las instituciones del servicio diplomático se compone de:

- a) en el Ministerio de Asuntos Exteriores – de los funcionarios públicos en puestos diplomáticos, funcionarios públicos que realizan los servicios técnicos que garantizan el aspecto técnico del funcionamiento de las instituciones del servicio diplomático (llamados a continuación personal administrativo y técnico y personal de servicio);
- b) los miembros del personal diplomático y consular de las misiones diplomáticas y oficinas consulares (llamados a continuación agentes diplomáticos, y respectivamente, agentes consulares);
- c) los miembros del personal administrativo y técnico de las misiones diplomáticas y oficinas consulares;
- d) los miembros del personal de servicio de las misiones diplomáticas y las oficinas consulares.

En el Ministerio de Asuntos Exteriores y de la Integración Europea están establecidos los siguientes puestos diplomáticos:

- a) Ministro
- b) Primer Viceministro

- c) Viceministro
- d) Secretario General
- e) Embajador con Misión Especial
- f) Director de Gabinete
- g) Director de Departamento
- h) Director – Adjunto de Departamento
- i) Director de Dirección
- j) Director – Adjunto de Dirección
- k) Jefe de Sección
- l) Consejero en el Gabinete del Ministro
- m) Consejero
- n) Primer Secretario
- o) Segundo Secretario
- p) Tercer Secretario
- q) Agregado.

Para el personal diplomático y consular de las misiones diplomáticas y oficinas consulares se establecen los siguientes puestos, según el rango de la misión diplomática o consular:

- a) Embajador Extraordinario y Plenipotenciario,
- b) Representante Permanente o Delegado de la República de Moldavia ante un organismo internacional,
- c) Enviado
- d) Encargado de Negocios interino *en titre* o *ad interim*,
- e) Cónsul General

- f) Ministro - Consejero, Representante Permanente - Adjunto del Estado ante un organismo internacional,
- g) Consejero,
- h) Secretario,
- i) Cónsul,
- j) Secretario,
- k) Vice-Cónsul,
- l) Tercer Secretario,
- m) Agregado,
- n) Agente Consular,
- a) Referente.

La equivalencia de los puestos diplomáticos en el Ministerio de Asuntos Exteriores y de la Integración Europea y las misiones diplomáticas u oficinas consulares con las funciones públicas se realiza conforme a la ley.

Para garantizar una distribución eficaz del personal en las condiciones especiales del servicio diplomático, el Ministerio de Asuntos Exteriores dispone de una reserva de personal. El Reglamento sobre la reserva del personal se aprueba por el Ministro de Asuntos Exteriores.

La contratación y la retirada de un puesto diplomático

En un puesto diplomático puede ser empleada solo una persona que cumple las siguientes condiciones:

- a) tiene la ciudadanía de la República de Moldavia;
- b) goza de todos los derechos civiles y políticos consagrados en la Constitución;

- c) posee un diploma la educación superior (grado);
- d) posee la lengua moldava y una lengua de comunicación internacional;
- e) tiene aptitudes físicas que requiere la actividad en el campo de las relaciones exteriores,
- f) no tiene antecedentes penales resultados de delitos internacionales;

Los Embajadores Plenipotenciarios y Extraordinarios, los Representantes Permanentes y los Enviados-jefes de las misiones diplomáticas están nombrados en sus puestos y retirados de estos por el Presidente de la República de Moldavia, a la propuesta del Gobierno. Las propuestas sobre el nombramiento en estos puestos o la retirada de estos se envían al Gobierno por el Ministro de Asuntos Exteriores, después de consultar al Parlamento de la República de Moldavia.

El Cónsul General está nombrado y retirado de su puesto por el Gobierno a la propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores. Los jefes de las otras oficinas consulares están nombrados y destituidos de sus puestos por el Ministro de Asuntos Exteriores.

En las oficinas especializadas para la representación y la defensa de la República de Moldavia en el Estado de residencia en el campo de las actividades comerciales y económicas pueden ser también transferidos otros funcionarios de carrera de otras autoridades públicas de especialidad.

El empleo en otras misiones diplomáticas se realiza por el Orden del Ministro de Asuntos Exteriores a la propuesta de la Comisión de selección del Ministerio de Asuntos Exteriores, que activa a base de su propio reglamento, aprobado por el Ministro de Asuntos Exteriores.

Los rangos diplomáticos

De acuerdo con su cualificación y preparación profesional, a los funcionarios empleados en puestos diplomáticos en las instituciones diplomáticas se les otorgan los siguientes rangos diplomáticos:

- a. Agregado
- b. Tercer Secretario
- c. Segundo Secretario
- d. Primer Secretario
- e. Consejero
- f. Ministro -Plenipotenciario
- g. Embajador

Los rangos diplomáticos se otorgan por el Presidente de la República, por decreto, a la propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores, a la recomendación de la Comisión de Certificación del Ministerio de Asuntos Exteriores, a base de los resultados obtenidos en el proceso de certificación. La Comisión de Certificación se reúne al menos una vez al año. El Reglamento sobre la Comisión de Certificación está aprobado por el Ministro de Asuntos Exteriores.

El rango diplomático se concede en el momento de la expiración de la legislación vigente.

El rango diplomático del Embajador se concede por el Presidente de la República, por Decreto, a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores y la consulta con el Primer Ministro.

Los rangos diplomáticos son irrevocables, salvo los casos dispuestos en el artículo 14 de la Ley del Servicio Diplomático.

Conforme a las previsiones del Reglamento de la Comisión de Certificación, al vencimiento de los términos previstos en el presente artículo, con el fin de obtener el rango apropiado, el funcionario contratado

para un puesto diplomático, el agente diplomático o consular, puede presentarse a la certificación,

Según la Ley, han sido establecidos los siguientes períodos mínimos requeridos para el avance de un rango diplomático al otro:

- 1 año desde la fecha de empleo en un puesto diplomático - para el rango de agregado;
- 2 años del puesto de agregado al puesto del Tercer Secretario;
- 3 años del puesto de Segundo Secretario al puesto del Primer Secretario;
- 3 años del puesto de Primer Secretario al puesto del Consejero;
- 4 años del puesto de Consejero al puesto del Ministro-Plenipotenciario.

Para conceder el rango de Embajador, por lo general, pueden ser propuestos funcionarios empelados en puestos diplomáticos - titulares de los rangos diplomáticos de Ministro-Plenipotenciario.

Al calcular el período necesario para el avance en el rango diplomático tendrá que tenerse en cuenta:

- a) el período de actividad en el Ministerio de Asuntos Exteriores;
- b) el período de actividad en las misiones diplomáticas y consulares de la República de Moldavia;
- c) el período de actividad como funcionarios internacionales en las organizaciones gubernamentales internacionales, en las cuales Moldavia es parte, o en las misiones diplomáticas de estas organizaciones,
- d) el período en el cual se relizaron estudios de postgrado o varias prácticas profesionales a la recomendación del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Para la comisión de actos sancionados por la legislación de la República de Moldavia o del estado de acreditación, el funcionario contratado para un puesto diplomático y el agente diplomático o consular pueden ser degradados o privados de sus rangos diplomáticos.

La retirada del rango diplomático o la descalificación del funcionario contratado para un puesto diplomático se realiza conforme a los mismos procedimientos que en los casos de concesión del rango diplomático.

La retirada de los rangos diplomáticos de las personas que han sido despedidas por las instituciones del servicio diplomático se realiza por la decisión judicial.

El funcionamiento de las instituciones de servicio diplomático

Los jefes de las misiones diplomáticas y oficinas consulares están nombrados en puesto por un período de hasta cuatro años. En el caso de los otros agentes diplomáticos y consulares, así como de los miembros del personal administrativo y técnico y de servicio, este término no podrá exceder tres años.

Al vencimiento del término de estancia en la misión, el agente diplomático o consular es transferido en un puesto diplomático en el Ministerio de Asuntos Exteriores, en el caso si hay puestos vacantes. En caso contrario, se transfiere en la reserva del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Los miembros del personal administrativo y técnico y del personal de servicio que han sido enviados en puestos en las misiones diplomáticas fuera de la institución central, al vencimiento del término de estancia en la misión, pueden ser contratados por el Ministerio de Asuntos Exteriores si hay puestos vacantes.

En las instituciones del servicio diplomático se aplica el principio de rotación de los funcionarios empleados en puestos diplomáticos y del personal administrativo y técnico, conforme al plan de rotación aprobado por el Ministro de Asuntos Exteriores¹⁵. En el proceso de rotación,

el funcionario empleado en un puesto diplomático en el Ministerio de Asuntos Exteriores se transfiere en un puesto diplomático o consular en las misiones diplomáticas, o respectivamente, las oficinas consulares de Moldavia, y los funcionarios empleados en puestos administrativos y técnicos, o de servicio, respectivamente en puestos administrativos y técnicos o de servicio de las misiones diplomáticas.

Las transferencias del personal de las instituciones de servicio diplomático se realizan según las necesidades de servicio, teniendo en cuenta la cualificación, la formación y el principio de la rotación del personal.

Las transferencias en puestos diplomáticos o consulares en el seno del Ministerio de Asuntos Exteriores y de las misiones diplomáticas u oficinas consulares se realizan, de los funcionarios empleados en puestos diplomáticos en el Ministerio de Asuntos Exteriores, así como de las instituciones especializadas en relaciones internacionales de las autoridades públicas centrales de la República de Moldavia, de acuerdo con las previsiones de la Ley del Servicio Diplomático.

En el caso de la transferencia en otras autoridades estatales, los miembros del personal de las instituciones del servicio diplomático, poseedores del rango diplomático, están incluidos en la reserva del Ministerio de Asuntos Exteriores.

El periodo de actividad en los puestos diplomáticos en el seno del Ministerio de Asuntos Exteriores entre dos períodos consecutivos, de actividad en la misión diplomática u oficina consular no puede ser menor de un año.

Los diplomáticos del Ministerio de Asuntos Exteriores de la República de Moldavia pueden ser recomendados para ser empleados en organismos internacionales, de las cuales la República de Moldavia es parte,

¹⁵ Burian, Alejandro. *Algunos aspectos de la política exterior en el contexto de la evolución del sistema internacional* // "Derecho y Vida", 2004, n° 12, p. 4-6. (en rumano: Burian Alexandru. *Unele aspecte privind politica externă în contextul evoluției sistemului internațional* // "Legea și Viața", 2004, nr. 12, pag. 4-6.).

o en sus misiones diplomáticas, conforme a los Reglamentos de esas organizaciones internacionales.

Los funcionarios de las instituciones del servicio diplomático no pueden ocupar una posición subordinada o bajo el control de un pariente suyo (director o por el matrimonio) que está empleado en el mismo sistema¹⁶. Si estas restricciones no son respetadas, el funcionario respetivo tiene que ser trasferido en un otro puesto que excluyera tal subordinación, pero si la transferencia es imposible, uno de estos funcionarios tiene que ser despedido.

Los funcionarios del servicio diplomático pueden ser temporalmente delegados, con su consentimiento, en las instituciones especializadas de la República de Moldavia o de otros estados para su formación profesional o para prácticas especializadas. En tales casos, se les mantiene la nómina conforme a la ley.

Los derechos y las obligaciones de las personas empleadas en puestos diplomáticos

Las personas empleadas en un puesto diplomático tienen los siguientes derechos específicos:

- a) a ocupar y avanzar en los puestos de las instituciones del servicio diplomático nacional, en función de sus calificaciones, rango diplomático y la antigüedad en el servicio diplomático;
- b) acordarse el apoyo y asistencia para realizar su actividad con honor y dignidad, fuera de las presiones políticas y otras pruebas que puedan afectar a su estatuto de diplomático;
- c) recibir el pasaporte diplomático;

¹⁶ BURIÁN, Alejandro. *El Servicio Diplomático de la República de Moldavia* // “Moscú Diario del Derecho Internacional”, No. 4, 2003, pág. 140-158. (en ruso: Буриан А., Дипломатическая служба Республики Молдова. // «Московский журнал международного права», № 4, 2003, стр. 140-158).

d) beneficiar, en el período de su actividad en las misiones diplomáticas u oficinas consulares de la República de Moldavia, en los organismos o misiones diplomáticas de las organizaciones internacionales de los privilegios, inmunidades y facilidades establecidas por la ley y los tratados internacionales en los que Moldavia es parte;

e) beneficiar de las formas de formación profesional, organizadas por el Ministerio de Asuntos Exteriores.

La persona empleada en un puesto diplomático está obligada de:

a) actuar con compromiso y responsabilidad para promover la política exterior de Moldavia;

b) proteger los intereses estatales de Moldavia y de sus ciudadanos en las relaciones exteriores;

c) abstenerse de acciones y declaraciones que puedan perjudicar la imagen de la República de Moldavia y sus relaciones con otros Estados u organizaciones internacionales;

d) respetar la legislación moldava, mantener el secreto de Estado y asegurar la protección de los datos y de la información que posee;

e) representar con dignidad a la República de Moldavia, teniéndolo en todas las circunstancias un comportamiento digno y educado, así como una manera de actuar impecable;

f) respetar, sin perjuicio de sus privilegios e inmunidades, las leyes del Estado en cuyo territorio realiza su actividad, y no involucrarse en las actividades que podrán presentar una injerencia en los asuntos internos de ese Estado; a los organismos internacionales en los que la República de Moldavia es parte, tener un comportamiento de acuerdo con sus obligaciones de la función, que resultan del estado reconocido por la República de Moldavia; no abusar de los privilegios e inmunidades de que gozan en virtud de su función de agente diplomático o consular;

- g) informar al Ministerio de Asuntos Exteriores sobre los cambios significativos en cuanto a la ciudadanía y otros hechos relacionados con su condición de diplomático.

Los miembros del personal de las misiones diplomáticas y consulados de la República de Moldavia, las personas mencionadas en el artículo 16 de la Ley del Servicio Diplomático, así como los miembros de sus familias, al regresar a Moldavia después de la terminación de la misión tienen el derecho de introducir en el país, con exención de la IVA, impuestos aduaneros y otros impuestos sobre la importación de los bienes, las cosas compradas para uso personal durante su estancia en la misión.

Para la realización ejemplar de las funciones asignadas, espíritu de iniciativa, trabajo complicado e ejemplar, las personas empleadas en puestos diplomáticos pueden ser:

- a) avanzados en puestos;
- b) avanzados en rango diplomático antes de la fecha establecida;
- c) premiados con dinero;
- d) estimulados de otras maneras, conforme a la ley en vigor.

Por sus logros sobresalientes en la actividad diplomática, las personas que trabajan en puestos diplomáticos pueden ser propuestas para la concesión de las distinciones de Estado.

En el caso de violación de las obligaciones de la Ley mencionada, así como de las desviaciones disciplinarias cometidas en el proceso de realización de sus funciones, y en función de su gravedad, al personal de las instituciones del servicio diplomático puede ser aplicada por el Ministro de Asuntos Exteriores o, en varios casos, por el Presidente de la República de Moldavia, las siguientes sanciones disciplinarias:

- a) el apercibimiento;
- b) la reprimenda;

- c) la reprimenda severa;
- d) el descenso;
- e) la retirada del rango diplomático;
- f) el despido.

Los miembros del personal de la misión diplomática o consular pueden ser retirados antes del término previsto por la ley, en interés de servicio, con un preaviso de al menos 3 meses.

Para el cumplimiento de actos criminales que implican la responsabilidad penal en virtud de las leyes del Estado receptor o de la República de Moldavia, o de algunas acciones que perjudican las relaciones entre Moldavia y el Estado de residencia, la organización internacional o otros países, el miembro del personal la misión diplomática o consular sepuede ser retirado antes del término previsto por la Ley, por el Orden del Ministro de Asuntos Exteriores, La Decisión del Gobierno o por el Decreto del Presidente.

Un otro motivo para la retirada del funcionario diplomático antes del término es la existencia de acciones ilegales cometidas por los miembros de su familia que están en misión con él.

Los sueldos del personal y las garantías sociales

El sueldo del personal de las instituciones del servicio diplomático se acuerda en circunstancias especiales y está destinado a asegurar condiciones materiales adecuadas para la realización independiente y eficaz de las atribuciones funcionarias.

El personal de las instituciones del servicio diplomático está remunerado de acuerdo a la ley sobre la remuneración de los funcionarios públicos y el personal técnico que realiza el funcionamiento de las autoridades públicas.

Para el período de estancia en el extranjero de los miembros del personal de las misiones diplomáticas y oficinas consulares, reciben, además de su sueldo en moneda moldava, una indemnización libre de impuestos en moneda extranjera, y una indemnización para el entretenimiento de los miembros de sus familias que les siguieron en el extranjero y residen con ellos. La cantidad de la indemnización en moneda extranjera se determina por el Gobierno, para cada país en parte. Los miembros de la familia se consideran el esposo (esposa) y los niños menores de 18 años, así como la gente que está en el mantenimiento del personal diplomático, independientemente de su edad.

La prima (indemnización) no tiene el régimen de sueldo.

El pago de la indemnización se realiza a partir del día en el cual se cruzó la frontera de la República de Moldavia saliendo al extranjero y hasta el día del regreso al país desde la misión diplomática.

Al establecer la prima se tendrá en cuenta el puesto, la cesta mínima de consumo del Estado receptor y las condiciones climáticas específicas de este Estado. La cesta mínima de consumo, que incluye obligatorio el costo del seguro médico se calcula para cada estado de acreditación de acuerdo con las instrucciones aprobadas por el Ministro de Asuntos Exteriores y por el Ministro de Hacienda.

Si es necesario, (pero por lo menos una vez cada cinco años) se volverá a calcular la cesta mínima de consumo para cada país receptor para la indexación de las divisas.

La actividad en las misiones diplomáticas y consulares de la República de Moldavia no deben perjudicar los intereses de los empleados y sus familias. Con el fin de proteger el matrimonio y la familia, se estimula la acompañada por la esposa (esposo) y los niños del miembro del personal del servicio diplomático transferido en puesto en una misión diplomática o consular. Esta condición forma parte de las características del servicio diplomático de Moldavia.

A su llegada en la misión, a los miembros del personal de la misión diplomática u oficina consular y a sus familiares que viven con ellos, se les perfecciona el seguro médico en el Estado de residencia, en conformidad con la ley.

A los miembros del personal de la misión diplomática o consular y a los miembros de su familia, que viven con ellos, se les asegura una vez al año, el pago total de los gastos de viaje, independientemente del medio de transporte, para realizar un viaje a su casa en vacaciones, así como la ida y la vuelta a la misión diplomática, independientemente del medio de transporte utilizado. Si la duración de ese viaje supera las 24 horas, se asegura la subsistencia y el alojamiento. El pago de los gastos para la vuelta en el país, indicada en este párrafo, se asegura al miembro del personal de la misión diplomática o consular en el caso de la muerte de su pariente de primer grado también. El costo de los gastos no debe exceder el costo del pasaje aéreo en clase económica. A los miembros del personal de la misión diplomática u oficina consular se garantiza en el extranjero la vivienda, en dependencia de su puesto y el número de los miembros de la familia que viven con él¹⁷.

Para la ejecución de sus funciones, el agente diplomático o consular dispone al extranjero de un coche de servicio, en función de su puesto.

Las personas empleadas en puestos diplomáticos en el Ministerio de Asuntos Exteriores y los agentes diplomáticos o consulares reciben una indemnización para cubrir los gastos relacionados con la compra de la ropa de protocolo. El importe de las dichas indemnizaciones y el método de cálculo de estos se establece de acuerdo al reglamento aprobado por el Ministro de Asuntos Exteriores y el Ministro de Hacienda.

En el caso de conflictos militares, desastres naturales u otras circunstancias excepcionales que puedan poner en peligro la seguridad del per-

¹⁷ BURIAN, Alejandro: *Acción en el espacio y el tiempo de los privilegios e inmunidades consulares* // "Revista Nacional de Derecho", n° 6, Julio, 2002, p. 29-34. (en rumano: Burian Alexandru. Acțiunea în spațiu și timp a privilegiilor și imunităților consulare // "Revista Națională de Drept", nr. 7, 2002, p. 29-34.).

sonal de la misión u oficina consular de la República de Moldavia, el Ministerio de Asuntos Exteriores se compromete para todas las medidas necesarias para proteger al personal diplomático de las instituciones del servicio diplomático.

Los daños causados a algún miembro del personal de la misión diplomática o consular o a los miembros de su familia durante la realización de las obligaciones de servicio o de las actividades relacionadas con estas obligaciones durante la estancia en la misión diplomática, son recompensados de acuerdo con la legislación en vigor de la República de Moldavia.

En el caso de la muerte, mutilación u otro daño, durante la realización de las atribuciones de servicio u otras actividades conexas, al miembro del personal diplomático o consular (o sus herederos) se les paga una compensación por parte del Gobierno. Los gastos para los funerales del miembro del personal de la misión diplomática o consular, que perdió su vida durante la realización de sus obligaciones, así como los gastos relacionadas con el transporte de su cuerpo en el país, están cubiertos por los recursos presupuestarios por parte del Gobierno.

Las disposiciones anteriores no se aplican al personal administrativo y técnico así como a personal de servicio empleado por el Estado de residencia.

Al calcular la antigüedad del trabajo en las estructuras del servicio diplomático se tienen en cuenta los siguientes períodos:

- a) el período de actividad en el Ministerio de Asuntos Exteriores;
- b) el período de actividad en las instituciones diplomáticas y consulares de la República de Moldavia;
- c) el período de actividad en las organizaciones internacionales, conforme a la ley de la República de Moldavia;
- d) el período de la delegación a los estudios de postgrado, conforme a la ley de la República de Moldavia;

e) el período de actividad en el antiguo Ministerio de la URSS de Asuntos Exteriores hasta 1991;

f) el período de actividad en las instituciones diplomáticas y consulares de la antigua URSS hasta 1991;

g) en las autoridades públicas centrales.

Las pensiones y la protección social del personal del servicio diplomático se calcula conforme a la ley.

A la esposa (esposo) del agente diplomático o consular se le mantiene el puesto en el caso en el cual acompaña a su esposo (esposa) durante su estancia en la misión diplomática.

El período de estancia en la misión diplomática del esposo (esposa) del agente diplomático o consular está incluido en la duración del empleo.

BIBLIOGRAFIA

BLISHCHENKO, Igor, P.; DURDENEVSKY VLADIMIR, N.: *Derecho Diplomático y Consular, Moscú*, Editorial “Relaciones Internacionales”, 1962 (en ruso: Блищенко И.П., Дурденевский В.Н., Дипломатическое и консульское право, Москва, Издательство “Международные отношения”, 1962.).

BURIAN, Alejandro: *¿Quiénes somos, dónde estamos y con quién? Perspectivas geopolíticas de la República de Moldavia // “Nezavisimaya Moldova”*, 02/05/1999. (en ruso: Александр Буриан, Кто мы, где мы и с кем ? Геополитические перспективы развития Республики Молдова // «Независимая Молдова», 05.02.1999 г.).

BURIAN, Alejandro: *La economía de Moldavia: Este o Oeste? Perspectivas económicas exteriores de la República de Moldavia // “Nezavisimaya Moldova”*, 26/03/1999. (en ruso: Александр Буриан, Молдавская экономика: Восток или Запад ? Внешнеэкономические перспективы Республики Молдова // «Независимая Молдова», 26.03.1999 г.).

BURIAN, Alejandro: *No tenemos Concepto de Política Exterior* // “Noticias de Chisinau”, 27/08/1999. (en ruso: Александр Буриан, Концепции внешней политики у нас нет // «Кишиневские новости», 27.08.1999 г.).

Burian, Alejandro. *¿Necesita Moldavia su propia institución para la preparación de los diplomáticos?* // “Noticias de Chisinau”, 31/08/2001. (en ruso: Буриан А., Нужна ли Молдове своя «кузница» по подготовке дипломатов?// «Кишиневские новости», 31.08.2001.).

BURIAN, Alejandro: *El régimen jurídico de las misiones diplomáticas* // “Derecho y Vida”, n° 1, 2002, p. 8-12). (en ruso: Буриан А., Правовой режим дипломатических представительств // «Закон и жизнь», n° 1, 2002, с. 8-12.).

BURIAN, Alejandro: *El régimen jurídico de los consulados* // “Derecho y Vida”, n° 3, 2002, p. 4-10. (en ruso: Буриан А., Правовой режим консульских учреждений// «Закон и жизнь», № 3, 2002, с. 4-10.).

BURIAN, Alejandro: *Los requisitos básicos de protocolo y ceremonial diplomático* // “Derecho y Vida”, n° 7, 2002, с. 30-40. (en ruso: Буриан А., Основные требования дипломатического протокола и церемониала//«Закон и жизнь», № 7, 2002, с. 30-40).

BURIAN, Alejandro: *Conferencias internacionales y la diplomacia ad hoc: conceptos, estructura, régimen jurídico* // “Belarús Diario del Derecho Internacional y Relaciones Internacionales”, n°2, 2002, с. 13-17. (en ruso: Буриан А., Международные конференции и дипломатия ad hoc: понятия, структура, правовой режим //«Белорусский журнал международного права и международных отношений», № 2, 2002, с. 13-17).

BURIAN, Alejandro: *El Servicio Diplomático de la República de Moldavia*. // “Moscu Diario del Derecho Internacional”, n° 4, 2003, p. 140-158. (en ruso: Буриан А., Дипломатическая служба Республики Молдова. // «Московский журнал международного права», № 4, 2003, стр. 140-158).

BURIAN, Alejandro: *Proceso de toma de decisiones en la política exterior moderna de Moldavia* // “Derecho y Vida”, 2004, n° 12, p. 4-7. (en ruso: Буриан А., Процесс принятия решений в современной внешней политике Молдовы // «Закон и жизнь», 2004, № 12, стр. 4-7.).

BURIAN, Alejandro: *La orientación geopolítica del estado moldavo* // “Espacio histórico (el problema de la historia de los países de la CEI)”, Moscú, n° 1, 2007,

p. 45-52. (en ruso: Буриан, А. Геополитические ориентиры молдавской государственности // «Историческое пространство (проблемы истории стран СНГ)», № 1, 2007 г., с. 45-52).

BURIAN, Alejandro: *Introducción a la práctica diplomática internacional y el procedimiento*, Editorial “Cartier”, Chisinau, 2000. (en rumano: Burian Alexandru. *Introducere în practica diplomatică și procedura internațională*, Editura “Cartier”, Chișinău, 2000.).

BURIAN, Alejandro: *Derecho Diplomático y Consular*, Chisinau, Editorial “ARC”, 2001. (en rumano: Burian Alexandru. *Drept diplomatic și consular*, Chișinău, Editura „ARC”, 2001.).

BURIAN, Alejandro: *Acción en el espacio y el tiempo de los privilegios e inmunidades consulares* // “Revista Nacional de Derecho”, n° 6, Julio, 2002, p. 29-34. (en rumano: Burian Alexandru. *Acțiunea în spațiu și timp a privilegiilor și imunităților consulare* // “Revista Națională de Drept”, nr. 7, 2002, p. 29-34.).

BURIAN, Alejandro: *Geopolítica del mundo contemporáneo*. Manual para las Facultades de Derecho y las relaciones internacionales de las Universidades, Chisinau, Editorial “Tipografía Central”, 2003. (en rumano: Burian Alexandru. *Geopolítica lumii contemporane*, Manual: pentru facultățile de drept și de relații internaționale a universităților, Chișinău, F. E.-P. „Tipografia Centrală”, 2003.).

BURIAN, Alejandro: *Algunos aspectos de la política exterior en el contexto de la evolución del sistema internacional* // “Derecho y Vida”, 2004, No. 12, p. 4-6. (en rumano: Burian Alexandru. *Unele aspecte privind politica externă în contextul evoluției sistemului internațional* // „Legea și Viața”, 2004, nr. 12, pag. 4-6.).

BURIAN, Alejandro: *El régimen jurídico de la actividad diplomática*. 2^a ed. - Chisinau, USM, 2005. (en rumano: Burian Alexandru. *Regimul de drept al activității diplomatice*. Ed a 2-a. Chișinău, CEP USM, 2005.).

BURIAN, Alejandro: *La República de Moldavia en el contexto de la geopolítica contemporánea* / / “15 años de independencia de la República de Moldova, Conf. Int. (2006, Chisinau). 15 años de independencia de la República de Moldova. Materiales de conf. Int., 22 de agosto.. 2006, Chisinau , Tipogr. ASM, 2006. - 168 p., p. 80-88. (en rumano: Burian Alexandru. *Republica Moldova în contextul geopolitic contemporan* // „15 ani de independență a Republicii Moldova”, conf. șt. int (2006; Chișinău). 15 ani de independență a Republicii Moldova: Materialele conf. șt. int., 22 aug. 2006, Chișinău / col. de red.: Gheorghe Duca, ...- Ch.: Tipogr. A.Ș.M., 2006. - 168 p., p. 80-88.).

BURIAN, Alejandro: *Las relaciones internacionales, la política exterior y la diplomacia*: lecciones (3ª edición, corregida y aumentada) – Chisinau, CEP USM, 2007. (en rumano: Burian Alexandru. Relațiile internaționale, politica externă și diplomația: Curs de lecții (Ediția a 3-a, revăzută și adăugită) – Chișinău, CEP USM, 2007.).

BURIAN, Alejandro: *Los cambios geopolíticos y las nuevas formas de actividad diplomática* / / “Diario Moldavo del Derecho Internacional y Relaciones Internacionales”, n° 1, 2008. (en rumano: Burian Alexandru. Modificările geopolitice și noile forme de activitate diplomatică // „Revista Moldovenească de Drept Internațional și Relații Internaționale”, nr. 1, 2008.).

La Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961. (en rumano: Convenția de la Viena cu privire la relațiile diplomatice, din 18 aprilie 1961.).

La Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963. (en rumano: Convenția de la Viena cu privire la relațiile consulare, din 24 aprilie 1963.).

La Constitución de la República de Moldavia, aprobada el 29 de julio de 1994, en vigor desde el 27 de agosto 1994 (Boletín Oficial de la República de Moldavia, 1994, 1). (en rumano: Constituția Republicii Moldova, Adoptată la 29 iulie 1994, în vigoare din 27 august 1994 (*Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 1994, nr.1).

El Estatuto Consular de la República de Moldavia, aprobado por la Decisión del Gobierno, n° 368, de 28 de marzo de 2002, “Boletín Oficial de República de Moldavia”, n° 50-52, 11 de abril de 2002. (en rumano: Statutul consular al Republicii Moldova, aprobat prin Hotărârea Guvernului Republicii Moldova nr. 368 din 28 martie 2002, *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr. 50-52, 11 aprilie 2002.).

La Ley del Servicio Diplomático de la República de Moldavia, n° 761-XV de 27 de diciembre de 2001, Gaceta Oficial de la RM, no. 20 (905), de 2 de febrero de 2002. (en rumano: Legea cu privire la serviciul diplomatic al Republicii Moldova, nr. 761-XV din 27 decembrie 2001, *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr. 20 (905) din 2 februarie 2002.).

La Lista del cuerpo diplomático, Ministerio de Asuntos Exteriores, Departamento de Protocolo Diplomático, Chisinau, 1997, p. 127-131. (en rumano: *Lista corpului diplomatic*, Ministerul Afacerilor Externe, Direcția protocol diplomatic, Chișinău, 1997, p. 127-131.).

El Reglamento del Ministerio de Asuntos Exteriores y de la Integración Europea de Moldavia, “Boletín Oficial de República de Moldavia”, n° 151, 11 de noviem-

bre de 2005, art. 1233. (en rumano: Regulamentul cu privire la Ministerul Afacerilor Externe și Integrării Europene al Republicii Moldova, *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr. 151, 11 noembrie 2005, art. 1233.).

El Reglamento de la actividad de las misiones diplomáticas de la República de Moldavia, aprobado por la Decisión del Gobierno nr.744, de 29 de junio de 2007. (en rumano: Regulamentul cu privire la activitatea misiunilor diplomatice ale Republicii Moldova, *aprobat prin Hotărîrea Guvernului nr.744 din 29 iunie 2007.*).

Reglamento sobre el mecanismo de terminación de los tratados internacionales, “Boletín Oficial de República de Moldova”, 2001, nº 19-20, Art. 160. (en rumano: Regulamentul privind mecanismul de incheiere a tratatelor internationale, *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2001, nr. 19-20, art.160.).

TREDINNICK, Felipe: *Derecho internacional publico y relaciones internacionales*, Tercera edición, Editorial “Los amigos del libro”, La Paz - Cochabamba, Bolivia, 1997.

TUNKIN, Grigorii. I.: *La teoría del Derecho Internacional*. Londra, 1974. (en inglés: Tunkin, G. I.: *Theory of International Law*, London, 1974).

VILARINO PINTOS, Eduardo: *Curso de derecho diplomático y consular*. Parte general y derecho diplomático. Editorial TECNOS, Madrid, 2005.

Lan-zuzenbidea eta gune ilun gisa kalifikatutako harreman juridikoak (III): bekak ezkutuko lan-kontratu gisa kalifikatzeko froga-gabezia

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ
Deustuko Unibertsitateko lan-zuzenbideko
eta lan-arriskuen prebentzioko irakaslea

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 2010/12/30

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 2011/06/20

Resumen: La distinción entre becas y relaciones laborales sigue siendo un arduo problema ante la falta de una respuesta adecuada en el ordenamiento jurídico español. De ahí que tanto la doctrina como la jurisprudencia iuslaboralista ubiquen a las becas en las denominadas zonas grises.

Por desgracia, a la dificultad de deslindar ambas instituciones se le suele sumar con demasiada frecuencia una actuación no acorde a la realidad de los hechos por parte de las distintas autoridades tanto administrativas como judiciales llamadas a intervenir una vez planteado el conflicto. En concreto, resulta más que preocupante la ligereza con que se acaba calificando a muchas becas como contratos laborales encubiertos o falsas becas. Precisamente, se llega a tales conclusiones con una carencia probatoria insospechada que merece, por lo menos, ser criticada.

Por todo ello, con este trabajo se pretende aseverar tales afirmaciones, al tiempo que aportar las pautas probatorias para que las soluciones se ajusten a la realidad. Para ello, se partirá del concepto de beca y, especialmente, de su finalidad, en contraste con las características propias del contrato de trabajo. Ciertamente, ese punto de partida será clave para analizar las actuaciones de la Inspección de Trabajo y de los tribunales de los órdenes contencioso-administrativo y social.

Palabras clave: becas, zonas grises del Derecho del Trabajo, contratos de trabajo encubiertos.

Laburpena: Beken eta lan-harremanen arteko bereizketa eztabaidatu izaten jarraitzen du Espainiako antolamendu juridikoan, indarreko legeriak ez baitu behar bezalako konponbiderik eskaintzen. Hori dela eta, lan-arloko doktrinak nahiz jurisprudentziak gune ilunetara bildu dituzte beka.

Zoritxarrez, behin gatazka sortuta, bi erakunde juridiko horiek bereizteko zailtasunari gehitu behar zaio Administrazio-agintaritzen eta auzitegien jarduna; izan ere, kasu askotan, jardun horrek ez du bat egiten errealitatearekin. Bada, erraztasun gehiegirekin kalifikatzen dira beka ezkutuko lan-kontratu edo beka faltsu gisa. Hain zuzen, guztiz kritikagarria da froga-gabezia nabarmenarekin heltzea ondorio horretara.

Halatan, ideiotan sakontzea da lan honen helburua; bide batez, frogabide egokiak proposatuko dira, konponbideak errealitatearekin bat etor daitezten. Horretarako, bekaren kontzeptuari erreparatuko zaio lehenengo, eta, bereziki, beka ororen xedeari, halakoak lan-kontratuaren ezaugarriekin kontrajartzeko. Abiapuntu hori funtsezkoa izango da, berebat, Laneko Ikuskatzailetzaren eta lan-arloko nahiz administrazioarekiko auzien auzitegien jarduerak aztertzeko.

Gako-hitzak: beka, lan-zuzenbideko gune ilunak, ezkutuko lan-kontratuak.

Abstract: The difference between grants and industrial relations is still a big problem because in Spanish legislation there is not a clear solution. Therefore, in the field of labour law, grants have been situated in grey areas by either doctrine or jurisprudence. Unfortunately, it is not only difficult to separate both concepts. In addition, when a conflict is raised, frequently, administrative authorities and courts do not make decisions according to the reality. Indeed, sometimes it is very worrying to observe how easily grants are rated as hidden employment contracts or false grants. In fact, those decisions are made without evidence, which has to be criticized.

Because of this, the aim of this study is to defend those statements, as well as, to set out guidelines in order to adjust the solutions to the reality. Consequently, first of all, the concept of the grant and, particularly, its goal, are going to be addressed, taking into account the different features regarding employment contracts. Certainly, that starting point is going to be essential to analyze the actions of the Labour and Social Security Inspectorate, as well as, the court's competence regarding appeals from decisions made by labour administrative authorities and the court's competence over issues regarding labour law.

Key words: Grants, grey areas of the labour law, hidden employment contracts.

1. BEKAREN KONTZEPTUA ETA BEKAK LAN-ZUZENBIDEKO GUNE ILUN GISA. 1.1. Prestakuntzaren eta mundu praktikoaren artean zubi-lanak egiten dituzten erakunde juridikoak. 1.2. Hezkuntza-lankidetzako programen bidez emandako bekak. 1.3. Ikasleak unibertsitatearekin elkarlanean aritzeko bekak. 1.4. Urtarrilaren 27ko 63/2006 Errege Dekretuarekin, prestatzen ari diren ikertzaileen estatutua onestekoarekin, bat etorritik emandako bekak. 1.5. Ekoizpen-esparruan emandako bekak. 1.6. Heziketa-kontratuak. 1.7. Probaldia. 2. KONTUAN HARTU BEHARREKO ZANTZUAK BEKA ALA LAN-KONTRATUA DAGOEN FROGATZEKO. 3. ANTZEMANDAKO FROGA-GABEZIA BATZUK ETA ZENBAIT JARRAIBIDE ERREALITATEAREN ARABERAKO KALIFIKAZIOA EGITEKO.

1.-BEKAREN KONTZEPTUA ETA BEKAK LAN-ZUZENBIDEKO GUNE ILUN GISA

Sarri askotan, eztabaidak sortzen dira beken inguruan, halakoek lan-kontratuak ezkuta ditzaketela uste izateagatik. Eta horrek berarekin dakar beken kontzeptua aztertzeke premia.

Ildo horretatik, ikasketa-bekak eta beka akademikoak bazter utzi eta arreta jarri behar da lan egiteko edo zerbitzuak emateko xedea duten beketan. Horrela, lehenengoak identifika daitezke hiztegiek jaso ohi duten definizio orokor edo arruntarekin¹; bigarren motakoetan, aldiz, beka-dunek nolabaiteko jarduera gauzatu behar dute beti². Azken buruan, aintzat hartu behar da, beken helburu nagusia bekadunen onura izan arren, erakunde beka-emaileek ere zeharka onurak izan ditzaketela³.

¹ Esate baterako, Euskal hiztegi modernoaren arabera beka da «ikasle, ikertzaile, etab.ek ikasketa edo ikerketa bat burutzeko jasotzen duten diru-laguntza» (Euskal hiztegi moderno. Donostia: Elhuyar Edizioak eta Elkarlanean, 2003, 3. argitalpena).

² Nolabaiteko zerbitzu-ematea dakarten harremanen kontzeptualizazioari dagokionez, ikusi AHUMADA VILLALBA, B. La beca de formación práctica con prestación de servicios. In *Relaciones Laborales*, 1. liburukia, 1999, 248-250 orr.

³ Kataluniako Auzitegi Nagusiaren 1994ko urtarrilaren 28ko epaia (2. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi Social, 1994\1980. Orobat, Gaztela eta Leongo Auzitegi Nagusiaren 1992ko urriaren 20ko epaia, Aranzadi Social 1992\5215.

Zinez, argi dago beka-ikasketak lan-izaerarik gabekoak direna, horien bidez ez baita ezer ekoizten. Aitzitik, egunerokotasunak erakusten du lan egiteko bekek ondo merezitako lekua dutela lan-zuzenbidearen gune ilunetan, batik bat, hurrengo hiru inguruabarrengatik⁴:

a) Lan-kontratuak nahiz lan egiteko bekak osagai erkidea dute, alegia, ekoizpena⁵.

b) Bi-bien arteko nahasketa eragozteko arauketa egokirik ez dago⁶.

⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V. eta LUJÁN ALCARAZ, J. Becas y contrato de trabajo. In *Westlaw.es BIB 1996\1403 (Aranzadi Social, 1. liburukia, 1996)*, 1-2 orr. Jurisprudentzia «bi erakundeen arteko muga-eremuaz» mintzo da. Horren adibide da Auzitegi Gorenaren 1988ko ekainaren 13ko epaia (2. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi 5270. «Gune ilun» eta «muga-eremua» kontzeptuak uztartu nahian, MOLINA MARTÍNEK adierazi du «beka-onuradunen lanbide-egoera lan-zuzenbidearen ohiko “gune iluna edo muga-eremua” dela» (MOLINA MARTÍN, A.M. Comentario al Real Decreto 1326/2003, de 24 de octubre, por el que se aplica el Estatuto del becario de investigación. In *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, 5. zk., 2004, 2. or.

⁵ Beharbada, SELVA PENALVA izan da inguruabar hori hobeto, modurik esanguratsuenean, agertu duena. Egin-eginean ere, aditu horren arabera, «bekaren xede nagusi eta oinarri-zoena bekaduna prestatzea da, nahiz eta hori ez izan beraren xede bakarra. Hurrean ere, modu osagarrian eta salbuespenez, beka-deialdiko baldintzen ondorioz, bekadunak bigarren mailako zenbait ekoizpen-lan ere egin beharko ditu, eta horrek ez dio kalterik egingo prestakuntza-xedeari, horrek harremanen osagai nagusi izateari eutsiko baitio» (SELMA PENALVA, A. *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*. Valentzia: Tirant lo Blanch, 2007, 364. or.). Halaber, badira inguruabar horren arriskuak nabarmendu dituzten adituak; izan ere, «bekadun batzuek ekoizpen-jarduera gauzaten dutenean, erakunde beka-emailearen antolaketa-jarraitzeen mende, bekadunaren egoera asko gerturazten da inorentzako lan egiten duen langilearen egoerara; kontuan hartu behar da bekadunen jarduera erakunde beka-emailearen onurarako ere badela, eta, ondorenez, erakunde horrek trukean ordainsari batzuek ematen dituela» (MOLINA MARTÍN, A.M., *op. cit.*, 2-3 orr.).

⁶ Inguruabar horri dagokionez, VILLALBA SALVADORrek nabarmendu du «ez dagoela lanbide-praktiketarako bekek oso-osoan, izaera orokorrek, jaso dituen arauketa berezirik» (VILLALBA SALVADOR, B. Aspectos jurídicos de los programas o becas de prácticas profesionales. In *Actualidad Laboral*, 1. liburukia, 1998, 196. or.). Era berean, AHUMADA VILLALBA harantzago doa, esaten duenean azken urteotan zerbitzuak emateko beka-mota asko sortu dela ekoizpen-esparru desberdinetan, baina gai horren inguruan ez dela inolako ahaleginik egin arauketa orokorra erdiesteko, eta, horren ondorioz, barreiatutako

c) Lan-zuzenbidearen aplikazioa saihesteko asmoarekin beka faltsuak baliatzen direnean, lege-maula gauzatzen da, benetako lan-kontratuak ezkutatuz⁷.

Era berean, azken aldian, prestakuntza-esparruaren eta esparru praktikokoaren arteko hurbilketa gertatuenez, zailago da bekaren eta lan-kontratuaren arteko mugak bereiztea. Gainera, hurbilketa hori gertatu da dimentsio edo errealitate desberdinak gainjarrita, hala nola, dimentsio akademikoa, laneratzeko dimentsioa eta ekoizpen-dimentsioa. Bada, askotarikoak dira halakoek oinarri dituzten arrazoiak: ikerketa, garapena eta berrikuntza; lanbide-prestakuntzako azpisistema eta enplegurako politikak; laneko segurtasuna; ondasunen eta zerbitzuen kalitatea; enpresen eragingarritasuna eta lehiakortasuna.

araubide gehiegi dagoela (AHUMADA VILLALBA, B., *op. cit.*, 250-251 orr.). Jurisprudentziak ere sarritan heldu dio ildo berari. Horren adibide da Madrilgo Auzitegi Nagusiaren 2005eko irailaren 12ko epaia (4. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi Social 2005\1180.

⁷ GOÑI SEIN adituak dio «iruzurra dagoela beka baliatzean, baldin eta erakunde juridiko horren xedeen ordean lan-kontratuarenak lortu nahi direnean; bestela esanda, iruzurra dago, bekadunari laguntza ekonomikoarekin batera prestakuntza- eta lanbide-laguntza eskaini beharrean, lan-izaerako kontraprestazioa galdatzen zaionean, edo bekadunaren jakitateak beka-emailearen onurarako baliatzen direnean, beka estalki gisa erabiliz, lan-arloko eta Gizarte Segurantzako arauen aplikazioa saihesteko» (GOÑI SEIN, J.L. La inserción profesional de los jóvenes en la empresa a través de las becas. In *Relaciones Laborales*, 2. liburukia, 1986, 420-421 orr.). Garai horretako epaietan, esaterako, Lanaren Auzitegi Zentralaren 1984ko martxoaren 23ko epaian (Aranzadi, TCT, 2723), argiro adierazi zen «bekaren itxurapean benetako lan-kontratu desitxuratzea antolamendu juridikoak debekatutako emaitza edo antolamendu juridikoaren aurkako emaitza lortu nahi izatea dela, eta hori Kode Zibilarren 6.4 artikularen arabera lege-maulatzat jo behar dela, kalterik egin gabe saihestu nahi izan den arauaren behar bezalako aplikazioari...» (2. Kontuan Hartzekoa). Jurisprudentzia berrienari erreparatuz gero ere, ugari dira halako iruzurraz ohartarazi duten epaiak. Horren adibide dira Auzitegi Gorenaren 2005eko azaroaren 22ko epaia, doktrina bateratzeko emandakoa (2. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi 10049; Auzitegi Gorenaren 2006ko apirilaren 4ko epaia, doktrina bateratzeko emandakoa (3. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi 2325; Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiaren 2006ko apirilaren 11ko epaia (4 eta 5. Zuzenbideko Oinarriak), Aranzadi Social 2006\2063.

Horrenbestez, aldez aurretik egindako negozio juridikoaren benetako izaeraren inguruan gatazka sortzen denean, lan-kontratu ala beka dagoela frogatu ahal izateko funtsezkoa da gaur egun prestakuntzaren eta mundu praktikoaren artean zubi-lanak egiten dituzten erakunde juridikoak ezagutzera, bai eta horien ezaugarri nagusiak bereiztea ere.

1.1. Prestakuntzaren eta mundu praktikoaren artean zubi-lanak egiten dituzten erakunde juridikoak

Unibertsitateetan hiru beka-mota aitortu ohi dira, hots, hezkuntza-lankidetzako programen bidez ematen direnak, ikasleak unibertsitatearekin elkarlanean aritzeko bekak eta urtarrilaren 27ko 63/2006 Errege Dekretuarekin, prestatzen ari diren ikertzaileen estatutua onestekoarekin, bat etorritz ematen direnak⁸.

Orobat, posible da gradudun pertsonekin beka-harremanak eratzea ekoizpen-esparruan, hau da, enpresa pribatuetan, Administrazio publikoetan, bai eta irabazteko asmorik gabeko zenbait erakundetan ere. Bestalde, halako beken esparruari estu lotuta, baina lan-arloko antolamendu juridikoan, heziketarako lan-kontratuak daude⁹, eta probaldiak izan dezakeen egitekoa ere aintzat hartu behar da.

1.2. Hezkuntza-lankidetzako programen bidez emandako bekak

Halako bekak arautu dituzte ekainaren 19ko 1497/1981 Errege Dekretuak¹⁰, eta irailaren 9ko 1845/1994 Errege Dekretuak¹¹. Arau horietarik

⁸ 2006ko otsailaren 3ko EAO, 29. zk.

⁹ SALA FRANCO, heziketa-kontratuen bilakaeraz aritzean, argiro adierazi du, «hezkuntza-politikak mundu praktikoari begira dituen gabeziak gainditzeko beharrianaren ondorioz, 1980ko Langileen Estatutuaz geroztik, izen desberdinekin bada ere, Espainiako lan-arloko antolamendu juridikoan bi kontratu-mota arautu direla: ikastaldi-kontratu, prestakuntzako edo prestakuntzarako, eta praktikaldiko lan-kontratu [SALA FRANCO, T. Los contratos formativos (En torno al artículo 11). In *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1. liburukia, 2000, 100 zk. 397. or.]».

¹⁰ 1981eko uztailaren 23ko EAO, 175 zk.

¹¹ 1994ko urriaren 18ko EAO, 249. zk.

lehenengoaren zioen azalpenean ezarri da hezkuntza-lankidetzako programek xedetzat dutela «unibertsitateko ikasleen oso-osoko prestakuntza lortzea, unibertsitatean eta enpresan gauzatu beharreko hezkuntza-programa paraleloaren bidez teoria eta praktika uztartuz». Horren haritik ezarri da «ikasleei aukera eman nahi zaiela, dela jakitate teorikoak eduki praktikoko jakitateekin txandakatzeko, dela, kasuan kasuko programa amaitzean, lanbide-munduan gutxieneko esperientziarekin sartzeko¹².

Programa horiek gauzatzeko, unibertsitateek hitzarmenak egin behar dituzte enprekin; hitzarmenaren bidez ituntzen da enpresak parte hartuko duela prestakuntzarako behar diren heziketa espezializatu eta praktikoa (ikus 1497/1981 Errege Dekretuaren 1. artikulua). Hori gora-behera, programak baliagarriak izan daitezen aipatu bi errege-dekretuetako betekizunak gauzatu behar dira. Halakorik gauzatu ezean, legegilearen asmoen kontra joan daiteke, eta horrek ondoreak sortuko ditu, baldin eta lan-kontratuaren ezaugarriak frogatzen badira; orduan, bada, lan-kontratu ezkutatu dela adieraziko da¹³.

Galdututako betekizunen artean, lehenengo eta behin, kontuan hartu behar da programak gauza daitezkeela kasuan kasuko ikasketetako unibertsitate-titulua eskuratu ahal izateko kredituen 100eko 50 gaintitu dituzten ikasleekin bakarrik (ikus 1497/1981 Errege Dekretuaren 2. artikulua). Bigarrenik, programek ziurtatu behar dute ikasleek ikasketei eta enpresako jardueri begira duten dedikazio edo arduraldiak ez duela gaintitzen ikasturtearen iraupen osoaren 100eko 50 (ikus 1497/1981 Errege Dekretuaren 3. artikulua).

¹² Hain justu ere, sarritan, bekek halako asmorik ez dutela egiaztatzen denean, itxurazko beka baten atzean benetako lan-kontratu dagoela adierazten da.

¹³ Hori berori aitortu du Andaluzia/Granadako Auzitegi Nagusiaren 2007ko urtarrilaren 24ko epaiak (Aranzadi Social 2007\3314), adierazi baitu harreman batzuek «lege-maula ezkuta dezaketela» (2. Zuzenbideko Oinarria).

Ikasleak enpresan izan beharreko prestakuntza-jarduerari dagokionez, araubidea programan bertan itundutakoa izango da. Beraz, aldez aurretik, unibertsitatearen eta enpresaren arteko koordinazioa behar da, programa egoki dadin ikaslearen hezkuntza- eta prestakuntza-ezaugarrietara. Baina ikasleak enpresako jarduera gauzatzeari ekiten dionean, itundutakoa betetzen dela gainbegiratu beharko da. Horretarako, tutore bat izendatuko da, aldi berean, unibertsitatearekin koordinatuko dena. Tutorea bermea da ikaslearen prestakuntzarako, hala denean, berak saihestu beharko duelako lankidetzeta-programarekin lortu nahi den helburutik urruntzea (ikus 1497/1981 Errege Dekretuaren 5. artikulua).

1.3. Ikasleak unibertsitatearekin elkarlanean aritzeko bekak

Beka-mota horiek oso hedatuta daude Espainiako unibertsitateetako zentro edo sail gehientsuenetan. Beraien helburua da ikasleek prestakuntza osagarria lortzea, erabiltzaile gisa eskuragarri dituzten unibertsitate-zerbitzuetakoren batean jardunez¹⁴. Horregatik, printzipioz, halako bekak eskuratu ahal izateko oinarritzko betekizunak dira titulu ofizialak lortzeko ikasketetan matrikulatuta izatea eta arlo edo espezializazio bakoitzean ezarritako baldintzak betetzea. Benaz, halako beken inguruan ez dagoenez inolako arauketa orokorrik, beken benetako xedea prestakuntza dela ziurtatzeko kontuan hartu behar dira deialdi bakoitzaren baldintza bereziak. Bestela esanda, egiatzatu beharko da ez dagoela benetako lan-harremanak ezkutatzeko iruzurrik¹⁵.

¹⁴ Berbarako, biblioteca- eta agiritegi-zerbitzua, informazio- eta komunikazio-zerbitzua, kirol-zerbitzua, kudeaketa akademikorako zerbitzua, ikus-entzunezkoen gelak, ikasleen orientabiderako saila, pastoralerako saila, hizkuntza- eta terminologia-zerbitzuak, irudiak erreproduzitzeko zerbitzua, argitalpen-saila, kultura- eta aisialdi-jardueretarako saila...

¹⁵ Ikusi RED2RED CONSULTORES. *Estudio sobre el sistema de becas en la primera inserción y su relación con el empleo*. Madril: Lan eta Gizarte Arazoetarako Ministerioa, 2006ko maiatza, 60. or.

Kasuistika ugari izan arren, doktrinak eta jurisprudentziak ezarri dute beka-modalitate hori modu egokian gauzatzeko esparrua¹⁶.

Hortaz, helburua denez ikasleak prestakuntza osagarriko aukera izatea, argi dago zuzeneko lotura izan behar dela bekaren bidez gauzatu beharreko jardueren eta aribideko ikasketen artean. Hain zuzen ere, halako beken xedeetatik ez aldentzeko, hezkuntza-lankidetzako programen ondoriozko bekekin gertatu antzera, bekadunak bere jarduerari ekin aurretik prestakuntza-plana ezarri behar da, plan horrek gutxieneko edukia izan beharko duela, benetako beka baten izaera bermatze aldera¹⁷.

Modu horretara, elkarlanean aritzeko beken helburuarekin batera, hots, ikasleen ikasketei begira prestakuntza osagarria eskaintzeaz gain, plan horretan zehaztu behar dira gauzatu beharreko jarduerak; arean ere, jarduerok egokitu behar zaizkie ikasleei, eta ez alderantziz. Era berean, ikasleek prestakuntza osagarria ahalik eta gehien aprobeitza dezaten, berebiziko garrantzia du tutorearen izendapenak, tutore horrek gauzatuko duelako ikaslearen etengabeko jarraipena eta kontrola. Tutoreak jarraibideak eman eta zuzenketak egin beharko dizkie ikasleei, jarduerak, eta, ondorenez, aurreikusitako prestakuntza, behar bezala gauza daitezen¹⁸.

¹⁶ Beka-modalitate horri buruzko azterketa sakonagoa egiteko ikusi MORENO GENÉ, J.; PARDELL VEÀ, A.; eta ROMERO BURILLO, A.M. Las becas de colaboración de los estudiantes universitarios: un conflicto laboral anunciado. In *www.precarios.org/tiki-list_file_gallery.php?galleryId=25*.

¹⁷ Ikusi Kataluniako Auzitegi Nagusiaren 2000ko urriaren 3ko epaia (Aranzadi Social 2001\888).

¹⁸ Ikusi Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiaren 2005eko maiatzaren 24ko epaia (Aranzadi Social 2005\1914).

1.4. Urtarrilaren 27ko 63/2006 Errege Dekretuarekin, prestatzen ari diren ikertzaileen estatutua onestekoarekin, bat etorritz emandako bekak

Duda-mudarik gabe, halako bekak dira eztabaida gutxien sortzen dutenak, iruzurra egiteko aukerari dagokionez¹⁹. Egin-eginean ere, soil-soilik aplikatzen zaizkie prestatzen ari diren ikertzaileei. Zehatz-mehatz, hiru dira ikertzaile horiek gauzatu beharreko betekizunak (ikusi 63/2006 Errege Dekretuaren 4.1 artikulua): unibertsitate-graduduna izatea; prestakuntza nahiz espezializazio zientifiko eta teknikorako jarduerak gauzatzeari begira laguntza-programen onuradun izatea; eta laguntza horien onuradun izatea kasuan kasuko doktorego-programa ofizialaren bidez.

Halaber, bekaren iraupena eta edukia ondo zehaztuta dago, halako kasuetan «2 + 2 sistema» aplikatzen baita, hau da, onuraduna bi urte arituko da bekarekin, eta beste bi praktikaldiko lan-kontratuarekin (ikusi 63/2006 Errege Dekretuaren 4.1 artikulua). Iraupenaren aldetik, sekula ere ezin izango dira gainditu lehenengo bi urteak, laguntza eman zenetik zenbatzen hasita. Eta edukiari dagokionez, bekaren helburua da behar adinako prestakuntza eskuratzea, doktorego-ikasketetan onartua izateko. Horrek esan nahi du kreditu-kopuru jakin bat ikasi beharko dela, hala-koak izan daitezkeela gradu edo master batekoak (ikusi 63/2006 Errege Dekretuaren Zioen Azalpena eta urtarrilaren 28ko 99/2011 Errege Dekretuaren, doktoregoko irakaskuntza ofizialak arautzekoaren²⁰, 6. artikulua eta 2. xedapen gehigarria).

¹⁹ Beka horien gaineko azterketa zehatzagorako ikusi CRISTOBAL RONCERO, R. *El Estatuto jurídico del Personal Investigador en Formación*. Madril: Civitas, 2008; MORENO GENÉ, J. *El personal investigador en formación. Régimen jurídico-laboral y de Seguridad Social*. Valentzia: Tirant lo Blanch, 2008.

²⁰ 2011ko otsailaren 10eko EAO, 35. zk.

1.5. Ekoizpen-esparruan emandako bekek

Halako bekek oinarri dituzte enpresa pribatuek, antolaketa-autonomiaren arabera, eta Administrazio publikoek nahiz irabazteko asmorik gabeko erakunde batzuek egin ohi dituzten deialdi eta hautaketa-prozesuak, eskuzabaltasun osoz prestakuntza praktikoa eskaintzeko asmoarekin.

Praktikan arazoak sor daitezke, bekaren objektu gisa eskaintako prestakuntzak edo ikastaldiak berarekin dakarrelako beti alokairuko langile baten antzeko jarduera gauzatzea; izan ere, gaitz da zerbait ikastea, baldin eta edozein lanbidetako zereginak gauzatzen ez badira.

Ondorenez, sarritan, halako beka-egoerak eta lan-kontratuak bereiztea katramilatsua izaten da²¹. Halatan, egoera horiek «enplegu periferiko»²² moduan kalifikatu izan dira, enpleguaren, prestakuntzaren eta lan-eratzearen erdibidean izateagatik.

Haatik, doktrinarekin eta jurisprudentziarekin bat etorritz, faltan botatzen da bekadunari buruzko arauketa, batik bat, gradu ostekoa²³. Duda-izpirik gabe, horrek arazoa erabat konponduko luke. Nolanahi ere, hori ez da oztopoa halako beken zilegitasuna aitortzeko, betiere, beraien jardute-esparrua gainditzen ez badute, alegia, helburu nagusitzat duten prestakuntza.

²¹ Esangura horretan, MORÓN PRIETOK egoera horiek kalifikatu ditu «lan-harremanekiko muga-eremu gisa, non ekoizpen-jarduera izan arren, jarduera horrek ezaugarri propioak eta zeharo difuminatuak dituen, bestelako interes batzuk ere badituelako, hala nola, prestakuntza, espezializazioa edo laneratzea» (MORÓN PRIETO, R. El Estatuto del Personal Investigador en Formación: otro tímido paso en la asimilación de las becas formativas al Régimen laboral. In *Relaciones Laborales*, 2. liburukia, 2006, 449. or.).

²² GONZÁLEZ ORTEGA, S. Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado? In VVAA. *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabeza Bazán* (CRUZVILLALÓN, J., zuz.). Madril: Tecnos, 1999, 134. or.

²³ Ideia horretan gehiago sakondu nahi izanez gero, ikusi VVAA. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo. El ordenamiento laboral, trabajadores, empresarios y empresas. Derecho colectivo del trabajo, acceso al empleo y proceso de colocación*, 1. liburukia (MARTÍN VALVERDE, A. eta

Laburbilduz, ekoizpen-dimentsioa, esangura zabalean ulertuta (lan egitea edo zerbitzuak ematea), goi egitura litzateke, eta bere baitara bilduko lirateke bekak eta lan-kontratuak. Horregatik, bi-biak bereizteko, aurrena, bekekin muga egiten duten lan-kontratuak hartu beharko lirateke kontuan. Hurrena, bekaren zantzuak aztertu beharko lirateke, batez ere, bekarekin benetako lan-kontratu ezkutatu nahi denean.

1.6. Heziketa-kontratuak

Bekei begira gatazka eragin dezaketen lan-kontratu bakarrak heziketa-kontratuak dira, eta, horien artean, bereziki, praktikaldiko kontratuak hartu behar da kotuan. Hurrean ere, kontratu-modalitate hori beren-beregi erabiltzen da, dela unibertsitate-titulua edo erdi-mailako nahiz goi mailako lanbide-heziketako titulua dutenekin, dela modu ofizialean baliokidetzat aitortutako tituluak dituztenekin, dela profesionaltasun-ziurtagiria dutenekin, lanbide-jarduera gauzatzea ahalbidetzeko, kasuan kasuko ikasketak amaitu eta hurrengo bost urteetan, edo hurrengo zazpi urteetan, kontratuak desgaitasuna duen langile batekin egiten denean²⁴.

GARCÍA MURCIA, J., zuz. eta koord.). Cizur Menor (Nafarroa): Aranzadi, 2008, 813. or. Jurisprudenziari helduz, ikusi, konparazio baterako, Madrilgo Auzitegi Nagusiaren 2003ko ekainaren 5eko epaia (2. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi Social 2003\3525. Azken finean, arauketarik ezak ahalbidetzen du bekak gauzatzeke baldintzak zeharo malgutzea, halakoak desitxuratzeko arriskuarekin. Arau-hutsuneari aurre egiteko proposatu izan da bekadunaren egoera sektoreko edota enpresetako hitzarmen kolektiboetan arautzea (RED2RED CONSULTORES. *Estudio sobre el sistema de becas en la primera inserción y su relación con el empleo*. Madril: Lan eta Gizarte Arazoetarako Ministerioa, 2006ko maiatza, 147-148 orr.).

²⁴ Martxoaren 24ko 1/1995 Legegintzako Errege Dekretua, Langileen Estatutuari buruzko Legearen testu bategina onestekoa (LELTB) (1995eko martxoaren 29ko EAO, 75. zk.), 11.1 artikulua. Gazteen estreinako laneratzea bideratzeko lanabes gisa, beken eta praktikaldiko lan-kontratuaren artean sortu ohi diren gatazka-esparruei dagokienez ikusi RED2RED CONSULTORES. *Estudio sobre el sistema de becas en la primera inserción y su relación con el empleo*. Madril: Lan eta Gizarte Arazoetarako Ministerioa, 2006ko maiatza, 135-137 eta 152-158 orr.

Beraz, beken zilegitasuna baieztatzeko, beka lan-kontratu horiekin alderatu behar dira, bi erakunde horiek bat egin dezaketen esparru guztietan: zuzenbide pribatuko nahiz zuzenbide publikoko erakundeetan, kontuan hartu gabe halakoek irabazteko asmoa duten ala ez²⁵.

Bada, praktikaldiko lan-kontratua erreferentziatzen hartu behar da, beka bidez araututako prestakuntza-harremanetan²⁶. Alabaina, praktikaldiko lan-kontratuaren eta bekaren arteko desberdintasuna kontratu horren objektuan eta karian datza.

Printzipioz, praktikaldiko kontratuaren objektua, gainerako lan-kontratu modalitateetan bezala, trukaketa da: langileak bere lan-zerbitzuak ematen dizkio enpresaburuari, eta enpresaburuak itundutako ordainsariak langileari. Baina praktikaldiko kontratuaren berezitasuna da enpresaburuaren betebeharrak bigarren prestazio bat ere biltzen dela. Horrela, enpresaburuak prestakuntza eskaini behar dio langileari, horrek kontratua egin

²⁵ Irabazteko asmorik gabeko erakundeek emandako bekei dagokienez ikusi Kanarietako (Las Palmaseko) Auzitegi Nagusiaren 2004ko martxoaren 18ko epaia (Aranzadi Social 2004\1168) eta Madrilgo Auzitegi Nagusiaren 2000ko urriaren 26ko epaia (Aranzadi Social 2000\4322). Epaia horiek ondorio desberdinak dituzte, lehenengoan, prestakuntza delako interes nagusia, ekoizpenaren gainetik, eta, bigarrean, guztiz aurkakoa gertatzen delako.

Zenbait kolektibo gizartratzea eta laneratzea suspertzeko enplegu-programak antolatzen dituzten fundazioen edo erakundeen bekei dagokienez, ikusi RODRÍGUEZ CARDO, I.A. Criterios de deslinde entre beca y relación laboral: a propósito de la última doctrina judicial. In *Actualidad Laboral*, 2. liburukia, 2006, 2307-2309 orr.

Azkenik, irabazteko asmorik gabeko erakundeen inguruan, aintzat hartu behar da erakunde batek jarduerak jakin bat gauzatzeko duen asmoa edo jarduerak horrekin lotu nahi duen helburua ez dela nahikoa harreman juridikoak kalifikatzeko. Hori berori ondoriozta daiteke kirolari amateurren kasuan; izan ere, askotan, irabazteko asmorik gabeko klub edo erakundeentzako zerbitzuak ematen dituzten kirolariak, jakin gabe, «amateurismo marroi» deritzonaren biktima dira. Horrenbestez, argi utzi behar da «ordainsaririk eza lan-izaerarik gabeko harremanen aldeko zantzu garrantzitsua izan arren, hori ez dela nahikoa alokairuak oso-osoan edo zati batean jaso gabe dagoen pertsona bat alokairukotzat ez jotzeko» [LUJÁN ALCARAZ, J. Las fronteras del deporte profesional. In *Westlaw.es BIB 2008\769 (Aranzadi Social, 3. zk., Tribuna, 2008)*, 5. or.].

²⁶ Esangura horretan, ikusi AHUMADA VILLALBA, B., *op. cit.*, 263-266 orr.

aurretik eskuratutako jakitate teknikoak lehendabiziko aldiz aplikatu eta hobetzeko xedearekin. Gainera, inguruabar horrek ondorioak izango ditu alokairu-prestazioan ere: alokairuak gutxituko dira, langilearen esfortzua eta ekoizpenaren emaitzak txikiagoak direlako²⁷.

Aitzitik, bekaren objektua bekadunaren prestakuntza edo ikastaldia baino ez da; areago, bekadunari eman ahal zaizkion zenbateko ekonomikoak ez dute alokairu izaerarik, ez baitago betebeharrak sinalagmatikorik. Nabarmendu behar da lan egiteko bekak beka-emailearen eskuzabaltasunaren ondorio direla, beka-emailearen asmoa baita laguntza eskaintzea lanbide-prestakuntza osatzen diharduenari²⁸.

Amaitzeko, praktikaldiko lan-kontratuaren karia lotzen zaio ondasunak eta zerbitzuak ekoizteko gizarte-eginkizunari. Hortaz, kontratu hori ez da aldentzen osterantzeko lan-kontratuen karitik, nahiz eta ekoizpena txikiagoa izan, objektuaren inguruan aipatu berezitasunarengatik.

²⁷ Ikusi LEITBren 11.1.e) artikulua. Horren inguruan, aintzat hartu LÓPEZ GANDÍA, J. Becarios. In *Contrato de trabajo y figuras afines*. Valentzia: Tirant lo Blanch, 1999, 17. or. Bestalde, DURÁN LÓPEZ prestakuntza-prestazio horretaz mintzo da, ulertzen duelako praktikaldiko kontratuaren objektua dela «langileari aukera ematea, beraren jakitate teorikoak hobe ditzan; izan ere, jakitate horiek ekoizpen-prozesuan modu praktikoan aplikatzen diren heinean, prestakuntza osatu eta lanbide-kualifikazioa eta -gaitasuna gehitzen dira» (DURÁN LÓPEZ, F. Notas sobre el régimen jurídico de los contratos de trabajo en prácticas y para la formación. In *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1982, 12. zk., 524. or.). Orobat, praktikaldiko lan-kontratuaren objektu bikoitzaren inguruan kontuan hartu SALA FRANCO, T., *op. cit.*, 410. or.

²⁸ Ugari da lan egiteko beken izaera horri buruzko jurisprudentzia. Horren adibide dira Auzitegi Gorenaren 1988ko ekainaren 13ko epaia (2. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi 5270; Auzitegi Gorenaren 2005eko azaroaren 22ko epaia, doktrina bateratzeko emandakoa (2. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi 10049; Auzitegi Gorenaren 2006ko apirilaren 4ko epaia, doktrina bateratzeko emandakoa (2. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi, 2325; Auzitegi Gorenaren 2007ko martxoaren 29ko epaia, doktrina bateratzeko emandakoa (2. Zuzenbideko Oinarria), Ar. 3191; Madrilgo Auzitegi Nagusiaren 2003ko maiatzaren 19ko epaia (4. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi Social 2003\3423; Madrilgo Auzitegi Nagusiaren 2008ko azaroaren 17ko epaia (1. Zuzenbideko Oinarria) JUR. 2009\91060.

1.7. Probaldia

Probaldia bi aldeko negozio juridikoa da, karitzat duena enpresaburuaren eta langilearen artean itundutako kontratu-baldintzak praktikan egiaztatzea. Probaldia ezartzen denean, kontratua baldintzapean geratzen da aldi baterako, denbora-tarte horretan kontratua azkendu daitekeela. Egin-eginean ere, kontratua probaldian dagoen bitartean «enpresaburuak eta langileak probaldiaren objektu diren esperientziak gauzatzeko betebeharrak» (LELTBren 14.1 artikulua). Azkenean, bi alderdiek kontratuko baldintzak modu egokian «gauzaturtat» edo «frogaturtat» jotzen badiuzte, «behin probaldia igarota... kontratuak erabateko ondoreak sortuko ditu; [eta] probaldiak iraun bitarteko zerbitzuak zenbatuko dira langilearen antzinakotasunerako enpresan» (LELTBren 14.3 artikulua). Hori geratzen ez bada, lan-harremanak suntsiaraziko dira; halaber, hori berori aurretiaz gertatu ahal izango da, alderdietako edonork hala eskatuta, probaldiak iraun bitartean (LELTBren 14.2 artikulua).

Hori guztiori dela eta, ezin da bekarik erabili probaldiaren ordez, langilearen trebetasun, gaitasun eta ezaugarri pertsonalak egiaztatu nahi direnean²⁹. Praktikan, ordea, itxura denez, enpresa pribatu askok bekak erabiltzen dituzte helburu horrekin. Horren ondorioz, lan-zuzenbidetik ihes egin eta lege-maula gauzaten da³⁰.

²⁹ LÓPEZ GANDÍA, J. Trabajo en prácticas y para la formación. In VVAA. *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores* (BORRAJO DACRUZ, E., zuz.). Madril: Edersa, 1985, 3 liburukia, 8.etik 13.enera arteko artikulua, 145-146 orr.

³⁰ RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *op. cit.*, 2310. or. Beken bidez probaldia ezkutatzearen inguruan ikusi, berebat, ALONSO OLEA, M. eta CASAS BAAMONDE, M.E. *Derecho del Trabajo*. Madril: Civitas, 1999, 17. argitaraldia, 542. or.

2.- KONTUAN HARTU BEHARREKO ZANTZUAK BEKA ALA LAN-KONTRATUA DAGOEN FROGATZEKO

Behin lan egiteko bekaren kontzeptua eta horren modalitate desberdinak aztertuta, ondoriozta daiteke beka eta lan-kontratu bereizi ahal izateko horien bidez gauzatzen den jardueraren xedea frogatu behar dela. Bestela esanda, harreman juridikoen alderdiei erreparatuz, onurarik handiena lortzen duen alderdia zehaztu behar da. Modu horretara, beka zilegi izan dadin, prestakuntza izan behar da harreman juridikoen xede nagusia, eta bekadunak izan behar du onurarik handiena. Aitzitik, jardueraren helburu nagusia ekoizpena bada, eta, ondorenez, onurarik handiena erakunde beka-emaileak lortzen badu, lan-kontratu izango da, nahiz eta jarduera horretara prestakuntza-izaerako osagaiak ere bildu, praktikaldiko lan-kontratuan gertatu antzera. Gainera, «onura nagusiaren irizpidea» jurisprudentiak ez ezik, doktrinak ere sarri erabiltzen du, beken eta lan-kontratuen arteko mugak ezartzean³¹.

³¹ Jurisprudentiari dagokionez, hurrengo epaiak kontsulta daitezke: Auzitegi Gorenaren 1989ko apirilaren 13ko epaia (2. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi 2967; Auzitegi Gorenaren 1995eko ekainaren 26ko epaia, doktrina bateratzeko emandakoa (2. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi, 5365; Auzitegi Gorenaren 2006ko apirilaren 4ko epaia, doktrina bateratzeko emandakoa (2. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi, 2325; Gaztela-Mantxako Auzitegi Nagusiaren 1999ko urriaren 19ko epaia (4. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi Social 1999\3724; Valentziako Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiaren 2000ko otsailaren 3ko epaia (2. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi Social, 2000\2302.

Doktrinan, kontuan har daitezke, besteak beste, hurrengo lanak: GOÑI SEIN, J.L. Las becas y el encubrimiento de contratos laborales (A propósito de la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 14 de octubre de 1982). In *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1983, 14. zk., 297. or.; LÓPEZ GANDÍA, J. Becarios. In VVAA. *Contrato de trabajo y figuras afines*. Valentzia: Tirant lo Blanch, 1999, 16. or.; ALONSO OLEA, M. eta CASAS BAAMONDE, M.E., *op. cit.*, 542-543 orr.; MORENO GENÉ, J. El personal investigador en formación: ¿Becarios o trabajadores? In www.precarios.org/Documentos+de+referencia, 2005, 11-12 orr.; GARCÍA VALVERDE, M.D. Naturaleza de la relación que une al “supuesto becario” con la Universidad. In *Westlaw.es BIB 2005\2014 (Aranzadi Social, 2005)*, 3. or.; RODRÍGUEZ CARDO, I.A. Criterios de deslinde entre beca y relación laboral: a propósito de la última doctrina judicial. In *Actualidad Laboral*, 2006, 2. liburukia, 2292-2294 orr.; MORÓN

Alabaina, praktikan, irizpide hori orokorregia, zalantzarria eta anbigua da. Horregatik, zantzetan oinarritutako teknika da metodorik zurrerena, interes nagusia eta alderdi onuraduna zehazteko, eta, azken buruan, beka ala lan-kontratua dagoen argitzeke.

Zehatzago, benetako beka ote dagoen zehazteko orduan, presuntzio judizialek berebiziko garrantzia dute. Bestela esanda, egitatezko presuntzioa izango da «onura nagusiaren irizpidea» (bekadunaren prestakuntza erakunde beka-emaileak lortutako ekoizpenaren gainetik), eta egitate hori badela defendatzeko, komenigarri izango da hurrengo zantzuak aintzat hartzea:

a) *Bekadunak gauzatu beharreko jarduera bat etortzea beka emateko kontuan hartutako ikasketa edo titulazioarekin*: zantzu hori erabiltzen bada, egiaztatu behar da gauzatu beharreko eginkizunak bat datozela erreferentziatutako hartutako ikasketa edo titulazioarekin; eginkizun horiek beren-beregi antolatu direla bekadunak prestatzeko helburuarekin; eta jarduera hori gauzatzearen ondorioz, beka eman aurretik hezkuntza-esparruan lortutako prestakuntza teoriko eta praktikoa aberasten dela, lanbide jakin bati begira³².

b) *Bekadunak gauzatutako jardueraren izaera, batez ere, prestakuntzari lotua izatea*: baliteke bekadunak gauzatutako jarduerarekin ekoizpena lortzea, baina ekoizpen hori prestakuntza-helburuaren mende izan behar da beti. Halaber, aurreko zantzuari lotuta, prestakuntza bat etorri behar da beka-

PRIETO, R., *op. cit.*, 448-449 orr.; SELMA PENALVA, A. Las becas como situaciones confusas. In *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*. Valentzia: Tirant lo Blanch, 2007, 363. or.; MORENO GENÉ, J. *El personal investigador en formación. Régimen jurídico-laboral y de Seguridad Social*. Valentzia: Tirant lo Blanch, 2008, 65-72 orr.; CRISTÓBAL RONCERO, R., *op. cit.*, 56-60 orr.

³² Esangura horretan, GONZÁLEZ ORTEGA, S., *op. cit.*, 130. or. Orobat, irizpide horren garrantziaz ari dira: GOÑI SEIN, J.L., *op. cit.*, 299. or.; VILLALBA SALVADOR, B., *op. cit.*, 201-202 orr.; LÓPEZ GANDÍA, J., *op. cit.*, 16. or. Irizpide hori aintzat hartu duten epaien artean ikusi Madrilgo Auzitegi Nagusiaren 2003ko maiatzaren 19ko epaia (6. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi Social 2003\3423.

dunaren ikasketa edo titulazioarekin. Horrek berarekin dakar modu teleologikoan balioestea bekadunak dituen egiteko guztiak, kasuan kasuko erakunde beka-emailean jarduten hasi ondoren; izan ere, hori izango da bide bakarra jakiteko egiteko horiek bekadunari behar adinako onura sortzen badioten ala ez, bere ikasketen edo titulazioaren araberrako esperientzia lortzeari dagokionez³³.

Bestalde, bekaren prestakuntza-izaera eta beka kasuan kasuko titularen araberrakoa izatea antzeman daitezke erakunde batek bekadunen premiarik ez izateagatik bere jardunbiderako eta bere xedeak lortzeko. Hori aisa antzeman ahal izango da, baldin eta bekadunaren egitekoak amaitu ostean ez bada sortzen hirugarren bat kontratatzeko beharrianik, hain zuzen, egiteko horiek gauzatzeko. Halako kasuetan, bekaduna erakundeak jasan beharreko kostu ekonomikoa izan ohi da³⁴. Aitzitik, auzitegiek harreman juridikoak lan-izaerako gisa kalifikatzen dituzte, antzematen dutenean bekaduna zein erakundetan aritu eta erakunde horretan bekadunik izan ezean hirugarren bat kontratatu beharko litza-tekeela bekadunaren jarduerak gauzatzeko³⁵.

³³ Jurisprudentzia aberatsa da oso, bekadunak gauzaturako zereginen prestakuntza-xederik ezaren aurrean lan-harremanak daudela ebazteko orduan. Horren adibide dira hurrengo epaiak: Madrilgo Auzitegi Nagusiaren 2005eko irailaren 19ko epaia (3. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi Social 2006\597; Madrilgo Auzitegi Nagusiaren 2008ko azaroaren 17ko epaia (1. Zuzenbideko Oinarria), JUR. 2009\91060; Asturiaseko Auzitegi Nagusiaren 2008ko abenduaren 5eko epaia (2. Zuzenbideko Oinarria), JUR. 2009\131912. Halaber, frogabide egokiarekin: Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiaren 2008ko uztailaren 8ko epaia (Aranzadi Social 2008\2924).

³⁴ Madrilgo Auzitegi Nagusiaren 2006ko otsailaren 6ko epaia (4. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi Social 2006\2070.

³⁵ Asturiaseko Auzitegi Nagusiaren 2003ko uztailaren 18ko epaia (Zuzenbideko Oinarri bakarra), Aranzadi Social 2003\4049; Gaztela-Mantxako Auzitegi Nagusiaren 2006ko epaia (Zuzenbideko Oinarri bakarra), Aranzadi Social 2006\2467; Madrilgo Auzitegi Nagusiaren 2007ko ekainaren 19ko epaia (Zuzenbideko Oinarri bakarra), Aranzadi Social 2007\2698. Doktrinan, interesgarria da MORENO GENÉK egindako balorazioa, adierazten duenean «bekadunaren jarduerak xedetzat izan behar duela horrek prestakuntza hobea izatea, eta ez beka-deialdia egin duen erakundearen edota bekadunaren jarduera baliatzen duen erakundearen beharrianak asetzeari; hori dela bide, nahiz

Azken ideia horren haritik, adierazi da lan-harremanak izango direla, bekadunaren jarduerak izaera egonkorra eta oinarritzkoa duenean lantokiko edo enpresako jardunbidean³⁶. Hain justu ere, oinarritzotasun hori bekaren iraupenetik ondoriozta daiteke, oro har, «iraupen luzeak berez agertzen duelako prestakuntza-prozesua amaitutzat jo daitekeela, eta bekari eustearren arrazoa zuzen-zuzenean lotzen zaiola bestelako ekoizpen-helburuei»³⁷.

c) *Mendetasun akademikoa izatea, lan-izaerako mendetasunaren ordeztasun*: bekadunek alokairuko langileen jarduera berberak gauza ditzakete, baita, eduki aldetik, halakoak baldintza berberetan gauzatu ere (berbarako, lantzenbora, lan egiteko lekua), helburu nagusia delako bekadunek prestakuntza praktikoa eskuratzea. Alabaina, halako jarduerak nahitaez gauzatu behar dira LELTBren 1. artikulua apatu enpresaburuaren antolaketa- eta zuzendaritza-esparrutik at».

Mendetasun akademikoa mugatu behar da orientabide-izaerako jarraibideak ematera eta gauzatutako jardueren jarraipena egitera, helburu bakartzat izanik bekadunaren prestakuntza ahalbidetzea. Hortaz, enpresaburuak bekadunari begira ezin ditu egikaritu zuzendaritza-ahalmenak, nolabaiteko ekoizpen-jarduera antolatzeko. Bada, ideia horietan oinarritzen da zenbait egoeratan bekadunekiko izaten den malgutasuna eta permitibitate³⁸.

eta bekadunak benetako lanpostu bat izan, bere jarduera periferikoa izan behar da; bestela esanda, beka-araubidepean prestakuntza-aldia zein erakundetan gauzatu eta erakunde horrentzat bekadunaren jarduera ez da beharrezkoa izan behar» (MORENO GENÉ, J., *op. cit.*, 69-70 orr.).

³⁶ GOÑI SEIN, J.L., *op. cit.*, 299-300 orr.

³⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S., *op. cit.*, 130. or. Halaber, ideia horretan oinarritu dira, besteak beste, honako epai hauek: Euskal Autonomia Erkidegoko 2003ko martxoaren 18ko epaia (1. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi Social 2003\2567; Madrilgo Auzitegi Nagusiaren 2005eko azaroaren 28ko epaia (6. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi Social 2005\3784.

³⁸ Ideia horien inguruan ikusi RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., *op. cit.*, 300. or.; GOÑI SEIN, J.L., *op. cit.*, 298. or.; SELMA PENALVA, A. Los becarios aparentes. Comentario a la STSJ del País Vasco, de 18 de marzo de 2003 (Aranzadi Social, 2003\2567). In *Aranzadi Social*, 2003,

Dena den, mendetasun akademikoa balioesteko irizpiderik erabakigarrienen artean nabarmendu behar dira «azken kontrol edo azterketak»³⁹ egitea eta tutorea izatea. Tutoreak bekadun bakoitza balioetsi beharko du lortutako prestakuntza-emaitzen arabera, eta sekula ez ekoizpenaren edo lan-zamaren arabera. Azken buruan, inguruabar hori erabakigarri da, ikasle bati beka berriztatzeko aukera balioesteko orduan, hezkuntza-lankidetzako edo elkarlanean aritzeko beken kasuan; izan ere, ikaslearen interes akademikoa gailendu behar da beti. Beste hitz batzuekin esanda, bekaren iraupena, edo ondoz ondoko beken iraupena, ikasleak lortu beharreko prestakuntza osagarriaren arabera da. Baina, arestian aipatu bezala, beken iraupena nabarmen luzatzen denean, ekoizpen-helburu garbiekin, jurisprudentziak harreman juridikoen lan-izaeraren alde egiten du⁴⁰.

3. liburukia, 52. zk., 2816. or.; GARCÍA VALVERDE, M.D., *op. cit.*, 2 eta 5. orr.; CRISTÓBAL RONCERO, R., *op. cit.*, 61. or.; MORENO GENÉ, J., *op. cit.*, 71. or.

³⁹ Horren inguruan ikusi SELMA PENALVA, A. Las becas como situaciones confusas. In *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*. Valentzia: Tirant lo Blanch, 2007, 374. or.

⁴⁰ Adibide gisa ikusi, besteak beste, hurrengo epaiak: Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiaren 2006ko apirilaren 11ko epaia (4. Zuzenbideko Oinarria, C zatia), Aranzadi Social 2006\2063; Euskal Autonomia Erkidegoko 2005eko azaroaren 8ko epaia (4. Zuzenbideko Oinarria, C zatia), Aranzadi Social, 2005\627. Jurisprudentziak gauza bera adierazi ohi du, bekaren objektua oinarritzen denean unibertsitateko prestakuntzari inolako ekarpenik egiten ez dioten zereginetan, gehienbat, halakoak errepikakorrek direnean. Hori berori dio, esaterako, Madrilgo Auzitegi Nagusiaren 2005eko irailaren 19ko epaiak (3. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi Social, 2006\597.

3.- ANTZEMANDAKO FROGA-GABEZIA BATZUK ETA ZENBAIT JARRAIBIDE ERREALITATEAREN ARABERAKO KALIFIKAZIOA EGITEKO

Proposatutako diren zantzuak frogatzea nahitaezkoa da adierazi ahal izateko beka ala ezkutuko lan-kontratua dagoen⁴¹.

Horretarako, lehendabizi, gogorarazi behar da antzua dela alderdiek negozio juridikoari eman diezaioketen «nomen iuris» delakoa, hau da, negozio juridikoaren inguruan egin dezaketen kalifikazioa. Ildo horretatik, beka-deialdiek kasuan kasuko harreman juridikoei eman ahal diezazkieketen izenek ez dute inolako garrantzirik. Beraz, kasuan kasuko harreman juridikoen atzean egitan dagoen edukia hartu behar da kontuan. Hori dela eta, benetako beka izan dadin, funtsezkoa da lan-zuzenbideko ezaugarriak ez izatea⁴².

⁴¹ Bestalde, gogora bedi presuntzio judizialak erabiltzeko ezinbesteko betekizuna dela zantzuak edo oinarrizko egitateak oso-osoan frogatuta egotea (esangura horretan ikusi GABERÍ LLOBREGAT, J. *Los medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Bartzelona: Bosch, 2009, 147. or. eta h. Era berean, ikusi GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. eta MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. La prueba en el proceso laboral: objeto, carga y posibilidades de impugnación. In *Westlaw.es BIB 2006\982 (Aranzadi Social, 2006, azterlana, 10. zk.)*, 15. or. eta h.

⁴² Jurisprudenzian sarri askotan adierazi da alderdiek kontratuari eratziki diezaioketen kalifikazioak ez duela batere garrantzirik; areago, nabarmendu da kontratu baten izaera juridikoa eratzten dutela itundutako eskubide eta betebeharrekin, baina baita egitan egitaritzen diren eskubide eta betebeharrekin ere. Zinez, organo judizialei baino ez dagokie erabakitzea *inter partes* harremanek lan-izaera duten ala ez, benetako edukia aintzat hartuz. Aspaldiko epaiak gogora ekarriz, hurrengoak nabarmendu behar dira: Auzitegi Gorenaren 1963ko azaroaren 22ko epaia (Aranzadi 5083); Auzitegi Gorenaren 1966ko maiatzaren 6ko epaia (Aranzadi 2246); Lanaren Auzitegi Zentralaren 1974ko maiatzaren 8ko epaia (Aranzadi 2196); Lanaren Auzitegi Zentralaren 1975eko irailaren 27ko epaia (Aranzadi 3979); Lanaren Auzitegi Zentralaren 1981eko urtarrilaren 26ko epaia (Aranzadi 387) eta Auzitegi Gorenaren 1983ko azaroaren 14ko epaia (Aranzadi 5595). Geroago emandako epaien artean, kontuan hartzeko moduak dira, hala nola, Auzitegi Gorenaren 1999ko abenduaren 29ko epaia, doktrina bateratzeko emandakoa (2. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi 2000\1427; Auzitegi Gorenaren 2006ko apirilaren 4ko epaia, doktrina bateratzeko emandakoa (3. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi 2325.

Hala eta guztiz ere, ohikoa da Laneko eta Gizarte Segurantzako Ikuskatzaileak lantokiak bisitatzea eta arau-hausteen aktak jasotzea, bai eta Gizarte Segurantzako kuoten kasuan kasuko likidazio-aktak ere, interesdunekin elkarrizketa laburra izan eta gero, eta, askotan, kontuan hartu gabe hezkuntza-lankidetzako hitzarmenetan ezarritakoa zehatz-mehatz bete izana⁴³. Halako kasuetan, Ikuskatzaileak bere eskumenak gainditzen ditu, eta, lan-arloko epaile bailitzan, lan-harremanak daudela adierazten du, hori lan-arloko epaileek bakarrik egin dezaketenean, apirilaren 7ko 2/1995 Legegintzazko Errege Dekretuak (LPLTBk), lan-prozedurari buruzko testu bategina onestekoak, 2. artikuluan, ezarritakoaren arabera⁴⁴.

Benaz, epai batzuek azpimarratu duten bezala, kalifikazio-ondoreetarako ez da erabakigarria bekadunek alokairuko langileen jarduera berberak gauzatzea eta langile horien ordutegi bera izatea, beken helburua delako, «hain zuzen, ikasleek, normalean, unibertsitate-ikasketek ahalbidetzen ez dieten prestakuntza praktikoa eskuratzea. Eta prestakuntza praktikoa soil-soilik eskura daiteke langileen zereginak gauzatuz. Bada, hortik ondorioztatzen da zereginok gauzatzeak ez duela berez eragingo bekadunaren izaera galtzea, betiere, zereginok bekadunaren onurarako badira», bere prestakuntza gehituz, kasuan kasuko hezkuntza-lankidetzako hitzarmenean jasotakoarekin bat etorri⁴⁵.

⁴³ Jokabide hori zehaztasun gehiagorekin aztertzeko ikusi Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiaren 2004ko uztailaren 20ko epaia (JUR. 2005\41801). Bada, kasu horretan, lehendabizi, lan-arloko auzialdiko epaitegiak errealitatearekin bat datozen egitateak aintzat hartu zituen, eta Ikuskatzailezaren akten egiazkotasun-presuntzioa gaitzetsi zuen. Hala ere, gero, Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiak auzialdiko epaitegiaren epaiaren aurka jarritako eskezko errekurtsioa aintzat hartu, eta epai hura ezeztatu zuen. Horren ondorioz, Auzitegi Nagusiak inolako bekarik ez zegoela adierazi, eta lan-harremanen alde egin zuen. Orobat, ikusi Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiaren 2007ko apirilaren 24ko epaia (3. Zuzenbideko Oinarria), Aranzadi Social 2007\2484.

⁴⁴ 1995eko apirilaren 11ko EAO, 86. zk. Eskumen horri buruz ikusi NORES TORRES, L.E. Los órganos del orden social de la jurisdicción y sus competencias. In VVAA. *El proceso laboral* (BLASCO PELLICER, A., zuz.). Valentzia: Tirant lo Blanch, 2005, 1. liburukia, 51. or.

⁴⁵ Esangura horretan oso interesgarriak dira Asturiaseko Auzitegi Nagusiaren 2007ko otsailaren 16ko epaia (3. Zuzenbideko Oinarria), JUR. 2007\217336, eta 2007ko azaroaren 23ko epaia (3. Zuzenbideko Oinarria), LA LEY 286139\2007.

Horregatik, arestian Ikuskatzailetzaren jokabideaz mintzatzean aipatutako aktek aurrera egin ez dezaten, lan-agintaritzza eskudunak, akta horiek aurkaratzen direnean, berehala aurkeztu behar du demanda, ofiziozko prozedurari ekiteko, lan-arloko epaitegi eskudunean⁴⁶. Azken finean, hori arazo judizial bat besterik ez da, Administrazio-arloko ustezko arau-hausteak baino lehenago aztertu behar dena, ebazpen judiziala nahitaezkoa baita administrazio-prozedura zehatzaileak aurrera egin dezan.

Horrela, behin lan-arloko jurisdikzioak kasuaren gaineko eskumena onartuta, epailearen egitekoa ezin muga daiteke Ikuskatzailetzaren akten froga-balioa onartzera, baldin eta aurkako alderdiak akzioa egikaritu eta aurkako froga aurkezten badu, benetako beka dagoela frogatuz eta, ondorenez, arau-hausteen aktek duten egiazkotasun-presuntzioa suntsituz⁴⁷. Are gehiago, aurkako alderdiak aurkeztutako frogen aurrean, Administrazioak kasuan kasuko kontrafroga ekarri behar du auzira, benetako lan-harremanak daudela frogatze aldera. Gainera, horren guztiorren aurrean, epaileak frogaren objektu diren egitateen norainokoa balioetsi behako du, eta hala denean, presuntzio judizialak ere baliatu beharko ditu, eztabaidagarri den arazoa behar bezala ebazteko. Esangura horretan, sarritan, epaitegietan, Administrazioa ez da gai izaten lan-harremanak egiaztatze, edo frogatzeko bekadunak gauzatutako jarduera ez datorrela bat lankidetzaz-hitzarmenarekin edo elkarlanean aritzeko beken deialdian xedatutakoarekin. Eta, halakoetan, epaileak ez ditu baliozkotu behar Ikus-

⁴⁶ Ikusi LPLTBren 148 eta 149.1 artikulua. Horren inguruan ikusi, berebat, MONEIRO VÁZQUEZ, Y. El procedimiento de oficio. In VVAA. *Práctica procesal laboral* (MARTÍNEZ GARRIDO, L.R., zuz.). Bartzelona: Bosch, 2007, 2 liburukia, 732-736 orr. «Ofiziozko demanda» hobeto ulertzeko ikusi MARTÍN JIMÉNEZ, R. eta SEMPERE NAVARRO, A.V. Sobre el “procedimiento de oficio” (I) eta (II). In Westlaw.es BIB 2000\453 (Aranzadi Social, 5 eta 6. zk., 2000). Bada, lan horietan egoki azaltzen da LPLTBren 149.1 artikulua arabera ikuskatutako harreman juridikoen izaera zehazteko prozesua.

⁴⁷ Ikusi DURÉNDEZ SÁEZ, I. La doctrina de las presunciones y la presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo. In *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1995, 45. zk., 100. or.

katzaitzaren aktak⁴⁸. Azkenik, nabarmendu behar da lan-arloko jurisdikzioa ebazpenak, harreman juridiko eztabaidagarrien izaera zehazten dutenak, lotesle direla administrazioarekiko auzien jurisdikzioan hasitako prozesuei begira, hain zuzen, Ikuskatzaitzaren akten ondorioz Gizarte Segurantzaren Diruzaintza Nagusiak ofizioz izapidetutako altengatik⁴⁹.

Laburbilduz, unibertsitateetako ikasketen eduki teorikoarekin bat egiten duten esperientzia praktikoak ahalbidetzeko beka-kontratu berezirik arautu ez denez, Ikuskatzaitzak eta auzitegiek zorroztasun gehiagorekin aztertu beharko lituzkete errealitatean ematen diren egitateak; izan ere, boto partikular batek dioena gogora ekarriz, erabakigarria ez da praktikak gauzatzea alokairuko langileen eginkizun berberak izanda edo haien ordutegi bera izanda, ezpada praktiken benetako xedea prestakuntza izatea, egiaztatu beharko dena bekadunaren ikasketak edo titulazioa aintzat hartuta⁵⁰. Halaber, argi utzi behar da errealitate hori aintzakotzat hartzen ez bada gure ikasleek mundu praktikora gerturatzeko aukera galduko dutela. Hori gaur egungo estatu industrializatuen joeraren aurka egitea litzateke, eta gure ikasgeletan ezarritako Bolognako prozesuarekin ere ez litzateke bat etorriko. Egin-eginean ere, hori berori nabarmendu du jurisprudentziak ere, adierazi duenean beken atzean dagoen errealitatea kontuan ez hartzeak berarekin dakarrela «unibertsitateetako prestakuntza teorikoa enpresetako praktikekin osatzeko aukera bertan behera uztea, errealitate horretatik urrunduz gero, praktika-izaerarik gabeko

⁴⁸ Azaldutakoa kontuan hartuz behar bezala bideratutako kasu baten adibide moduan ikusi Galiziako Auzitegi Nagusiaren 1993ko otsailaren 4ko epaia (Aranzadi Sozial 1993\737) eta 1995eko otsailaren 15eko epaia (Aranzadi Sozial 1995\590).

⁴⁹ Horri buruz ikusi Bilboko administrazioarekiko auzien 3. epaitegiaren 2006ko urtarri-laren 10eko epaia, 2/06 zenbakiduna; Bilboko administrazioarekiko auzien 2. epaitegiaren 2008ko ekainaren 4ko epaia, 253/08 zenbakiduna; eta Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiaren administrazioarekiko auzien salako 3. zenbakidun atalak 2009ko urtarri-laren 9an emandako epaia, 8/09 zenbakiduna.

⁵⁰ Ana Isabel Molina Castiela andrearen boto partikularra, Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiaren 2007ko uztailaren 2ko epaian (Aranzadi Sozial 2008\76).

“praktikak” egingo liratekeelako; izan ere, egiten den praktika oro da beste batek aurretiaz egiten duena egiteko, eta errealitate hori aintzakotzat hartu ezean, salaketak jarriko lirateke bekadunari eratzikitzeagatik alokairuko langileek gauzatu ohi dituzten zereginak...»⁵¹.

⁵¹ Asturiaseko Auzitegi Nagusiaren 2007ko otsailaren 16ko epaia (4. Zuzenbideko Oinarria), JUR 2007\217336.

NOTAS
OHARRAK
EXPLANATORY NOTES

El embajador Don Diego María de Gardoqui y la Independencia de los EE.UU.

JAVIER DIVAR GARTEIZ-AURRECOA
Universidad de Deusto

SUMARIO: 1.- LA COMPAÑÍA “GARDOQUI E HIJO”. 2.- DON DIEGO MARÍA DE GARDOQUI. 3.- EL MISISIPIY LA CUESTIÓN DE SU SOBERANÍA. 4.- LA CONTRIBUCIÓN DE ESPAÑA A LA INDEPENDENCIA DE LOS EE.UU.

1.- LA COMPAÑÍA “GARDOQUI E HIJO”

El naviero bilbaíno don José de Gardoqui y Meceta llevaba ya tiempo matriculado en el registro de comerciantes del viejo Consulado de Bilbao, siendo así titular de número de su Junta General de Comercio, cuando contrajo matrimonio con Doña María Simona de Arriquibar y Mezcorta, hija de una reconocida familia empresarial de la Villa, con lo que aumentó su ascendiente social y su relevancia mercantil.

En efecto, la familia de Doña Simona era una de las de comerciantes de mayor influencia en Bilbao. Su hermano, Don Nicolás de Arriquibar, llegó a ser Prior del Consulado de Bilbao, liga empresarial que desde comienzos del siglo XVI ordenaba el poder económico de los comerciantes y navieros bilbaínos.

Don José de Gardoqui y Doña Simona de Arriquibar tuvieron de su matrimonio ocho hijos, cuatro hijas y cuatro hijos. María Concepción,

María Francisca, María Josefa y María Rita, las hijas, y José Joaquín, Juan Ignacio, Francisco Antonio y Diego María, los varones.

Las hijas, salvo Josefa que tomó los hábitos, contrajeron matrimonio con importantes comerciantes. Doña Concepción con Don Waldo de Orueta, Doña Francisca con Don José Fausto de Vildósola, y Doña Rita con Don Francisco Antonio de la Quintana y Pando.

Por su parte los varones de la familia, que recibieron una esmerada educación (como era uso en aquellos tiempos, en que las rancias familias reservaban para los varones los beneficios de la mejor enseñanza), destacaron notablemente en sus profesiones.

José Joaquín, el mayor, al que el padre preparó personalmente para sucederle en sus negocios, convirtiéndole en socio de su compañía naviera, llegó además a ser Diputado del Señorío de Vizcaya.

Juan Ignacio, el segundo de los varones de la familia, fue nada menos que miembro del Consejo Real de las Indias, a más de Caballero de la Orden de Carlos III.

Francisco Antonio, que llamado por la vocación se ordenó sacerdote, llegó a ser Cardenal (nombrado por el Papa Pío VII), siendo Auditor de la Rota Romana, a más de miembro del Consejo Real. La Villa de Bilbao le tiene dedicada una calle en su honor.

Por su parte nuestro personaje, Diego María, además de Prior del Consulado de Bilbao, miembro del Consejo Real y de la Orden de Carlos III, fue nombrado primer Embajador de España ante los nuevos Estados Unidos de Norteamérica, como Encargado de Negocios, ante el gobierno de su primer Presidente, Georges Washington.

La primera fortuna del iniciador de la saga, Don José de Gardoqui y Meceta, se inició en el viejo tráfico marítimo de Bilbao a Inglaterra.

Pero su enriquecimiento se debió a la concesión en Inglaterra (a comienzos de los años setenta del siglo XVIII) de una licencia para comer-

ciar con las colonias norteamericanas, desde las que realizó una creciente importación de salazones de pescado, singularmente de bacalao.

Para tal objetivo constituyeron en Bilbao una sociedad familiar en 1770, la “Compañía Joseph Gardoqui e Hijo”, en la que colocó como socio y factor a su hijo mayor José Joaquín. El capital fundacional fue de 1.429.000 reales, pactándose en la escritura un reparto de beneficios de cuatro quintas partes para el padre, como socio mayoritario, y de una quinta parte para el hijo, José Joaquín.

Complementariamente, con esa compañía participaron en la fundación en Santander de otra sociedad mercantil con el comerciante santanderino Don Juan de Nepomuceno Victorica, en Enero de 1775.

La compañía santanderina la dedicaron principalmente a la importación de harina de contrabando desde Filadelfia, exportando textiles (principalmente sedas, de alto valor en destino) hasta el puerto de Salem, estableciendo una relación mercantil mantenida y provechosa con la familia de los Cabots, de Beverly.

Los altos beneficios de este comercio permitieron a los Gardoqui ampliar su flota mercante, llegando a ser conocidos importadores, además de bacalao y salmón, de azúcar, maderas, cuero, carey, pimienta, cacao y arroz, entre otros productos.

El constante tráfico ultramarino de los navíos de la “Compañía Joseph Gardoqui e Hijo” iba a servir de tapadera para que Diego de Gardoqui y la Corona española realizaran una importante contribución a la lucha por la Independencia de las Trece Colonias de Norteamérica de la Corona británica, mediante el envío de cuantiosos alijos de armas y material para las tropas rebeldes.

El rey de España Carlos III, conocedor de la fidelidad y discreción de los Gardoqui, utilizó su modesta compañía mercantil, a la que dotó de abundantes medios (en una primera entrega el Tesoro Real facilitó secretamente a Diego Gardoqui setenta mil pesos, completados después

con otros cincuenta mil), con los que pagar la compra de armas y material complementario en apoyo de los rebeldes americanos.

La “Compañía Gardoqui” hacía la travesía del Atlántico desde el puerto de Bilbao, vía La Habana, a los puertos americanos de Salem y Boston, con pequeños bergantines, eficaces y discretos por su reducido tonelaje.

En esas rutas tomó parte activa Diego de Gardoqui, buen conocedor de la lengua inglesa, a más de experto en los temas norteamericanos por sus estancias y contactos en Filadelfia, a donde le habían llevado sus obligaciones mercantiles como gestor de la compañía familiar.

Utilizando con toda eficacia los fondos reales y los propios de la familia y de otros colaboradores, Diego Gardoqui envió ayuda por cerca de un millón de reales a los rebeldes americanos.

Conforme a la relación del comisionado de los norteamericanos en España, Arthur Lee, las aportaciones españolas comprendieron:

- 30.000 mosquetes, con sus correspondientes bayonetas.
- 512.314 cajas de munición.
- 251 cañones de bronce.
- 300.000 libras de pólvora.
- 12.868 granadas.
- 30.000 uniformes.
- 4.000 tiendas de campaña

Además se aportaron víveres de larga conservación y quinina.

Y utilizando como intermediario a O. Pollock, el Tesoro Real español facilitó a los rebeldes norteamericanos, entre 1776 y 1779, créditos por un importe total de 7.944.906 reales para aprovisionar a las tropas, hasta entonces mal provistas, de George Washington y de George Rogers Clark.

También se dotó desde España efectivo para los envíos a los rebeldes de la compañía francesa “Roderique Hortales”, así como material de guerra desde La Luisiana, La Florida, Texas, México y Cuba, principalmente.

2.- DON DIEGO MARÍA DE GARDOQUI Y ARRIQUIBAR

Diego de Gardoqui fue el cuarto hijo del matrimonio de Don José de Gardoqui y Doña Simona de Arriquirbar. Nació al mediodía del 12 de noviembre de 1735, en la bilbaína calle de La Ribera (junto a la Ría), esquina con la calle Santa María, en el caserón familiar que hoy ocupan las escuelas municipales de Múgica, que en 1917 diseñó el gran arquitecto Ricardo de Bastida.

Tras sus estudios primeros en Bilbao, su padre le envió a Londres para que aprendiera bien la lengua inglesa, al propio tiempo que se formaba en las artes del comercio con los correspondientes de Don José en Inglaterra.

Permaneció allí durante siete años, al cabo de los cuales regresó a Bilbao para incorporarse a los negocios de la compañía de la familia.

Junto con su hermano José Joaquín extendió las operaciones mercantiles de transporte marítimo iniciadas por el padre, tanto en Inglaterra (con base en Londres) como en las colonias norteamericanas, utilizando en éstas, principalmente, el puerto de Salem.

El creciente prestigio de Diego Gardoqui en Bilbao le llevará a ser nombrado Prior suplente de su afamado Consulado de Comercio.

Al morir el padre, la viuda, Doña Simona, se hace con el control en usufructo de la mayoría de capital de la compañía familiar, apoyándose en sus hijos José Joaquín y Diego, que la secundan como buenos conocedores de los negocios y como buenos hijos.

Ya en 1766, Diego de Gardoqui había sido elegido Regidor Capitular del Ayuntamiento de la Villa de Bilbao, cargo que implicaba el control de cuentas y la exacción de rentas de la corporación. Su buen hacer en el cargo le llevará a la reelección en 1770.

Los hermanos José Joaquín y Diego contrajeron matrimonio en 1776, con dos hermanas, Brígida e Higinia de Orueta, procedentes de una reconocida familia alavesa. De su matrimonio Diego de Gardoqui tuvo tres hijos.

En ese mismo año de 1776 Diego de Gardoqui fue nombrado Prior del Consulado de Bilbao, cargo de máximo honor y prestigio en la Villa.

Esa buena fama mercantil, acompañada del mérito de su conocimiento de la lengua inglesa y sus relaciones en Norteamérica, hicieron que los ministros de la Corona de España, Grimaldi, Aranda y Floridablanca, se confiaran a él para utilizarlo en la ayuda a los rebeldes norteamericanos, ayuda que de inicio no fue abierta porque los ministros de la Corona aconsejaron su ocultación para evitar el enfrentamiento directo con Inglaterra.

Con el título de Cónsul y Agente General de España, en 1783, Floridablanca envió a Diego Gardoqui a Londres, con el encargo de que sirviera de mediador ante el gobierno de la Corona Británica, tras la firma de un protocolo de paz, firmado también por Francia.

La tarea no era fácil, puesto que continuando con la ayuda y el reconocimiento a los rebeldes norteamericanos, John Jay había sido acreditado en Madrid, en 1780, como representante plenipotenciario de los rebeldes noerteamericanos.

Poco después, el 2 de Octubre de 1784, tras la firma del Tratado de Versalles (3 de Septiembre de 1783) por el que Gran Bretaña reconocía la Independencia de los EE.UU. de Norteamérica, poniéndose así fin a la guerra, Diego Gardoqui fue nombrado por la Corona española Ministro Plenipotenciario Encargado de Negocios en los EE.UU. de Norteamérica, a donde se trasladó con dos ayudantes de su confianza, Don José de Jáudenes y Don José Viar.

Desembarcaron en Filadelfia, siguiendo su vieja ruta comercial, trasladándose desde allí a Nueva York, donde en aquel momento estaba el Congreso de la nueva Nación.

Al poco, Diego Gardoqui instaló su embajada en Manhattan, en una lujosa mansión, acreditando fama de refinado entre los políticos y empresarios norteamericanos, a los que agasajaba con la afamada cocina vasca.

Con dinero propio, de la Corona española y de donativos de la colonia irlandesa en Nueva York, hizo construir el primer templo católico de la ciudad, en 1785, el de la basílica primada de San Pedro de Nueva York.

Pocos años después, entre el 25 de Mayo y el 17 de Septiembre de 1787, tuvo lugar la llamada Convención de Filadelfia, de la que surgieron los acuerdos para la convocatoria de elecciones presidenciales de la nueva Nación, en las que fue elegido George Washington, como Primer Presidente de los EE.UU.

Con ello se hizo feliz realidad la Declaración de Independencia de las Trece Colonias, del 4 de Julio de 1776, en plena Guerra de Independencia (que trascurrió con terribles bajas en ambos bandos entre 1775 y 1783).

La solicitud por el gobierno de los EE.UU. de Norteamérica de su libre navegación por el río Misisipi (tras los informes de James Madison y Alexander Hamilton, al efecto), que el gobierno de España se inclinaba a aceptar, contra el inflexible criterio a contrario de Gardoqui, hace que éste pida su cese a Floridablanca.

Pero el ministro, alegando interés directo del rey Carlos III, le pide que espere hasta la toma de posesión de Georges Washington, para que Gardoqui represente en ella al rey de España.

Así, Diego de Gardoqui participó en tal ceremonia, celebrada en Nueva York, entonces capital de la nueva Nación, el 30 de Abril de 1789.

En esa ceremonia, George Washington, como postura de reconocimiento a Francia y España por su ayuda a la Independencia, en el desfile de autoridades, colocó a su derecha al Marqués de La Fayette y a su izquierda a Don Diego María de Gardoqui.

Diego Gardoqui, manteniéndose en su postura original por las razones históricas que veremos en el siguiente apartado, renunció a su cargo en Nueva York y embarcó hacia España el 10 de Octubre de 1789, a la que llegó el día 13 de Noviembre.

Pero la Corona seguía contando con él, de modo que al año siguiente, 1790, fue nombrado por el rey Carlos IV (que había sucedido a Carlos III) para el cargo de Director General de Comercio y Consulados de Comercio de España e Indias.

Al siguiente año, 1791, fue habilitado como Secretario de Despacho de Hacienda, en sustitución interina del Conde de Lerena, que estaba enfermo de gravedad y no podía atender su importante cargo.

Al cabo, el 25 de Marzo de 1792, fue designado como titular del cargo, en el que permaneció a lo largo de los siguientes cuatro años.

Cesó para ser designado, el 25 de Noviembre de 1796, por Carlos IV, Embajador ante la Corte de Cerdeña, con sede en Turín.

Y allí falleció, al servicio de la Corona, el día de su 63 cumpleaños, el 12 de Noviembre de 1798.

3.- EL MISISIPI Y LA CUESTIÓN DE SU SOBERANÍA

La cuestión de la soberanía española sobre la circulación naval en el río Misisipi era un tema muy sensible para la opinión ilustrada de la España del siglo XVIII, puesto que se consideraba que el río y sus territorios limítrofes pertenecían a la Corona por descubrimiento y conquista.

Por ello, Diego de Gardoqui se resistía a la dejación de su soberanía, entendiendo que esa postura acomodaticia hacia la nueva Nación norteamericana terminaría en asunción por ésta de la soberanía absoluta (como terminó sucediendo), dada su condición insaciable, que Gardoqui conocía bien.

El descubrimiento del curso del río Misisipi por los españoles procede del de Florida, explorada ya desde el reinado de los Reyes Católicos.

En efecto, Don Juan Ponce de León, embarcado con Cristóbal Colón en su IIº Viaje a las Indias, tras la toma de la isla de Puerto Rico en 1509,

descubrió para la Corona, el 27 de Marzo de 1513, la península de Florida (a la que denominó así por ser tiempo de la Pascua Florida).

Ponce de León regresó a España en 1514, para dar parte al rey, Don Fernando el Católico, de sus descubrimientos. Este le nombró Gobernador de la Florida, a la que regresó para empezar su colonización en 1521.

Pero en ese mismo año resultó herido de muerte en un encuentro con los indios, siendo llevado de regreso a La Habana, en la que estaba su base, en la que falleció en Junio de ese año de 1521.

Posteriormente intervino en Florida como Adelantado de la Corona de España, Don Pánfilo de

Narváez, quien debió de pensar que la crueldad frente a los indios les reduciría.

La expedición de Narváez se distinguió por su extrema violencia, pero el continuo acoso de los indios terminó con los expedicionarios, al punto que sólo regresaron cuatro supervivientes, entre los que se contaba Don Alvar Núñez Cabeza de Vaca, que redactó un memorando para la Corona explicando el desastre de la expedición de Narváez.

Ese informe cayó posteriormente en manos de un personaje histórico ilustrísimo, Don Hernando de Soto, extremeño de humilde origen que en 1516 marchó a América en la expedición de Don Pedro Arias Dávila al Darién, dentro de la vieja gobernación de Castilla del Oro.

Posteriormente participó De Soto en el descubrimiento de la costa de Nicaragua y en su conquista, con la expedición de Hernández de Córdoba.

Como hombre de acción, pasó después a participar con Francisco Pizarro en la conquista del Perú, desde 1532. Durante ella trabó relación amistosa con el rey indígena Atahualpa, al que intentó salvar enfrentándose con Pizarro.

Como resulta de esos enfrentamientos, disconforme con los métodos de Pizarro, abandonó la expedición, regresando a España en 1535, para establecerse en Sevilla.

En esa ciudad contrajo matrimonio con Doña Isabel de Bobadilla, hija de su primer comandante Don Pedro Arias Dávila.

Gracias a las relaciones de la familia de su esposa en la corte del Emperador Carlos V, pudo convencer a éste de que le enviara como Adelantado a la Florida, aventura con la que estaba obsesionado desde que conociera el memorando de Don Alvar Núñez Cabeza de Vaca, sobre la fracasada expedición de Don Pánfilo de Narváez.

Por cierto que, dicho sea de paso, Don Alvar Núñez Cabeza de Vaca, junto a Don Esteban Azamor, habían participado también en una exploración a los actuales territorios de Carolina del Norte y de Texas.

Aportando para la empresa la fortuna que había traído del Perú, De Soto logró que el Emperador le nombrara Gobernador de Cuba y Adelantado de la Florida.

El 6 de Abril de 1538 partió su flota, compuesta de 7 naos acompañadas de 3 bergantines, de Sanlúcar de Barrameda, en la que viajaba De Soto junto con su esposa y 950 compañeros de expedición.

Aprovechando el viaje embarcó con ellos en la nao capitana, la “San Cristóbal”, Doña María de Toledo, Virreina de las Indias, con destino a la isla La Española, razón por la que recibieron una escolta de 20 navíos comandados por Don Gonzalo de Salazar.

La expedición de Hernando de Soto tocó puerto el 7 de Junio, en Santiago de Cuba, siendo recibidos por el capitán Don Vasco Porcallo de Figueroa (que por cierto había fundado las villas de Trinidad, Puerto Príncipe, Sancti Spíritus y San Juan de los Remedios), aportándoles 50 caballos para su exploración en Florida.

Trasladados todos a La Habana, Hernando de Soto culminó los preparativos de su viaje a Florida, dejando a su mujer Doña Isabel de Bo-

badilla como Gobernadora en su ausencia, con el auxilio del jefe militar de la plaza Don Juan de Roxas.

El 19 de Mayo de 1539, partieron de La Habana con una flota de 5 naos, 2 carabelas y 2 bergantines, para trasladar mil hombres con 350 caballos.

En seis días tomaron tierra en la bahía del Espíritu Santo (Tampa Bay), regresando con la flota a La Habana Don Vasco Porcallo, que dejó a su hijo Lorenzo con De Soto.

Hernando de Soto, hostigado constantemente por los indios Semínolas, se adentró en Florida, estableciendo en invierno un campamento estable en Anhaica, cerca del lago Tallahas.

Con la primavera se adentró en las montañas Apalaches, cruzando Georgia, las dos Carolinas, Tennessee, Alabama, Arkansas, Oklahoma y Texas.

El 8 de Mayo de 1541 los cuatrocientos miembros supervivientes de la expedición avistaron el río Misisipi, siendo los primeros europeos en descubrirlo.

Pero en las márgenes del Misisipi, buscando la Fuente de la Eterna Juventud (según la leyenda india), encontró la muerte el Adelantado Don Hernando de Soto, el 27 de junio de 1542.

Su aventura abrió la puerta para que su sucesor, Don Pedro Menéndez de Avilés, dominara Florida para la Corona de España, sometiendo a los belicosos indios.

Conocidos estos hechos muy bien por las gentes intelectualmente preparadas en España, no es de extrañar que considerasen esos territorios norteamericanos como propios, sujetos de su dominio y propiedad de la Corona por derecho de conquista (algo propio del Derecho universal en aquellos tiempos).

Por ello, al igual que en relación al resto de las Colonias españolas en América, no estaban dispuestos a hacer dejación de lo que consideraban su derecho natural.

Eso explica el empecinamiento de Don Diego de Gardoqui en la oposición a la cesión de la soberanía exclusiva de España respecto a la navegación en el Misisipi, que le costó el cargo de primer embajador (con el título de Representante Plenipotenciario de Negocios, como ya queda dicho) de España en los nuevos EE.UU. de Norteamérica.

4.- LA CONTRIBUCIÓN DE ESPAÑA A LA INDEPENDENCIA DE LOS EE.UU.

Desde el primer momento, el gobierno de la Corona de España estuvo al lado de las propuestas independentistas de Benjamín Franklin en las colonias inglesas de Norteamérica, mayormente por oposición a Inglaterra, al igual que sucedió con Francia.

En ésta, la muerte de Luis XV en 1774, supuso la ascensión al trono de su nieto Luis XVI, cuyo ministro Charles Gravier, Conde de Vergennes, convenció al monarca de la conveniencia de apoyar en secreto a los revolucionarios norteamericanos, para así socavar el poderío británico.

Ese apoyo, discreto y oculto, se acentuó más tarde con el directamente dado a los representantes de los rebeldes que viajaron a Francia para recabarlo, Benjamín Franklin, Arthur Lee y Silas Deane.

En colaboración con la posición francesa, el ministro de la Corona de España, Grimaldi, dirigió una misiva diplomática fechada en Madrid el 27 de Junio de 1776, dirigida al representante español en Paris, Aranda (que había sido nombrado Embajador de España en París en 1773, por Carlos III), en la que le informaba del apoyo del rey a la postura de Francia para asistir en secreto a los rebeldes norteamericanos.

Seguramente esos apoyos, previamente conocidos, coadyuvaron a la inmediata Declaración de Independencia de las colonias norteamericanas, del 4 de Julio del mismo año.

En la misiva de Grimaldi a Aranda se le informaba también de que Carlos III había aprobado, igualmente en secreto, un crédito del Tesoro Real por importe de un millón de libras a favor de los revolucionarios norteamericanos.

De la postura del gobierno de España informó Aranda, personalmente en París, al comisionado norteamericano Silas Deane.

Al propio tiempo, el también Ministro de la Corona, Don José de Galvez, Marqués de la Sonora, libró instrucciones desde Madrid al Gobernador de la Habana para que enviara representantes ante los rebeldes, para coordinarse con ellos.

Grimaldi fue reemplazado como Ministro de la Corona en 1776 por el Embajador de España en Roma, Floridablanca.

Para el envío de la ayuda a los rebeldes, con discreción, Francia utilizó una compañía mercantil de transporte marítimo, la “Roderique Hortales et Cie”, dirigida por Pierre Agustín Caron de Beaumarchais, a la que España aportó, al igual que Francia, un millón de libras.

El mismo sistema fue utilizado por la Corona española con la sociedad familiar bilbaína de los Gardoqui, como ya hemos visto.

En el mes de Diciembre del año de 1776, el Gobernador español de la Luisiana, Don Luis Unzaga y Amézaga, que había recibido previamente la visita al efecto del comisionado rebelde George Gibson, dispuso para los revolucionarios armas, municiones, ropa y quinina, que había recibido desde España para su ayuda.

Simultáneamente los españoles enviaron a los rebeldes cañones y pólvora desde La Habana y desde México.

En el mismo mes de Diciembre de 1776, el día 29, Franklin, Lee y Deane se reunieron en París con el Embajador de España, Aranda, reunión que completaron el 4 de Enero de 1777.

El objetivo de los comisionados rebeldes era solicitar de Carlos III un ataque de España, apoyado por los rebeldes, sobre las posiciones británicas en Pensacola. Pero el gobierno español, en sintonía con la postura acordada con Francia, mantuvo su línea de apoyo secreto, tal y como se le confirmó a Arthur Lee en Madrid, en Febrero de 1777.

Esa ayuda conjunta de España y Francia, en armas y munición, fue de gran importancia para los rebeldes, que hostigaron a los británicos hasta conseguir la capitulación en Saratoga del General británico John Burgoyne, en Octubre de 1777.

La capitulación británica de Saratoga fue crucial en la guerra de la independencia de las colonias norteamericanas, marcando un punto de inflexión a favor de los rebeldes.

Así, en Febrero de 1778, Francia levantó el velo de su apoyo secreto a los rebeldes, reconociendo abiertamente su Independencia y declarando posteriormente la guerra a Inglaterra, el 17 de Junio de 1778.

España se ofreció como mediadora entre el gobierno británico y los rebeldes, pero ante la negativa de los ingleses a su intermediación, terminó por declarar la guerra a Inglaterra el 21 de Junio de 1779, al tiempo que reconocía oficialmente la Independencia de los EE.UU. de Norteamérica.

Con ello España inició sus acciones militares contra los ingleses en América. En el mismo año de 1779, Don José Rosado tomó el cayo Cocina y el coronel Don Francisco Piñeiro expulsó a los británicos de Campeche.

También en 1779, el general Don Bernardo de Gálvez, Gobernador de La Luisiana, derrotó al ejército británico en las batallas de Manchac, Baton Rouge y Natches.

Al año siguiente, 1780, Don Bernardo de Gálvez rindió al coronel Dunford en Mobile. Y el 7 de Mayo de 1781 rindió Pensacola, como habían soñado los rebeldes, haciendo prisioneros al general John Campbell y al almirante Chester, junto a 1.400 soldados.

Otras tropas del ejército español, entre tanto, protegieron el alto Misisipi y el río Ohio, derrotando a los británicos en San Luis (Missouri) y en Michigan, al tiempo que apoyaron a George Rogers Clark en las batallas de Vincennes (Indiana), Kaskaskia y Cahoria (Illinois).

Por su parte Gálvez bajó la costa atlántica hacia la Bahía de Chesapeake, para ayudar a George Washington a derrotar a Lord Cornwallis en Yorktown, el 19 de Octubre de 1781.

Al año siguiente, 1782, Gálvez volvió a derrotar a los británicos, consiguiendo tomar la base naval de New Providence, en Las Bahamas.

Además los españoles acosaron a los británicos al sur, para dificultarles las ayudas, atacando sus bases en el Golfo de Honduras y en la Costa de los Mosquitos.

Por último, las fuerzas españolas prepararon la toma de Jamaica, pero los preparativos quedaron suspendidos ante las negociaciones que culminaron con el Tratado de París del 10 de Febrero de 1783, que puso oficialmente fin a la guerra, reconocía la Independencia de los EE.UU. de Norteamérica y la soberanía española sobre la costa septentrional del Golfo de México.

Previamente, en el año 1780, había fallecido Don Juan Miralles, que había sido enviado como representante de España ante el Congreso Norteamericano (el cual comisionó en Madrid a John Jay, como representante plenipotenciario, y a William Carmichael, como Encargado de Negocios).

En sustitución de Miralles la Corona designó a Don Diego María de Gardoqui, pero no como mero comisionado, como lo había sido Miralles, sino como plenipotenciario Encargado de Negocios, título equiparado por sus facultades al embajador, con sede en Nueva York, como ya hemos visto.

Los temores de Gardoqui sobre las exigencias norteamericanas se confirmaron cuando, en Abril de 1794, el representante de la nueva Na-

ción, John Jay, viajó a Londres con el objetivo de negociar con Inglaterra un tratado de amistad.

Para tratar el tema se reunió en España el Consejo de Estado, el 7 de Julio de 1794, sesión en la que Gardoqui volvió a manifestar su temor ante las ansias territoriales de la nueva Nación, con el apoyo del valido Godoy y del ministro Campomanes.

Pero en Noviembre de ese año de 1794 se firmó en Londres el Tratado de amistad entre Inglaterra y los EE.UU. de Norteamérica.

Ante las continuas exigencias norteamericanas, la Corona de España, en 1800, terminó por firmar con la nueva Nación el llamado Tratado de San Lorenzo, en el que se les cedía el derecho a la libre navegación por el Misisipi, la franquicia del puerto de Nueva Orleans y La Florida occidental (fijándose la frontera en el paralelo treinta y uno de latitud norte).

Lo que confirmó los temores al respecto de Diego de Gardoqui, otorgando razón a sus posiciones anteriores, que le habían supuesto el fin de su aventura americana.

BIBLIOGRAFÍA

BALLESTEROS-GAIBROIS, Manuel. “El vasco Diego de Gardoqui, primer Embajador de España ante los EE.UU. de América”. En *Euskal Herria y el Nuevo Mundo: la contribución de los vascos a la formación de las Américas*. Edic. Univ. Pública Vasca. Bilbao, 1996.

BASURTO, Román. “Linajes y fortunas mercantiles del Bilbao del siglo XVIII”. *Rev. Estudios Marítimos del País Vasco*. Nº. 4. San Sebastián, 2003.

BERROA UBIERA, Francisco Modesto. “Génesis y evolución de los Estados Unidos de América”. Universidad Autónoma de Santo Domingo, 2007.

CALDERÓN CUADRADO, Reyes. “La Compañía Comercial Gardoqui e Hijo, 1760-1800”. Edic. Gobierno Vasco. Vitoria, 1992.

CALDERÓN CUADRADO, Reyes. “Gritos de Independencia”. Edit. Encuentro. Madrid, 2004.

CALDERÓN CUADRADO, Reyes. “Empresarios españoles en el proceso de independencia norteamericana: la casa Gardoqui e Hijo de Bilbao”. Unión Editorial. Madrid, 2004.

CALDERÓN CUADRADO, Reyes. “La Casa Gardoqui”. Rev. de Humanidades y Ciencias Sociales. Nº. 17. Bilbao, 2006.

CAVA MESA, María Jesús y Begoña. “Diego María de Gardoqui, un bilbaíno en la diplomacia del siglo XVIII”. Edic. BBK. Bilbao, 1992.

DÍAZ TRECHUELO, Lourdes. “América en el reinado de Carlos IV”. En Gran Historia Universal. Tomo 31, Capítulo 4º. Madrid, 1990.

RILOVA JERICÓ, Carlos. “Para recordar El Alamo”. Rev. Hispania Nova. Nº. 5. Madrid, 2005.

RUEDA SOLER, Natividad. “La Compañía de Comercio Gardoqui e Hijo: 1770-1780. Sus relaciones políticas y económicas con Norteamérica”. Edic. Gobierno Vasco. Vitoria, 1992.

THONHOFF, Robert H. “Vital contribución de España en el triunfo de la Revolución Americana”. Karnes. Texas, 2006.

WERTZ, William y MORENO de COTA, Cruz del Carmen. “La España de Carlos III y el sistema americano. La participación de España en la Revolución Americana”. Instit. Schiller. Washington, 2001.

Política de defensa del usuario de servicios financieros. Bases conceptuales

ADRIÁN ZELAIA ULIBARRI
Ekai Center. Presidente Ejecutivo

Sobre las Bases Conceptuales de la Política de Defensa del Consumidor de Servicios Financieros:

NECESIDAD DE UNA POLÍTICA ESPECÍFICA

1. La tradicional justificación de la necesidad de políticas específicas de protección del usuario de servicios financieros se ha asentado, sintéticamente, en los conceptos siguientes:

- a) La necesidad de evitar que la protección jurídica de los derechos del usuario sea teórica más que real, como consecuencia del coste o la complejidad de las reclamaciones.
- b) La necesidad de corregir imperfecciones habituales de la relación entre empresa y cliente: déficits de información o comprensión, posiciones de dominio de las empresas sobre los usuarios, ...
- c) La necesidad de compensar imperfecciones estructurales del mercado financiero: dominio del mercado / regulación / protección pública.

2. El consumidor de servicios financieros tiene especiales problemas por razones estructurales del sector:

- a) Progresiva complejidad y falta de transparencia
- b) Creciente lejanía entre el ahorrador y el receptor de la inversión.
- c) Insuficiente “disciplina de mercado”
- d) Falta de fiabilidad de la acción pública protectora del consumidor

EFFECTOS DE LA CRISIS FINANCIERA

3. La crisis financiera ha puesto de relieve déficits esenciales en la protección del usuario de servicios financieros, tanto como depositante / inversor como en cuanto prestatario.

4. La crisis financiera ha llevado también a trastocar las prioridades de las políticas de protección del usuario. Ya no preocupan tanto figuras contractuales u operaciones financieras concretas y los problemas a abordar se centran en los dos siguientes:

- a) La necesidad de proteger a familias y empresas frente a la caída del crédito bancario
- b) La protección de los depositantes frente a riesgos de determinadas entidades bancarias o frente a una posible elevada inflación.

FALTA DE TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DEL USUARIO

5. La falta de transparencia en las operaciones financieras ha sido uno de los factores clave que contribuyeron a la crisis actual. Es cierto que, con fre-

cuencia, se ha utilizado la complejidad de los contratos financieros como una excusa para justificar la falta de transparencia. Pero también lo es que, en ocasiones, esta complejidad ha sido voluntariamente diseñada precisamente con el objetivo de dificultar la correcta comprensión de las operaciones.

Las medidas de mejora de la transparencia en las operaciones financieras son esenciales para combatir el cortoplacismo, la excesiva asunción de riesgos y las conductas pro-cíclicas.

6. Los recientes posicionamientos de la Unión Europea se han mostrado favorables a combatir la falta de transparencia mediante un seguimiento y regulaciones exhaustivos, con el objetivo de que “ningún agente, ningún mercado o ningún producto” quede exento de una adecuada regulación y supervisión.

El objetivo pretendido por la U.E. es el de garantizar que se dispone de información apropiada y fiable no sólo sobre las características de los productos, sino también sobre el funcionamiento de los mercados financieros. Estrategias como el Marco Europeo de Supervisión, la regulación de las agencias de rating o el nuevo régimen de sanciones, pretenden asegurar que las autoridades reguladoras dispongan también de las herramientas adecuadas para garantizar la correcta supervisión del sector.

La mejora de la responsabilidad y de la protección del usuario se pretende conseguir a través de medidas contra el abuso de mercado, sanciones más estrictas y mejoras de gobierno corporativo.

LA SORPRENDENTE INACTIVIDAD POLÍTICA

7. La reforma de la Política de Defensa del Usuario de Servicios Financieros –y, en conjunto, la reforma de la regulación financiera europea– llega excesivamente tarde. Han transcurrido ya tres años y medio desde el estallido de la crisis financiera en julio de 2007 y aún no se han adoptado medidas de fondo al respecto.

Esta inactividad, evidente en la generalidad de los Estados occidentales y en la Unión Europea, se detecta también en el ámbito del G-20, en el que parece que los distintos países han depositado sus esperanzas para la adopción de medidas de reforma que, transcurridos los años, no acaban de ponerse en marcha.

LAS MEDIDAS DE GOBIERNO CORPORATIVO NO SON UN INSTRUMENTO SUSTANCIAL

8. Las estrategias y la Hoja de Ruta definidas en la Unión Europea para la reforma de la regulación de la defensa de los usuarios de servicios financieros confían excesivamente en las medidas de gobierno corporativo. Ninguna reforma del gobierno corporativo de las entidades financieras puede superar los problemas estructurales del sistema financiero, más relacionados con el insuficiente nivel de competencia interna, la configuración de los bancos centrales y el sistema bancario y monetario en su conjunto.

En concreto, el cortoplacismo y la excesiva asunción de riesgos no es en absoluto una consecuencia de prácticas de gobierno corporativo incorrectas, sino producto directo de un sistema que incentiva directamente la asunción excesiva de riesgos a corto plazo con el amparo de la expectativa razonable y constatada de acceso privilegiado a los recursos públicos cuando son necesarios para resolver los déficits generados.

LA REGULACIÓN DE INSTRUMENTOS CONCRETOS NO ES SUFICIENTE

9. La Unión Europea ya ha adoptado algunas medidas concretas de interés para la protección de los consumidores en operaciones como el crédito al consumo o la venta a distancia de servicios financieros.

10. No obstante, regulaciones puntuales y exhaustivas de operaciones e instrumentos financieros específicos difícilmente van a resolver a medio plazo los problemas derivados de los recursos financieros privilegiados aportados al sector bancario por los bancos centrales y el altísimo incentivo al riesgo que los mismos generan.

INNOVACIÓN FINANCIERA Y GLOBALIZACIÓN

11. Es cierto que los desarrollos técnicos en conjunto denominados como “innovación financiera” han transformado la gestión de riesgos de las entidades financieras, los precios y el catálogo de productos. A la vez, la desintermediación financiera, la transferencia y securitización del riesgo de crédito, han distorsionado seriamente la percepción del riesgo de las entidades que en cada momento adoptan las decisiones de crédito.

12. Los pequeños ahorradores/inversores con frecuencia no tienen información correcta sobre el destinatario final o sobre los intermediarios en los que están invirtiendo. La información es fundamental para el correcto funcionamiento del mercado y para la defensa de los intereses de los usuarios.

13. Las ventajas teóricas de la globalización financiera parecían evidentes: maximizar la eficacia de la intermediación, extender a todo el mundo la posibilidad de conectar los entornos/países con ahorro y los que necesitan recursos para consumo o inversión y maximizar la conexión entre oferta y demanda de recursos financieros a nivel global.

Sin embargo, ahora parece evidente que la globalización financiera, más que una oportunidad, se ha convertido en un problema de fondo. Frente a las teóricas ventajas citadas, la globalización ha disparado los riesgos que para los usuarios se derivan de los defectos de información:

- a) Cuanta mayor lejanía entre el depositante/inversor y el destinatario, menor es el conocimiento del destino final y mayores los riesgos.

- b) El conocimiento sobre el destinatario final de las inversiones es insuficiente.
- c) El conocimiento sobre el intermediario es insuficiente.
- d) El poder en manos de las agencias de rating es excesivo. La lejanía obliga a depender de este tipo de intermediarios
- e) Con frecuencia, los recursos no provienen de los ahorradores, sino de donde se “crea” dinero artificialmente: Bancos Centrales, Wall Street/City, ...
- f) El peso de los factores “de imagen” de la entidad intermediaria es excesivo.

De esta forma, ahora parece evidente que son mucho más importantes los problemas derivados de la globalización financiera que sus ventajas, como consecuencia de la pérdida de enraizamiento de las entidades financieras y de la pérdida de la perspectiva del riesgo derivada del alejamiento entre ahorrador y receptor final de los recursos.

Ni la regulación financiera ni la capacidad de gestión de las crisis financieras han avanzado de forma coherente con estos cambios del entorno financiero.

AGENCIAS DE RATING

14. Es precisamente el alejamiento entre ahorrador y destinatario de los recursos financieros generado por la globalización lo que ha generado un desconocimiento de los riesgos reales y el consiguiente auge de las agencias de rating como referencia necesaria para los inversores, a falta de un conocimiento real directo.

La concentración e insuficiente nivel de competencia entre las agencias de rating, junto al poder político de las mismas, ha evidenciado la necesidad de una intervención pública directa en este sector. Es necesario al respecto:

- Cuestionarse los criterios de Basilea soportados en las valoraciones de las agencias de rating.
- Establecer incompatibilidades más estrictas
- Crear agencias de rating públicas

MERCADO DE DERIVADOS

15. Es sorprendente que durante estos años transcurridos de crisis, aún no se hayan adoptado medidas contundentes con respecto al mercado de derivados. Ni la prohibición que ya en 2007 propusieron numerosos expertos y responsables políticos, ni la prohibición parcial de los contratos sin contrapartida de un riesgo real, ni siquiera una estandarización o regulación de los contratos o la obligatoriedad de contratación en mercados organizados como se plantea ahora la Unión Europea.

Es evidente que la trascendencia de estas operaciones para la gran banca occidental hacía políticamente difícil emprender actuaciones contundentes en este mercado. Por otro lado, la importancia de sus efectos en las entidades financieras obligaba probablemente a enmarcar esta posible actuación en un paquete de medidas más amplio de reestructuración del sector financiero occidental, reestructuración que debería haberse abordado y que no ha tenido lugar.

LA INTERCONEXIÓN ENTRE BANCA COMERCIAL Y MERCADO DE VALORES

16. Por su parte, la desregulación financiera de las últimas décadas ha tenido como consecuencia el fenómeno de la “interconexión” entre el mercado bancario y el mercado de capitales, que ha supuesto un daño evidente para la protección de los derechos de los depositantes de la banca comercial.

Como consecuencia de esta interconexión:

- Se ha incentivado que los bancos comerciales invirtieran en operaciones especulativas, poniendo en grave riesgo los intereses de los depositantes.
- Los activos de alto riesgo se han estado beneficiando de la cobertura pública y los tipos de interés privilegiados en principio destinados a la actividad bancaria comercial.
- Los inversores en activos especulativos se han beneficiado “incluso de las políticas de rescate bancario”, que sólo tienen sentido para proteger a la banca comercial.

Parece evidente la trascendencia que esta interconexión ha tenido en el origen de esta crisis financiera.

17. El sector bancario tiene una naturaleza específica como sector protegido y con niveles de competencia limitados. Los riesgos habituales del sector bancario para sus depositantes (y los resultados) se han multiplicado como consecuencia de la intervención sistemática de los bancos en los mercados especulativos.

Como ya hemos indicado, el gobierno corporativo y los sistemas remunerativos de los ejecutivos financieros no son el problema sino un mero síntoma. El problema esencial es probablemente el alto incentivo al riesgo derivado de un sistema de protección pública mal gestionado. Este riesgo se ha multiplicado al permitir a los bancos entrar masivamente en operaciones de alto riesgo en los mercados.

El carácter de “entidades bancarias” constituye en sí mismo para los directivos de los grandes bancos, como consecuencia de la protección pública y del acceso privilegiado a la influencia política, una conciencia de riesgo limitado de sus actividades.

Estos defectos estructurales del sistema bancario sólo pueden tener justificación en el contexto de la banca comercial, en el que se pretende

asegurar la protección de los depositantes y del crédito productivo. Proteger con recursos públicos actividades especulativas en los mercados financieros carece de cualquier tipo de justificación social o económica y provoca un evidente incremento del riesgo para los depositantes.

Por todo ello, la desconexión entre mercado bancario y mercado de valores debería ser una prioridad de la política de regulación del sector financiero y en la protección de los usuarios en los países occidentales.

A la vez, sería necesario un activo posicionamiento político para actuar también sobre los efectos ya sufridos en el sector bancario como consecuencia de la interconexión y evitar al menos que el riesgo ya generado en la especulación en los mercados financieros:

- a) Se beneficie de ayudas públicas que sólo corresponden a la actividad bancaria
- b) Arrastre a las entidades bancarias comerciales (depositantes y prestatarios)
- c) Arrastre a la economía real, gobiernos, familias y empresas.

REGULACIÓN FINANCIERA Y POLÍTICAS ANTI-CRISIS

18. Aunque en ocasiones parece darse a entender lo contrario, en principio, el objetivo “conceptual” de la actual oleada reguladora de los servicios financieros en la UE y en el G-20 *no es* la lucha contra la crisis.

El objetivo “conceptual” real de estas medidas, tal como han puesto de manifiesto repetidamente en los documentos de la Comisión Europea, no es otro que “evitar que lo que ha sucedido vuelva a suceder”.

Ello acredita que todas estas medidas, aunque se hagan efectivas, no van a resolver la actual situación de sobrefinanciación acumulada en las familias, empresas y estados, la falta de crédito bancario o los riesgos de los depositantes y de los titulares de créditos-vivienda.

SOBRE EL CRÉDITO-VIVIENDA

19. Ante la realidad de una crisis financiera que puede continuar y agravarse, los desahucios por impagos de créditos-vivienda pueden convertirse en un problema estructural y una tragedia colectiva en ciertos países occidentales, tanto desde el punto de vista humano como social y económico.

Si bien, desde un punto de vista teórico, cabría argumentar que una persona concreta debiera ser responsable de haber solicitado un crédito que no debía, esta argumentación pierde toda su base cuando es el conjunto de una sociedad el que se ha sometido a esta dinámica y cientos de miles o millones las familias con dificultades para hacer frente al reembolso de los créditos.

De cualquier forma, complementariamente, cabe preguntarse si una sociedad avanzada puede permitirse abandonar a su suerte a cientos de miles/millones de personas.

Si la crisis financiera continúa avanzando en la dirección que se teme, no habrá otro remedio que compartir responsabilidades a través de la reestructuración de la deuda. Fundamentalmente en lo que respecta a los créditos-vivienda, es imprescindible abordar con urgencia la preparación de la normativa necesaria al respecto.

No es sólo una cuestión de solidaridad, sino de supervivencia de nuestra estructura social y productiva.

SOBRE LA PROTECCIÓN DEL AHORRADOR FRENTE A LA INFLACIÓN

20. Desde el inicio de la crisis financiera, los Bancos Centrales (y, sobre todo, la Reserva Federal USA) están disparando la oferta monetaria. Esto supone un riesgo evidente de elevada inflación a medio plazo, en el momento de reanimación del crédito bancario.

Otro hipotético riesgo sería que, tras una eventual ruptura de la Eurozona, los países con problemas de competitividad recurrieran inmediatamente a la devaluación.

La inflación es una forma de redistribución de recursos más injusta, y social y económicamente más perjudicial, pero con menor coste político que la subida de impuestos o la reducción de gastos sociales.

La protección del ahorrador frente a la pérdida de valor del dinero sólo puede provenir de un sistema monetario con mayores garantías de estabilidad que el actual o bien de una adecuada gestión política, manifestada en:

- a) Una gestión prudente y rigurosa de los bancos centrales
- b) Sensibilidad política y social frente a los efectos “injustos” de las devaluaciones.

LAS POLÍTICAS REGULADORAS

21. También en las políticas de defensa del usuario de servicios financieros, un posicionamiento excesivamente simplista ha llevado a generar una dialéctica política centrada en la opción entre “mayor o menor” regulación.

Sin embargo, como hemos puesto repetidamente de manifiesto en EKAI Center, el sector financiero es probablemente el más regulado. No sólo se regula la actividad financiera, la información, el destino de los resultados, ... Incluso el precio de las “compras” de dinero es determinado por el Estado (bancos centrales)

La cuestión clave no es, por lo tanto, mayor o menor regulación, sino asegurar que las decisiones regulatorias (tanto el qué se regula o no como el cómo se regula) se adoptan en base al interés general y no en base a intereses particulares.

Con excesiva frecuencia, una regulación aparentemente “limitativa” y defensora de los derechos de los usuarios tiene como efecto restringir la competencia e incluso “beneficiar” a las entidades reguladas.

ALGUNAS CLAVES PARA LA REFORMA

- La nueva Política de Defensa del Consumidor de Servicios Financieros debe apostar por el reconocimiento y fomento de las entidades financieras “pegadas al terreno”. La globalización financiera no está funcionando.
- Es imprescindible atacar de forma inmediata y decidida la “interconexión” entre los mercados bancario y de valores. Sólo el depósito y el crédito deberían ser beneficiarios de protección pública. Banca comercial y banca de inversión deberían estar perfectamente diferenciadas tanto a efectos de la utilización del recurso a los bancos centrales como a efectos de las políticas de rescate.
- Debe replantearse el sistema de tipos de interés de la banca central, limitando su financiación privilegiada al crédito social y al crédito productivo.
- Deben regularse de forma sustancialmente más estricta las agencias de rating y los instrumentos financieros derivados
- La salida de la crisis financiera exige dar prioridad a reanimar el crédito productivo y a garantizar los depósitos bancarios. Para ello es imprescindible una política de estricto ajuste de la actividad bancaria con finalización del sistema de interconexión.
- Finalmente, es evidente que el deterioro de la estructura y del funcionamiento del sector financiero se debe en buena parte a los defectos en la gestión política derivados de la excesiva influencia política de determinadas entidades del sector finan-

ciero. La resolución de los problemas de fondo del sistema financiero exige abordar los déficits estructurales de la gestión política de una buena parte de los estados occidentales.

UN BAÑO DE REALIDAD

23A pesar de la gravedad y urgencia de las actuaciones a realizar, la realidad de la acción política en relación con este tema es la siguiente:

- El G-20 “ha decidido” que en 2011 “analizará” vías “para avanzar” en la protección de los consumidores en el mercado financiero.
- La UE ha aprobado una “Hoja de Ruta”.
- Basel III “incrementará” los requisitos de capital de los bancos.

Como conclusión, aunque sea difícil de creer, la realidad es que, tras tres años y medio de crisis financiera ... aún no se han adoptado decisiones significativas en el ámbito de la defensa del usuario de servicios financieros.

ALGUNOS COMENTARIOS FINALES

24. Aunque la necesidad de proteger al consumidor de servicios financieros ha adquirido una relevancia dramática como consecuencia de la crisis financiera, la pasividad política de los 3 primeros años de crisis ha provocado un cierto escepticismo .

Ello es más preocupante aún si tenemos en cuenta que las medidas adoptadas no son en realidad medidas contra la crisis (deuda acumulada, caída del crédito, crédito vivienda), sino “para evitar que vuelva a suceder”.

Es urgente una reflexión de fondo sobre cómo actuar con la sobrefinanciación acumulada de las familias y las empresas de una forma lo

menos traumática posible pero asegurando una reducción progresiva del riesgo “sistémico” de la misma.

Tanto en las medidas regulatorias a adoptar como en la gestión de los recursos, es necesario dar prioridad al mantenimiento de nuestra estructura social y productiva frente al mantenimiento de las “cifras de balance” de determinadas entidades.

Ezkutuko transferentziak eta ekonomi ituna, Luxenburgoko auzitegiaren epaiari aipamena¹

ANE MIREN ZELIA ARIETA-ARAUNABEÑA

Deustuko Unibertsitatea

SARRERA, **1.** TESTUINGURU JURIDIKOA. A. Espainiako konstituzioa: B. Autonomi Estatutua. C. Ekonomi Ituna. D. Lurralde Historikoetako Arauak. E. Europar Batasuneko Zuzenbidea: Europar Batasunaren Jardunbiderako Ituna (lehen “Europar Erkidegoak Eratzeko Ituna” zeritzona). **2.** ESTATU LAGUNTZAK: EUROPAKO ARAUBIDEA. **3.** EUSKAL AUTONOMI ERKIDEGOAK: AUTONOMIA EKONOMIKOAREN AUZIA. A. Azores kasua. B. Autonomia ekonomikoa. C. Autonomia ekonomikoa Euskal Autonomi Erkidegoan: 1. Konpentsazioa kupoan. 2. Lurralde arteko konpentsazio funtsa. 3. Zerbitzu publikoen gutxieneko estaldura. 4. Ezkutuko transferentziak. 5. Gizarte segurantzak. 6. Euskal Solidaritate Funtsa. **4.** ONDORIOAK. **5.** BIBLIOGRAFIA

SARRERA

Euskal Ekonomi Itunari jarraiki, Euskal Autonomi Erkidegoak eskumena du finantza eta zerga arloan arauak emateko. Baina azken urteetan eskumen hori Europar Batasuneko zuzenbidearen aurkakoa ez ote den eztabaidatu izan da. Eztabaida horri erantzuna eman zion Auzitegi Gorenak 2004ko abenduaren 9ko epaian, non Lurralde Historikoetako fo-

¹ Lan hau Alberto Atxabal Rada irakasleak zuzendutakoa da.

ru-arau batzuetako (Sozietateen Gaineko Zergari buruzko foru-arauak, hain zuzen) artikuluak indargabetzen zituen. Bere epaia oinarritu zuen Europar Batasuneko Legerian, eta Ekonomi Itunak honekiko zituen bateraezintasunetan.

Horrela, Euskal Autonomi Erkidegoko Lurralde Historikoak ez omen ziren eskudun zerga-arloan arauketarik emateko, arauketa hori Espainiako Estatuan ezarritako arauketarekiko ezberdina bazen.

Tesi horrek Euskal Ekonomi Itunari egiten dion kaltea begibistakoa da, euskal lurraldeek mendeetan zehar izan duten eskumen bereizgarri bat ezabatzen baitu: zerga sistema propiorako eskumena. Europako Erki-degoko Justizia Auzitegiak, ordea, ondoratzetik babestu zuen Ekonomi Ituna, beranduago azalduko dugun Azores epaiaren bitartez. Epaia honetan argitu zuen Estaturaz azpiko erregioek arauketa fiskal propioa egiteko eskumena izan dezaketela, “test hirukoitza” deritzona gaingitzen badute, hau da, hiru autonomia maila betetzen badituzte: instituzioen autonomia, autonomia prozeduran eta autonomia ekonomikoa. Test hirukoitz hau aplikatu du berriro ere Europako Justizia Auzitegiak euskal kasua aztertzeko, eta Lurralde Historikoak garaile atera dira. Argi geratu da Ekonomi Itunean jasotako sistemak hiru autonomia mailak bermatzen dituela, eta hala ondorioztatu du baita ere Euskal Herriko Justizia Auzitegi Nagusiak, Luxenburgoko epaiaren osteko lehen barne-epaian. Epaia epai, ordea, eztabaidak hor dirau hainbat sektoretan.

Ez litzateke burugabekeria Euskal Ekonomi Ituna Euskal Herriaren autonomiaren islarik garrantzitsuena dela esatea. Horregatik, uste dut interesgarria dela itunari bere esentzia kentzen dioten tesi guztiei aurre egiten dien epai honen azterketa laburra egitea.

Horretarako, eta lanaren laburtasuna kontuan izanik, epaiaren arlo zehatz batean oinarrituko ditut ondorengo orrialdeak: autonomia ekonomikoari buruzko eztabaidan. Hain zuzen ere, ekonomi itunaren aurkako jarrera hartu dutenen argumentuetako batean: Espainiako Estatuaren eta Euskal Autonomi Erkidegoaren artean konpentsazio ekonomikoak dau-

dela eta, ondorioz, Lurralde Historikoez ez dituztela alde bakarrez jasaten neurri fiskal propioak aplikatzearen ondorioak. Izan ere, Estatuaren eta Euskal Autonomi Erkidegoaren artean ezkatuko transferentziak egon badaudela esan izan da, konpentsazio gisa jarduten omen duten transferentziak. Horrela, sistema fiskal propioa izateak eragin ditzakeen galerak ez omen ditu Autonomi Erkidegoak oso-osorik pairatzen, Estatuak konpentsatu egiten baititu.

Hala balitz, Euskal Autonomi Erkidegoak ez luke beteko autonomia ekonomikoaren betekizuna, eta Europar Batasuneko Zuzenbidea eskuan, ezingo luke zerga arloan arauketarik egin. Horregatik, egiatan hala den edo ez era laburrean aztertzeari ekingo diogu ondorengo orrialdeetan zehar. Baina horretarako gaia nolabait kokatzeari beharrezko derizot, eta hala hasiko dut esku artean dugun lan hau.

TESTUINGURU JURIDIKOA

Lanari benetan ekin baino lehen, beharrezko gerta liteke gaiaren inguruko testuinguru juridikoa nolabait kokatzea. Izan ere, iturri juridikoen aniztasuna da, zati handi batean, erregulazio fiskalaren inguruko nahasmendua sortu izanaren arrazoia. Kontuan eduki beharra dago Euskal Autonomi Erkidegoko foru lurraldeetako bakoitzak eskumena duela bere arau propioak argitaratzeko, Foru-Arauen formapean. Bestalde, Estatuak ere bere erregulazio propioa du, noski, lurralde erkidean aplikatzeko.

Amaitzeko, Europar Batasunak elkarlehia faltsutu dezakeen neurri ororen kontra azken urteetan hartutako jarrera gupidagabearen ondorioz, tributu arauketarako askatasuna zorrozki mugatzen duten hainbat arau argitaratu ditu.

Guzti horien laburpen txiki bat ikusiko dugu jarraian, lanean zehar agertuko diren arauak jasotzen dituen.

Espainiako konstituzioa:

31.artikulua:

1. Guztiek gastu publikoei eusten lagunduko dute, norik bere ekonomi ahalbidearen arabera; horretarako tributu sistema zuzena ezarriko da, berdintasun eta progresibitate printzipioetan oinarriturik, eta sistema hori ez da inoiz konfiskagarria izango.

138.artikulua:

1. Estatuak bermatzen du elkartasun printzipioa, Konstituzioaren 2.artikuluari aldarrikatua, eragingarritasunez betetzea; horretarako Espainiako lurraldeko toki ezberdinen artean oreka ekonomiko egoki eta zuzena ezar dadin zainduko du, eta bereziki, uharteen egoera hartuko du kontuan.

2. Autonomi erkidegoetako estatutuen artean ezberdintasunak egon arren, desberdintasun horiek ezin izango dute inoiz ekonomia eta gizarte pribilegiarik ekarri.

148 eta 149 artikuluek ezartzen dute zeintzuk izango diren autonomia erkidegoen eskumenak eta zeintzuk estatuarenak. Eskutan dugun gairako, garrantzitsua da, batez ere, 148.1.13 artikulua: *autonomia erkidegoen garapen ekonomikoa suspertzea, nazioaren politika ekonomikoak finkatu dituen helburuen barruan.*

149artikuluari jasotzen dira estatuaren eskumen eksklusiboak, tartean: *Gizarte segurantza, sistema monetarioa, estatu zorra, ogasun orokorra, ...*

156.artikulua:

1. Autonomia-erkidegoek, beren eskumenak garatu eta betearazteko, finantza autonomia izango dute, Estatu Ogasunarekin koordinazio-eta espainiar guztien arteko elkartasun-printzipioen arabera.

2. *Autonomia-erkidegoek estatuaren eskuorde edo laguntzaile moduan jardun dezakete, haren zerga-baliabideak bildu, kudeatu eta likidatzeko, legeen eta estatutuen arabera.*

158. artikulua

1. *Estatuaren Aurrekontu Orokorretan, diru-kopuru bat ezar daiteke Autonomia Erkidegoentzat, estatuaren zerbitzu eta jardueren artean autonomia-erkidegoek zenbat bereganatu dituzten kontuan hartuta; hori egiteko, bermatu behar da, Espainiako lurralde osoan, oinarritzko herri-zerbitzuen gutxieneko maila.*

2. *Lurraldeen arteko desoreka ekonomikoak zuzentzeko eta elkartasun-printzipioa eragingarritasunez betetzeko, Kompentsazio Funtsa eratuko da inbertsio gastuetarako; Gorte Nagusiek funts horren baliabideak banatuko dituzte autonomia-erkidegoen artean, eta, egoki bada, probintzien artean ere bai.*

1. Xedapen gehigarria

“Konstituzioak lurralde forudunetako eskubide historikoak babestu eta errespetatzen ditu. Foru araubide horren eguneratze orokorra, hala denean, Konstituzioaren eta Autonomia Estatutuaren eremuan burutuko da”.

Autonomi Estatutua

41.artikulua:

2- *Kontzertu Erregimenaren edukiak ondoko printzipio eta oinarriak errespetatuko ditu eta beroriei egokituko zaie:*

a) *Herralde Historikoetako instituzio bidezkoek, bere esparruan, zerga erregimena mantendu, ezarri eta erregulatu ahal izango dute, Estatuaren egitura orokor inpositiboari, kontzertu berean Estatuarekin koordinazio, fiskal armonizazio eta kolaborazioa izateko agertzen diren araei eta Komunitate Autonomoaren barruan*

helburu berdinak lortzeko euskal Biltzarrak diktatuko dituenen kasu eginez. Kontzertua Legez onartuko da.

d) Euskal Herriak Estatuari egingo dion ekarpena kopuru oso bat izango da, eta komunitate autonomoak bere gain hartzen ez dituen Estatuak hartutako kargen kontribuzio gisa lurralde bakoitzak emandako kopuruez osatuko da.

e) Aipaturiko kopuru osoa osatzen duten lurralde bakoitzari dagozkion kopuruak izendatzeko eta erabakitzen diren epeetan berritzeko, batzorde misto bat osatuko da, zein alde batetik Diputazio Foral bakoitzeko ordezkari batez eta Euskal Gobernuako beste hainbestez eta, bestetik, Estatu Administrazioiko beste hainbeste ordezkari osatuko baita. Honela ematea erabakiko den kopurua Legez onartua izango da Kontzertuan seinalatuko den aldioro, urtekal gaurkotu daitekeelarik Kontzertuan seinalatuko den prozeduraz.

f) 138. eta 156. artikuluetan aipatzen den solidaritate printzipioaren arabera aplikatuko da Kontzertu erregimena.

Ekonomi Ituna

49.artikulua: kupoaren kontzeptua

Euskadik Estatuari egindako ekarpena kupo orokor bat izango da, eta kupo hori lurralde historiko bakoitzari dagokionak osatuko du. Euskadiko Autonomia Erkidegoak bere egiten ez dituen estatuaren karga guztiei dagokien kontribuzioa da kupo.

Lurralde Historikoetako Arauak

1. Bizkaiko Batzar Nagusien 7/2005 araua, Sozietateen Gaineko Zergari buruzko 3/1996 Foru Arauko 33. artikulua eraldatzen duena (laugarren idatz-zatiko “d” letra), sozietateen gainean %32.5ko zerga ezarritz (estatu mailako ehuneko %35koa zen).

2. Arabako Diputatuen Kontseiluak emandako 2/2005 Araugintza Dekretua, Zerga-Premiatusunekoa. Bizkaiko Lurralde Historikoak egindako arauketa berdina egiten duena.

3. Gipuzkoako Foru aldundiaren 32/2005 Presazko Foru Dekretu Araua, Zerga Alorrekoa, aurrekoen eduki berdina duena.

Europar Batasuneko Zuzenbidea: Europar Batasunaren Jardunbiderako Ituna (lehen “Europar Erkidegoak Eratzeko Ituna” zeritzona).

107.artikulua: estatu laguntzak.

1.- Itun honetan besterik xedatu ezik, estatuak emandako laguntzak edo estatuen funtsen bidez emandakoak, edozein modutakoak izanda ere, merkatu bateratuarekin batera ezinak izango dira Erkidego estatuen arteko merkataritzako trukaketei eragiten dieten heinean, baldin eta, zenbait enpresa edo ekoizpenen alde eginez, lehia aizuntzen badute edo aizuntzeko modukoak badira.

ESTATU LAGUNTZAK: EUROPAKO ARAUBIDEA

Aipatu bezala, Europar Batasunaren Jardunbiderako Itunak arautu egiten ditu Estatu laguntzak. Definizioa aurretiaz azaldu dugunez, ez diogu errepikatzeari ekingo, baina azalpen labur bati derrigorrezko deritzot.

Estatu laguntza izango da Estatuak egindako parte-hartze oro, parte-hartze horrek leuntzen baditu enpresa baten karga arruntak, eta diru-laguntza baten izaera eta ondorio berdinak baditu.

Estatu laguntza, beraz, abantaila bat izan behar da, eta jatorri publikoduna. Hau da, estatuak emandako laguntza, edo estatuko baliabideekin ordaindutakoa. Europa mailan, “estatu” terminoa esangura zabalean ulertu beharra dago. Hau da, estatu zentraleko erakundeez gain, estatuz azpiko lurralde antolaketa ere “estatu” terminoan barneratuko dira. Azken hau izango da guri interesatzen zaigun kasua, Euskal Autonomi Erkidegoak bertako enpresei emandako laguntzak direlako auzigai.

Gainera, estatu laguntza egongo bada, tributu-arauketak hautagarritasuna eragin beharko du: estatu laguntzaren ondorioa izan behar da abantaila bat egotea, baina enpresa edo ekoizpen zehatz batzuen gainekoa soilik.

Bereizketa positibo hau da hautagarritasunaren betekizunaren oinarria. Aurrerago azalduko dugun gisan, Auzitegi Gorenak betekizun hau gaizkiulertu eta Sozietateen Gaineko Zergari buruzko Foru Arauek hautagarritasuna eragiten zutela adierazi zuen, Estatuko legeriak lurralde erkideko sozietateei ezarritakoa baino karga-tasa txikiagoa ezartzen baitzuen. Egoera horri “lurralde-hautagarritasun” deritzo, eta, egotekotan, Estatuko enpresekiko bereizkeria sortuko luke, foru lurraldeetako enpresei mesede eginez. Lurralde hautagarritasuna, beraz, konparazioan oinarrituta dago: foru lurraldeak emandako laguntza hobea izan behar da estatu mailan ematen dena baino, Autonomia Erkidegoan finkatuta dauden enpresei onura bat emanez.

Hautagarritasuna, ordea, beste era batean ulertu beharra dago. Foru lurraldea bere arau propioak emateko bezain autonomoa bada, hala egiteko eskumena izango du, eta Estatuarekiko ezberdina den arauketa fiskala ezarri ahalko du, baina ezin izango du bere eragin esparruko enpresen artean hautagarritasunik eragin.

Eztabaida asko eragin du hautagarritasunaren arazo honek. Ez da lan honen helburua eztabaida honetan parte-hartzea eta, beraz, ondorengo laburpena ematera mugatuko gara: enpresei ematen zaien onura estatu laguntza izango da ez bada foru lurraldeko eragile ekonomiko guztien gain aplikatzen. Horrela, enpresei abantailak ematea ez da Europako legeriaren aurkakoa *per se*. Ematen den laguntza hori lurralde guztiko enpresei aplikatzen bazaie (lurralde historikoko enpresa guztiei, gure kasuan), bereizkeriarik gabe, onargarria izango da.

EUSKAL AUTONOMI ERKIDEGOA: AUTONOMIA EKONOMIKOAREN AUZIA

2004ko abenduaren 9an Auzitegi Gorenaren administrazioarekiko arazoetako salak Euskal Kontzertu Ekonomikoa arazo larritan jartzen zuen epaia eman zuen. Horrela, 1996.urtean onartuak izandako hainbat foru arau baliogabetu zituen, Araba, Gipuzkoa eta Bizkaiko Sozietateen gaineko Zergei buruzko arauak, hain zuzen. Foru arau hauek sozietateen gaineko zerga txikiagoa ezartzen zuten, Estatuarekin alderatuz. Hala ere, Auzitegi Gorenak arauetako artikulua zehatz batzuk soilik indargabetu zituen: Espainiako Estatuak ezarritako arauetatik aldentzen zirenak. Auzitegi Gorenaren aburuz, estatu mailako arauetatik aldentzen ziren neurri fiskal guztiak estatu laguntzak ziren eta, ondorioz, Europar Batasuneko zuzenbidearen kontrakoak. Hala egitean, ordea, Europar Zuzenbidearen interpretazio akastuna egin zuen Auzitegi Gorenak, lurralde hautagarritasuna deritzona gaizkiulertuz.

Epaia honen aurrean, Autonomi Erkidegoko erakundeek hainbat eratan erreakzionatu zuten: errekurtsoak, arauen erredakzio berriak...

Horrela, arazoak auzitegietan jarraitu zuen urteetan zehar, Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiak Luxenburgoko Auzitegiari Epaitu Aurreko Arazoa bidaltzea erabaki zuen arte. Justizia Auzitegi Nagusiak jakin nahi zuen Foru Lurraldeek emandako arauak benetan estatu laguntzak ote ziren, estatu mailan aplikatzen den karga-tasa baino txikiagoa ezartzeagatik.

Arazo horren ondorioz, 2008ko Irailaren 11an Luxenburgoko auzitegiak epaia eman zuen, Euskal Lurralde Historikoei arlo fiskalean arauak emateko eskumena onartzen ziona. Horretarako, 2006ko irailaren 6an emandako beste epaia bat izan zuen oinarri Luxenburgoko Auzitegiak, Azores Irlei buruzkoa hain zuzen ere.

Azores kasua

Esan bezala, Azores Uharteen inguruan sortutako auzi bati buruzko epaia eman zuen Luxemburgoko Auzitegiak 2004an. Auzigaia zen Azores Uharteetako zerga araubidea, eta berau ez ote zen, egiatan, estatu laguntza. Auzi horri irtenbidea emateko, “test hirukoitza” deritzona sortu zuen Auzitegiak, eta analisi horren emaitzak jaso zituen epaian. Horrela, zerga arau propioak emateko bezain autonomoa izango da estatuz azpiko erakunde bat, baldin eta hiru autonomi maila betetzen baditu: instituzio autonomia, prozedura autonomia eta autonomia ekonomikoa.

Hirugarren autonomia betekizun horretan oinarrituko gara gu, berau baita Euskal Autonomi Erkidegoaren autonomiaren inguruan zalantza gehien sustatu izan dituen.

Autonomia ekonomikoa

Autonomia ekonomikoak zertan datzan zehazteko, beraz, Azores Uharteei buruzko epaira joko dugu berriro ere. Bertan ikus dezakegu autonomia ekonomikoak bi betekizun dakartzala berekin:

1. Zerga arau propioa ematen duen erakunde horrek aldebakarez jasan beharko ditu zerga xedapenaren ondorioak.
2. Estatuak ezingo ditu inola ere konpentsatu karga-tasak eragindako galerak, ez diru-laguntzen bidez, ez eta laguntzen bidez ere.

Honen harira, Ekonomi Itunaren defendatzaile askok adierazi izan dute, Administrazioak tributuetan beherapenak egiteak ez dituela zertan sarrera fiskalak murriztu. Izan ere, beherapen horiek inbertsio berriak erakar ditzakete, eta sarrera fiskalak handitu epe luzera. 2008ko epaiak eta Kokot Abokatu Nagusiak ez dute argumentu hau onartu, eta garrantzi-gabekotzat jo dute. Izan ere, Estatu laguntzak beti izan ohi dira inbertsioa bultzatzeko, eta argumentu hau onartuko balitz, ez legoke inoiz onura fiskalengatiko estatu laguntzarik.

Autonomia ekonomikoa Euskal Autonomi Erkidegoan

Betetzen ote dira betekizun hauek Euskal Autonomi Erkidegoan? Horixe aztertu zuen Luxenburgoko Auzitegiak, 2008ko epaia emateko. Egia esan, Luxenburgok Kokot abokatu orokorraren ondorioak jaso baino ez zuen egin. Izan ere, Kokot andreak aztertu zuen Euskal Autonomi Erkidegoaren autonomi maila luze eta zabal. Hona hemen, berorren azterketaren ondorio esanguratsuenak:

- 106.ondorioa: estatuz azpiko erakunde batek autonomia ekonomikoa izango du, berak pairatu behar baditu arauketa tributario propioa izatearen ondorioak, eta estatutik jasotzen ez badu konpentsaziorik arauketa horrek eratorri ditzakeen sarrera-urritzeak konpentsatzen dituenik.
- 107.ondorioa: Euskal autonomi erkidegoaren kasuan bereziki zaila da konpentsaziorik badagoen ala ez erabakitzea: zerga abantaila autonomi erkidegotik dator, baina ustezko konpentsazioa estatutik. Ondorioz, konpentsaziorik baden ala ez ikusteko estatuaren eta autonomi erkidegoaren arteko finantza-fluxu guztiak aztertu beharko lirateke.
- 109.ondorioa: nahiz eta aurreko azterketatik ondorioztatu egon badaudela estatuaren eta autonomi erkidegoaren artean transferentziak, datu hori ez da nahikoa autonomia ekonomikorik ez dela baieztatzeko. Izan ere, transferentzia horien izaera anitza izan daiteke, eta ez dute jatorria beherakada fiskalean izan beharrik.
- 110.ondorioa: ondorioz, autonomia ekonomikoa desagerrarazteko, eta transferentziak arauketa fiskalarekin lotura dutela esateko bi betekizun bete beharko dira:
 - Tributu sarreraren kopurua kontuan izatea transferentziak kalkulatzeko orduan.
 - Transferentziaren jatorria beti izan behar da sarrera fiskalen urritzea.

- 113,114 eta 115.ondorioak: Estatuaren eta Autonomi Erkidegoaren arteko harreman ekonomikoak Kupoaren bidez gauzatzen dira. Kupo honen bitartez, Autonomi Erkidegoak Estatuari ordaintzen dizkio azken honek bere esku mantentzen dituen eskumenak. Kupoaren kalkuluan nolabaiteko konpentsazioa egon daitekeela mantendu izan dute askok. Kokott Abokatu Nagusiak erantzuna ematen diete hauei, hain zuzen, kupoan eraginik ez dutela Autonomi Erkidegoaren sarrera fiskalek.
- 116.ondorioa: epaitu aurreko arazoa bidali duen auzitegiak aztertu beharko du ea benetan kupoan konpentsaziorik badagoen. Aztertu beharko dira, kupoaz gain, beste konpentsazio-mekanismoak ere. Eta auzitegi horrek ondorioztatzen badu ez dagoela konpentsaziorik, Euskal Autonomi Erkidegoak autonomia ekonomikoaren betekizuna betetzen duela baieztatu beharko da.

Ikus dezakegu, beraz, Kokott andreak Euskal Justizia Auzitegi Nagusiari ematen diola eskumena benetan konpentsaziorik baden ala ez erabakitzeko. Hala egin zuen, bada, Justizia Auzitegi Nagusiak 2008ko abenduaren 22ko epaian. Izugarritzko azterketa ekonomiko-fiskala egiten duen epaia da, ordura arte sortutako eztabaida guztiei amaiera ematen diena eta konpentsazio sistema posible guztiak baztertzen dituen, bakoitzaren analisi sakon bat egin eta gero.

Hori dela eta, hurrengo orrialdeetan kontzertu ekonomikoaren aurkako errekurtsoa jarri zutenen argumentuak banan-banan azalduko ditugu, konpentsazio posible guztiak zerrendatuz. Jarraian, Justizia Auzitegi Nagusiaren eta doktrinako hainbat autoreren erantzuna jasoko dugu.

Kompentsazioa kupoan: Euskal Autonomi Erkidegoak konpentsatu egiten omen ditu kupoaren bidez bere zerga sistema propioak dakartzkion galerak. Tesi hau mantentzen dutenen ustez, autonomi estatutuaren

41.2.d) artikuluan jasotako batzorde mistoak kupoaren kopurua behar baino baxuago kalkulatzeko aukera omen dauka. Horrela, EAEk kupo txikiagoa ordainduko dio estatuari, eta zerga sistemak eragiten dizkion galerak konpentsatu. Bai doktrinak eta bai auzitegiek guztiz baliogabetu dute tesi hau. Izan ere, kupoaren azterketa arin bat nahikoa da konturatzeko, kupoaren kalkuluan irizpide legalak, zurrunak eta behin betikoak erabiltzen direla. Kokot andreak dioen bezala, nahiko argi geratzen da kupoaren kalkulua konpromiso politiko baten ondorioa dela. Jarraian, kalkulu hori nolabait azaltzeari ekingo diot, RUBI CASINELLOren azalpen argi eta laburra erabiliz.

Kupoaren bidez ordaintzen dira Autonomi Erkidegoek era efektibotan egikaritzen ez dituzten eskumenak, eta ondorioz Estatuak egikaritzen dituenak. Eskumen horien zenbatekoa kalkulatzeko, ondorengo eragiketara egin beharra dago:

Estatuko aurrekontu orokorretan jasotako gastu guztiak batu behar dira. Batuketa horri kendu behar zaio EAERI bere eskumenak egikaritzeko dagokion kopurua. Horrela, geratuko zaigun kopurua estatuaren eskumenei dagokiena izango da. Jarraian, Lurralde Historiko bakoitzaren errenta Estatuko batz-bestearekin alderatuko da, eta proportzio horretan parte hartu beharko du Estatuaren eskumenen ordainketan. Ikus daitekeenez, kupoaren kalkuluan parte hartu dezakeen bakarra Estatuak da, aurrekontu orokorrak kalkulatzeko, eta Euskadik ezin duela kupoaren kalkuluan parterik hartu.

Eragiketa horretatik “egozpen indizea” deritzona aterako da. Indize horrek %6,24ean iraun du 1981. urtetik gaur arte. Indize horretatik ateratzen den kopurua urtero eguneratzen da, Estatuak izan dituen tributusarreraren arabera.

Horrela, behin kupoaren zenbatekoa finkatuta dagoenean Autonomi Erkidegoak ordaintzea besterik ezin du egin, eta bere sarrera tributarioek ez dute inongo garrantzirik kalkulu horretan. Beraz, kupoaren sistemak arriskuaren aldeakartasuna bermatzen du beti. Berme horrek

bere horretan iraungo du nahiz eta Espainiako Estatuak, bere aurrekontu orokorretatik, Euskadiri inbertsiorako esleitu, honek kupo bidez ordaindu diona baino kopuru handiagoa. Hau da, kupoaren kalkuluan ez da inola ere kontuan hartuko Gobernu Zentralak Euskal Autonomi Erkidegoan egingo duen gastua. Bestalde, kontuan izan beharko balitz ere, Estatuak Euskadiri inbertsiorako esleitzen diona, kupoaren kopurutik oso urruti dago beti.

Gauzak horrela, ezin esan daiteke orain arte ikusitakoan konpentsazio-zantzurik badagoenik.

Guzti honek oso argia badirudi ere, kupoaren kalkuluan badaude iskanbila sortu izan duten hainbat atal. Errekurtso jartzaileen iritziz, kupoaren kalkulua okerra da, ondorengo faktoreetako bat edo batzuk gaizki kalkulatzeko direlako:

Defizita: EAEk Espainiako Estatuari ordaindu beharreko kupotik kendu egiten da Estatuaren defizit publikoa. Hemen ere konpentsazio posible bat ikusi nahi izan dute askok.

Hasteko, kontuan izan behar dugu kupoaren kalkuluan erabiltzen den defizita Estatuako Administrazio Zentralekoa dela. Gainera, kupoaren kalkuluan ez da sartzen Gizarte Segurantzak eragiten duen superabita, eta ondorioz defizita baino ez da geratzen. Hau da, Estatuaren gastuak sarre-rak baino handiagoak dira, eta ondorioz Estatuak zorra jaulki beharko du, sarrerek estaltzen ez dituzten gastuak estaltzeko.

Defizit hori, beste gauza batzuen artean, EAeren esku dauden eskumenak finantzatzeko erabiliko da. Horregatik, Autonomi Erkidegoari finantzaketa horren zati bat dagokio, bestela bere patrikatik ordaindu beharko bailuke (tributu sarreraren bidez) Estatuak zor bidez ordaintzen duena. Hau hala balitz, eta autonomi erkidegoak bere patrikatik ordainduko balu, karga bikoitza legoke: kupo bidez ordainduko luketena, defizitaren zatitik Estatuaren eskumenei dagokiena ordaintzeko; eta jaulkitako zorraren amortizazioa egiteko Estatuak egindako gastutik EAeri da-

gokiona (eta kupo bidez ordaindu beharko duena, Ekonomi Itunaren 52.3artikuluaren arabera ez baita EAEn eskuko eskumena).

Horrela, karga bikoitza saihesteko, defizita ez da kupoaren kalkuluan barneratzen, horrek ez duelarik inolako konpentsaziorik eragingo. RUBÍ CASINELLOren iritziz, bada beste aukerarik defizita kupotik baztertzea saihesteko: EAEk bere esku ez dituen eskumenen zerrendatik ateratzea herri zorraren amortizazioa. Irtenbide honek arazo bat dakar, ordea: EAEk oraineko sarrerekin finantzatu beharko luke amortizazioa, Estatuak etorkizuneko sarrerekin finantzatzen duen bitartean.

Estatuaren eskumenen balorazioa: esan bezala, kupoaren baloraziorako lehen pausua EAEk eskuratu ez dituen eskumenak zeintzuk diren baloratzea da. Errekurtso jartzaileen ustetan, eskumenen balorazioa behar baino baxuago egitearen bitartez, kupo txikiagoa ordaintzea lortzen du EAEk eta horrela sarrera fiskal urriagoak konpentsatzea. Bai Europako Auzitegiak eta bai Euskal Herriko Justizia Auzitegi Nagusiak argi eta garbi adierazi dute ez dagoela inolako konpentsaziorik eskumenen balorazioan. Izan ere, balorazio hori egiteko erabiltzen den erreferentzia bakarra (Ekonomi Itunaren 52.2. artikulua dioen bezala) estatuak egin-dako aurrekontu orokorrak dira. Hala ere, errekurtso jartzaileek argudiatzen jarraitzen dute, esanez gaizki baloratuta daudela EAEk eskuratu ez dituen eskumenak. Zehazki, konpentsazioak alegatu izan dituzte EAEk eskuratutako eskumen batzuen fluxuetan: menpekotasuna, osasuna eta hezkuntza. Izan ere, gai hauek EAEn eskuko eskumenak dira, baina Kupo bidez konpentsatzen direnak. Zergatik sartu kupoan (non eskuratu gabeko eskumenak soilik barneratu beharko liritekeen) EAEk bere esku dituen eskumen batzuk? Horren arrazoia kupoaren urteroko eguneratzean aurki dezakegu, baina azalpena zertxobait nahasgarria denez ondorengo lerroak hori azaltzera bideratuko ditugu:

Dakigunez, behin kupoaren indizea kalkulatuta (kalkulua egiten den urteari “oinarri-urte” deituko diogu), kupo hori 5 urtetan zehar mantenduko da berdina, baina urtero eguneratuko da Estatuaren tributu sarre-

ren arabera. Hau honela da suposatzen delako ez dela aldaketa handirik gertatuko gastuan 5 urteko epe horretan. Baina, noski, ez da beti horrela. Aipatutako gaietan, distortsio handiak gerta daitezke urte batetik bestera. Kasu hauetarako, ekonomi itunak berak aurreikusten duen mekanismoa da kupoan fluxu osagarriak sartzea.

Adibide gisa mendekotasunaren legea hartzen badugu, ikus dezakegu lege honek %40,2ko igoera ekarri zuela gastuan, oinarri-urtearekin alderatuz. Konpentsazio mekanismorik gabe, eta berriro RUBI CASINELLOren hitzetan, “Euskal Herriak finantzazio defizit handia pairatu beharko luke, eta hori ez dator bat kupoaren izaerarekin”.

Egozpen indizea: egozpen indizearen zehaztasuna zalantzan jarri izan da askotan, eta behar dena baino baxuagoa dela baieztatu. Horrela, Europako Batzordearen eta Erkidego Errekurtsogileen ustetan, EAEk ez du behar bezala parte hartzen Estatuak egiten dituen gastuetan. Honen harira hainbat azalpen eman beharra dago, baina ezinbestekoa da ondorengo argitzea: indizea azpi-baloratuta balego ere, hau ez litzateke nahikoa autonomia ekonomikoa baztertzeko; azpi-balorazioa tributu-sarreen murrizketarekin lotuta egon behar da, benetan konpentsazioa dagoela ulertzeko (hala adierazi zuen 2008ko irailaren 11ko epaian, Europako Justizia Auzitegiak).

- RUBI CASINELLOk %6.24an kokatzen du azken urteetako EAEren BPG, Estatu zentralarekin alderatuz.
- Kokott Abokatu Nagusiak (ikus berriro ere 115.ondorioa) esan bezala, indizeak berdin iraun du 1981.urtetik gaur arte, eta hori konpromiso politiko baten emaitza garbia da. Foru arauketaren aldaketak, beraz, ez du aldaketarik eragin kupoaren zenbatekoan. Horrela, ATXABAL RADAK ondorengo baieztapena egiten du “konpentsazioa begi-bistakoa izango litzateke foru-zergen tasa txikiagoa ezarri den bakoitzean egozpen-koefizienteak ere behera egin izan balu”.

- Kupoaren bidez finantzatzen den gastua, gero Estatuak benetan egiten duenaren azpitik dago gehienetan. Horrela, 2008ko Estatuako Aurrekontu Orokorren Proiektuak erakusten du gastu hori nabarmen txikiagoa izan dela egiatan kupoan kalkulaturakoa baino.

Lurralde arteko konpentsazio funtsa: Konstituzioaren 158.2 artikuluan eta 7/1984 Legean (Lurralde Arteko Konpentsazio Funtsari Buruzkoa) jasotzen den erakundea da funts hau. Autonomi erkidegoen finantzaketarako instrumentua da, inbertsio gastuetarako. Gorte Orokorrek banatu egiten dituzte funts honetako baliabideak autonomi erkidegoen eta probintzien artean. Horrela, baliabideak emango zaizkie ekonomikoki ahulenak diren erkidego eta probintziei, lurraldeen artean egon litezkeen desoreka ekonomikoak zuzentzeko, eta solidaritate printzipioa egikaritzuz. Kontzertu ekonomikoaren aurkakoen iritziz, funts honen bidez konpentsatu omen daitezke, zerga sistema propioak Euskadiri eragin diezazkion galerak. Horrela balitz, autonomia ekonomikoa pikutara joango litzateke, Euskadik ez bailituzke aldebakarrez pairatuko tributua sistema propioaren ondorioak. Hala ere, eta Euskal Justizia Auzitegi Nagusiaren esanetan, zeharo gertagaitza da Euskadik funts horren finantzaketaren beharra izatea, Estatuako errentarik handienetakoa baitu. Beraz, errealitatean gertatzen ez den egoera bat ezin da izan autonomia falta aldarrikatzearen oinarri.

Zerbitzu publikoen gutxienerako estaldura: Espainiak bermatu behar omen du Autonomi Erkidegoek gutxienerako zerbitzu batzuk izatea. Hau ala balitz, noski, Euskal Autonomi Erkidegoa ez litzateke benetan autonomia izango, zerga-sarreraren murrizketa estatuak pairatuko bailuke. Baina bai Europar Erkidegoko Justizia Auzitegiak eta bai Euskal Justizia Auzitegi Nagusiak ere diote, argumentu honek funtsik ez duela. Izan ere, ez dago lege xedapenik gutxienerako estaldura hori jasotzen duenik. Gainera, Euskal Justizia Auzitegi Nagusiaren iritziz, halako xedapenik

egongo balitz ere, ez litzateke benetan garrantzitsua izango, Euskal Autonomi Erkidegoak estatuko errenta handienetakoa baitu biztanleko. Horrela, benetan gertagaitza da Euskadik beharrezana izatea Estatuak gutxieneko zerbitzuak bermatu diezazkion. Hemen ere aurreko puntuko ondorioak aplikatzen ditu epaiak.

Ezkatuko transferentziak: askotan argudiatu izan da Espainiako Estatuak konpentsatu egiten dituela EA Eren sarrera murriztagoak ezkatuko transferentzien bitartez. Hau da, beste forma bat ematen diela transferentzia batzuei, baina egiazko helburua konpentsazioa baino ez dela. Honen harira, argi utzi dute Europako Auzitegiak eta EA Eko Justizia Auzitegi Nagusiak: Estatuaren eta autonomi erkidegoaren artean finantza transferentziak egoteak ez du autonomia ekonomikoa zuzenean baztertzen. Hala balitz, ezinezkoa litzateke ekonomikoki autonomia den lurralderik aurkitzea (ezta Estaturik ere, kontuan izanda hauek Europatik jasotzen dituztela laguntza ekonomikoak). Are gehiago, transferentzia hauek konpentsazioak direla ulertzeko, zuzeneko lotura egon behar da Estatuak emandako laguntza eta Autonomi Erkidegoak aplikatutako arau fiskalaren artean. Hau da, “kausa-efektu” lotura bat egon behar da neurri fiskalaren eta Estatuako transferentziaren artean. Horrela, ALONSO ARCEK ondorioztatzen duen gisaz, konpentsazioa ezin da edonolako izan: lurralde historikoek hartutako neurri fiskalekin lotura zuzena duen konpentsazioa izan behar da.

Gizarte segurantzak: Gizarte segurantzako gastuek ere eztabaida ugari sortu izan dituzte, batez ere pentsio izaerako prestazioek. Autore batzuen iritziz, konpentsazio ekonomikoa dago prestazio hauen estalduran. Izan ere, Estatuak ordaintzen ditu prestazio hauek, baina Kupoaren kalkuluan ez dira gastu hauek barneratzen, nahiz eta eskuratu gabeko eskumenetako bat izan. Hala ere, argumentu hau ezin sostengatu daiteke, Gizarte Segurantzako gastuak ez baitu eraginik EA Eren finantzaketan, eta gizarte kotizazio bidez ordaintzen da. Hori bera dio Euskal Autonomia

Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiak, esanez ez dagoela inolako finantza-fluxurik Estatuaren eta lurralde historikoen artean Gizarte Segurantzaren arloan. Estatutik prestazioak jasotzen dituztenak onuradun partikularak dira eta, beraz, ezin da inola ere ulertu Estatuaren Gizarte Segurantzaren defizitak konpentsazio sistema gisa jarduten duenik.

Euskal Solidaritate Funtsa: nahiz eta Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiak gai hau aztertu ez, hainbat autorek azaleratu duten argumentua da. Ekarpunen Legeak eraturako funtsa da berau, eta lurralde historikoen arteko birbanaketa funtzioak betetzen ditu. Lurralde historikoei eta autonomia erkidegoak finantzaturako funtsa da.

Horrela, autore hauen aburuz, funts honen existentzia hutsa nolabaiteko konpentsazio sistema izan daiteke, zerga sarreraren murrizketa konpentsatzen laguntzen duena, nahiz eta zeharka izan.

Argumentu honek ez du inolako oinarririk, nahikoa baita aipaturako Ekarpunen Legea jotzea, konpentsaziorik ezin egon daitekeela frogatzeko. Izan ere, 19.artikuluak ondorengo dio: *“Finantza Publikoen Euskal Kontseiluak Doikuntzarako Funts Orokor bat sortuko du urtero, erakunde erkide eta lurralde historikoei finantzaturako dutena. Funts honen helburua izango da ziurtatzea, Euskal Herriak egindako zerga bilketan, lurralde historiko bakoitzak partaidetza erlatiboa izango duela, eta partaidetza hori lurralde bakoitzeko koefiziente horizontalaren %99koa dela gutxienez, salbu eta lurralde arteko ezberdintasunak kudeaketa edo arauketa ezberdinen ondorio badira”*.

Ikus dezakegunez, legeak berak kanpoan uzten du lurraldeen artean baliabideak berdintzeko aukera, zerga-arauketa ezberdinen ondorioz sortu badira baliabide murrizketak.

ONDORIOAK

2004ko Auzitegi Gorenaren Epaiak kinka larrian jarri zuen Euskal Herriaren finantza sistemaren ikonorik garbiena: araugintza fiskalerako eskumena.

Hala ere, eta hainbat auzitegitik pasa eta gero, azken hitza Luxenburgoko Auzitegiak izan zuen, eta emaitza ezin hobea izan zen euskal administrazioentzat: ekonomi itunak test hirukoitza gainditu zuen, Europar Erkidegoak Eratzeko Itunaren 87.artikuluaren (gaur egun Europar Batasunaren Jardunbiderako Ituna denaren 107.artikuluaren) interpretaziotik eratorritako testa.

Ez zen nolanhiko testa, ezta erraz gainditzeko modukoa ere, Azores eta Gibraltar epaiak azaleratu duten bezala. Hala ere, Kupoaren sistema definitio perfektua da, test hirukoitza zein sistemak gaindituko lukeen azaltzeko.

Ikusi dugu eskualde baten autonomia ekonomikoa egiaztatzeko bi betekizun daudela: arriskuaren aldeakartasuna eta konpentsaziorik eza.

Argi geratu da bigarren betekizun horrek zailtasun bereziak dakartzaila berarekin, behartzen baikaitu Estatu Zentralaren eta Autonomia Erkidegoaren arteko finantza-fluxu guztiak aztertzeraz. Guzti guztiak ez, baina bai batzuk, aztertu ditugu orrialde hauetan zehar: Kupoa eta bere kalkulua, Lurralde Arteko Konpentsazio Funtza, Zerbitzu Publikoen Gutxienezko Estaldura, Ezkatuko Transferentziak eta Gizarte Segurantzaz.

Azttertutako arlo bakoitzak emaitza berbera izan du: ezin esan daiteke Estatuaren eta EAeren artean konpentsazio ekonomikorik dagoenik: sarrera fiskalen murrizketa Autonomi Erkidegoak pairatu behar du aldebakarki.

Noski, finantza fluxuak badira egon, baina benetan zaila da kausalitate loturarik aurkitzea frogatuko duenik fluxu horiek zerga-sarrereren murrizketa baten ondorio direnik.

Euskal zerga sistema propioaren aurkako gurutzada luzean jardun izan dute Espainiako Autonomia Erkidego ugari, baina gurutzada horri

amaiera eman zion (momentuz behintzat) Euskal Justizia Auzitegi Nagusiak, 2008ko epaiarekin. Eztabaida guztien inguruan luze eta zabal jardun zuen beronek, eta gure Ekonomi Itunak behar zuen azken bultzada bere eskutik etorri zen: Euskal Autonomi Erkidegoak nahikoa autonomia du zerga arauketa propioa izateko.

BIBLIOGRAFIA

ALONSO ARCE, Iñaki. “*El Respaldo Europeo al Concierto Económico Vasco*”. Ar. Academia Vasca de Derecho. Bilbo, 2009.

ATXABAL RADA, Alberto. “*Europaren babesak Euskal Ekonomi Itunarentzat (Europako Erkidegoko Auzitegiak 2008ko irailaren 11n eman zuen epaiari egintako iruzkinak)*”. JADO aldizkaria. Bilbo. VIII. Urtea. 19 zk. 2010ko maiatza, 237–288 or.

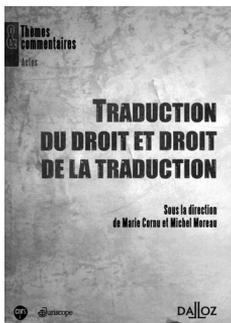
RUBÍ CASSINELLO, Jose Gabriel. “El Concierto Económico vasco”, *Federalismo fiscal y Europa*, Parlamento Vasco, Colección de Informes y Documentos, Serie Maior 12, Vitoria- Gasteiz, 2008, 171–198 or.

RUBÍ CASSINELLO, Jose Gabriel. “*El cupo y el criterio de la autonomía económica y financiera a la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de septiembre de 2008*”, JADO aldizkaria. Bilbo. VII. Urtea. 17 zk. 2009ko iraila, 85–116 or.

RUIZ ALMENDRAL, Violeta eta MARTÍNEZ CABALLERO, Ramón. “*¿Todo debe cambiar para que todo siga igual? El irresuelto problema de la incompatibilidad del Concierto Económico Vasco y el Derecho Comunitario.*” Anuario jurídico de La Rioja, 13zk. 115–146or, 2008.

SÁENZ CORTABARRÍA FERNÁNDEZ, Ignacio. “Los sistemas fiscales regionales y el marco jurídico de la UE. ¿Ayudas de Estado? Interpretaciones judiciales. Problemática”, *Federalismo fiscal y Europa*, Parlamento Vasco, Colección de Informes y Documentos, Serie Maior 12, Vitoria-Gasteiz, 2008, 199–220 or.

BIBLIOGRAFÍA
BIBLIOGRAFIA
BIBLIOGRAPHY



Traduction du Droit et Droit de la Traduction

Cornu, M. et Moreau, M. (dir.)

Dalloz

Paris.

2011

ISBN 978-2-247-10527-4

333 or.

ANDRES URRUTIA BADIOLA

Notarioa. Euskaltzainburua

Deustuko Unibertsiateko Zuzenbide Fakultateko irakaslea

Bi gai nagusi bildu dira liburu honetara, besteak beste, zuzenbidea itzultzea eta itzultze juridikoari buruzko zuzenbidea, bi-biak, hurbil egon arren, desberdinak baitira hainbat arlotan.

Izatez, lehenak du gure artean, euskararen esparruan, oraindik ere, garatze teoriko mugatua, eguneroko jardueran, batez ere, aldizkari ofizialetan, erruz erabilia izan arren. Bigarrenak, aldiz, askoz esparru murriztagoa dauka euskararen lurraldeetan, inor gutxi kezkatu baita honetan.

Badira, alabaina, batean zein bestean, zantzu berriak, euskararen eremura kanpoko eskarmentua ekartzea aholkatzen dutenak. Aipagarri, zinez, berrikitan gertatu diren zinpeko itzultzaile eta interpreteak izendatzeko deialdiak eta horien fruituak. Gogoangarri, bestalde, gero eta nabarmenago datorren kezka, beste hizkuntzetatik euskarara datozen testu juridikoak kalitate handikoak izan daitezen eta zer esanik ez, euskararen erregistro juridiko beregain baten sorkuntza bidean laguntzaile eta erakusle.

Hainbatez, liburu honetara bildu dira 2009. urtean Poitier hirian eginiko jardunaldiak, bertako CECOJI eta Juriscope erakundeen artean bultzatuak.

Hasierako proposamena aditzera ematen du Xabier North jaunak, Frantziako gobernuaren barnean frantsesa eta Frantziako hizkuntzen ordezkartzaren bozeramaileak:

Rapprocher le droit et la traduction ne va pas tout à fait de soi, ce que explique peut-être que les problèmes de tous ordres posés par le passage de termes ou de systèmes juridiques d'une langue à l'autre n'occupent que rarement le devant de la scène (je devrais dire: du prétoire), alors que c'est là, aujourd'hui, l'un des enjeux cruciaux de la mondialisation des économies, des cultures et des sociétés (2. or.).

Pour pouvoir continuer à répondre à cette attente, il importe de conserver vivante et productive notre réflexion dans le domaine du droit, et donc de veiller aux modalités de traduction en différentes langues: qu'il s'agisse de méthodologie, de déontologie, de terminologie, de droit comparé, etc. Toutes problématiques dont je vois, à la lecture de votre programme, qu'elles seront abordées et examinées durant le colloque (4. or.).

Jarraian artikulua eta egileen zerrenda luzea dator, hiru zatitan banatua, zati bakoitzaren titulua nahiko adierazgarria dela berez: 1. *Politique de traduction juridique*. 2. *Pratiques et méthodes de la traduction juridique*. 3. *Droit de la traduction juridique*.

Hiru hauek dira esparru egokiak egungo ikuspegia garatzeko, batik bat Europako hegoaldean gai honetan egiten ari denari buruz, eta esan gabe doa, guri ere dagokigun neurrian, euskarari etor dakiokkeenari buruz jarduteko.

Lehen zatiaren barne azpimarratu behar da Rodolpho Saccoren artikulua (*Aperçus historique et philosophique des relations entre droit et traduction*), bertan legelari italiar sonatuak egiten baitu halako ibilbidea, historia eta filosofiaren eskutik, hizkuntza eta zuzenbidea uztartzeko.

Hasieratik planteatzen du hiztegi juridikoaren arazoa,

La langue du droit est née pour raconter le droit. Plus tard, elle a appris à créer le droit —à créer, d’abord, des liens juridiques; à créer (beaucoup plus tard) des règles de droit—. L’autorité écrit sa volonté, écrit la loi, depuis 5500 ans.

Le droit a précédé. La parole qui parle du droit a suivi. La loi est venue la dernière.

La langue «juridique», «technique», opposée à la langue commune (littéraire ou vulgaire) est née, avec la science du droit, dans le monde romain. À partir de cette époque, un certain nombre de langues, qui voulaient être langues savantes, se sont données des dictionnaires juridiques (le dernier en date est le dictionnaire basque) (14–15 or.).

Gero, itzulpen juridikoari buruz dihardu, horren garrantzia azpimarratuz,

...les problèmes de traduction deviendront certainement le chapitre le plus prometteur de la comparaison juridique, ouvrant des voies d’importance primordiale à l’épistémologie juridique et à la réforme de la langue juridique.

À Turin, ISAIDAT, le centre de recherche que je préside, a promu quatre congrès (1998, 2001, 2007, 2008) sur la traduction juridique.

En Italie, des facultés offrent à l’étudiant des cours et même des masters en traductologie juridique.

La littérature, dans ce domaine, est désormais importante. Les linguistes invitent les juristes à leurs congrès, et leur demandent de présenter des rapports (18. or.).

Ondorioak, berarentzat, itxaropentsuak dira,

La plus grande partie de l’immense bagage lexical dont bénéficie le continent européen est traduisible en raison de des origines liées, d’abord, à la traduction du latin au français, du latin à l’allemand, du latin à l’italien, puis à la traduction du français et de l’allemand à l’italien, au russe, au hongrois, à l’espagnol, au polonais, etc. Il serait possible d’établir des arbres généalogiques des termes juridiques, la génération des mots consistant en une traduction-adoption (26. or.).

Jarraian, Michel Moreauk (*Traduction et traducteurs dans la vie juridique contemporaine*) galdetzen du zein den itzulpen juridikoaren zeregina eta Euskal Herrian guztiz aplikagarria den aipamena egiten du:

En réaction à cette mondialisation souvent proclamée, parfois subie, il y a toutefois des revendications de diversités notamment culturelles que font justement observer qu'une langue véhiculaire au vocabulaire réduit et appauvri ne se prête pas à une activité intellectuelle approfondie : l'uniformité est-elle le souverain bien ? s'interrogeait Gérard Cornu.

Il faut surtout rappeler l'existence d'États plurilingues qui consacrent l'égalité des langues officielles, le développement d'organisations internationales puissantes, universelles ou régionales, dans lesquelles s'impose le multilinguisme.

Intéressé par la traduction, Umberto Eco a résumé de façon lapidaire la situation linguistique européenne en affirmant : «La langue de l'Europe, c'est la traduction». On peut voir dans ce propos, le constat de la place importante tenue par la traduction notamment juridique et une résignation devant sa nécessité. En vérité, le propos est porteur d'une vision positive de la traduction considérée comme une négociation entre les cultures, une passerelle irremplaçable pour éviter l'unification réductrice des cultures ; si le multilinguisme et le «multijuridisme» ne sont plus des fatalités mais des opportunités, alors la traduction, nécessaire à la vie commune, s'affirme comme un atout. (45. or.).

Lehen zati horren barruan, hurrengo gogoeta dator itzulpen juridikoak duen eginkizunari buruz, estatuaren barnean. Hartara, aztertzen dira Kanada (Aileen Doetsch. *La corédaction des lois canadiennes : historique, pratique, apports*) eta Suitza (Eleanor Cashin-Ritaine. *L'expérience de l'Institut suisse de droit comparé*) errealitate nazional desberdinak, lehenean koredakzioa dena, bigarreanean hizkuntza aniztasuna baita, administrazio eta mundu juridikoaren esparruan.

Aurrera joanez, estatuaren ordenamendutik harago doa hurrengo atala, nazioarteko arauak nola interpretatzen diren azaltzeko (Manlio Frigo, *La formulation de la règle juridique et son interprétation dans l'ordre internation-*

al) edota Europako Batasunaren legeria, 23 hizkuntzetan ematen dena, nola moldatzen den agertzeko (Gilbert Lautissier, *La législation de l'Union européenne : une règle unique en vingt-trois langues*).

Lehen zati hori osotzen du halako gogoeta egokiak, azpimarratu duena itzulpenaren jokamoldea zuzenbide konparatuan, beharbada, haren zereginik klasikoena, zuzenbide konparatuan ez ezik, nazioarteko zuzenbidean ere eragina izan duena (Marie Goré. *La traduction, instrument de droit comparé*).

Liburuaren bigarren zatia da, ausaz, interesgarriena aribideko itzul-tzailearentzat. Izatez, hortxe dira azalpenik gogoangarrienak esparru honi dagokionez.

Jean-Louis Sourieux (*Réflexions introductives d'un enseignant-chercheur*), egile ospetsuak eginiko sarreraren ondoan datoz, hurrenez hurren, Isabelle de Lamberterie (*Des pratiques de la traduction*); Jean-Claude Gémard, itzulpen juridikoaren teorikoa, izen handikoa, (*Traduire le droit. Lettre, esprit et équivalence*); Fernando Feldman (*Méthodologie de la traduction juridique*); Marie Cornu (*Terminologie et droit comparé dans le domaine de la culture*); Jacques David (*Terminologie et droit comparé dans le domaine de procédures collectives*); Alain A. Levasseur (*Traduction du droit : le contrat*) eta Isabelle Tranchant (*Les méthodes de traduction et la terminologie juridique : l'expérience du département de langue française de la Commission européenne*).

Horra bilduta zuzenbidearen adar desberdinak, bakoitzak itzulpen juridikoaren aldetik dituen esangura eta zailtasunak barneraturik.

Hirugarren zatian ahalegin zabala egiten dute Anne-Marie Leroyer (*Exposé introductif*), Jean-Pierre Relmy (*Nouvelle perspective d'étude des rapports entre le droit et la traduction*), David Noguéro (*Obligations et responsabilités du traducteur juridique*), Marie-Eugénie Laporte-Legeais (*Traductions juridiques et droits intellectuels*) eta Frédérique Niboyet (*La formation à la traduction juridique et le droit comparé*) idazleek itzultzaile juridikoen formazio prozesua argitzeko eta horien deontologia ere bultzatzeko. Bide

beretik, eranskin gisa ematen da itzultzaileen deontologia kodea, Frantziako itzultzaile profesionalen sindikatu nazionalarena.

Hona ekartzeko modukoa da, horien artean, Relmy-n jarduna (*Nouvelle perspective d'étude des rapports entre le droit et la traduction*), berak hiritan azaltzen duena:

... le droit à la traduction (I), l'obligation de traduction (II), et l'obligation de traduction conforme (III) (221. or.).

Lehenaz den bezainbatean, ondorioak honetara datoz, Frantziako kasuan,

Les langues régionales et minoritaires et les langues étrangères ne bénéficient donc pas d'une protection optimale. Si la langue française est bien mieux protégée, il convient de montrer qu'elle ne l'est pas toujours de manière satisfaisante (234. or.).

Au terme de la démonstration, on voit que les personnes comme les langues ne bénéficient pas toujours d'une protection suffisante : l'accès à la traduction est parfois trop réduit pour les justiciables et les contractants ; parallèlement, le recours à la traduction est quelquefois loin de promouvoir efficacement l'emploi de la langue française ou des langues régionales, minoritaires et étrangères. Une meilleure protection des personnes et des langues pourrait alors résulter de la consécration d'un «droit à la traduction» (236. or.).

Bigarrenaren alorrean ere,

De nature et de portée différents, l'obligation conditionnée et l'obligation absolue de traduire ne servent pas de manière égale les fins du droit de la traduction. Si la première s'avère propice à la protection des personnes et des langues, elle doit cependant être encadrée en raison de l'abus de droit qu'elle peut favoriser (A). Plus coercitive et protectrice, l'obligation absolue de traduction doit être préférée et développée (B) (243. or.).

Au cours de l'analyse, il a été démontré que l'obligation de traduction participait efficacement à la protection des personnes et des langues. Il reste à montrer que cette protection est parachevée —ou presque— par une

autre obligation de traduction, complémentaire de la première : l'obligation de traduction conforme (246 or.).

Hirugarrenean, azkenean,

Efficace dans son ensemble, la technique de la certification conforme appliquée à la traduction pourrait être améliorée. Bien qu'elle permette d'approcher plus certainement l'identité dans la différence, cette technique demeure incapable de la garantir pleinement. Dès lors, si l'on entend renforcer le lien entre la certification et la fidélité, il importe de privilégier le recours à des interprètes-traducteurs qualifiés. Dans cette quête légitime de fidélité, le rôle de la déontologie ne doit pas être minoré. Ainsi, le Code de déontologie des interprètes-traducteurs, reconnu internationalement, est-il largement loué par les professionnels de la traduction. Il importe de se référer à ces principes déontologiques dès lors qu'ils favorisent l'accès étendu à des traductions fidèles et partant, le droit à une bonne traduction, fin absolue du droit de la traduction (253-254 or.).

François Terré (*Observations finales*) da azken ondorioak papereratzten dituen,

Traduction ? Le mot convient-il? Il appartient aux philosophes de répondre. Reste qu'il y a, dans le passage du fait au droit, puis en retour du droit au fait —et l'on peut renverser l'ordre des courants— des passages révélateurs. Il est vain de croire possible à ce sujet un absolu juridique. Il est, en droit comme ailleurs, impossible de satisfaire à l'idéal d'une traduction parfaite. Ainsi le veut le pluralisme linguistique. Il y a, dans la traduction juridique, autre chose que la transmission d'un message verbal. Le droit ne peut se satisfaire d'une affirmation d'un absolu de l'imprévisible, dans la mesure où, parent consanguin de l'interprétation, il est lui-même recherche d'un sens de la vie dans la singulière aventure des hommes (311. or.).

NOTICIAS INTERNAS
AKADEMIAREN ALBISTEAK
INTERNAL NEWS

Acto de presentación del libro *No excediendo sino moderando. Garantías procesales en la normativa vizcaína del Antiguo Régimen*, del Sr. Jody Guetta, colaborador del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa

SANTIAGO LARRAZABAL BASAÑEZ

Miembro de la Junta Directiva de la AVD/ZEA

Director del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Deusto

(Tribunal Superior de Justicia del País Vasco,

Bilbao, 30 de septiembre de 2010)

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Excmo. Sr. Presidente de la Academia Vasca de Derecho, Excmas. Sras. Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Excma. Sra. Fiscal Jefe del País Vasco, Excmo. Sr. Decano del Colegio de Abogados, Ilmo. Sr. Viceconsejero de Justicia del Gobierno Vasco, autoridades, invitados, señoras y señores: Muy buenos días a todos, eguerdi on guztioi.

Gaurko ekitaldian parte hartzea ohore handia da niretzat, eta hasi baino lehen, Juan Luis Ibarra jaunari, Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiko lehendakariari, nire eskerrik beroenak eman nahi dizkiot, liburu honen aurkezpena hemen egiteko eman digun laguntzagatik. Berari zor zaio halako ekitaldia hemen, Auzitegi Nagusiko egoitzan bertan ospatzea. Lehenengo, Akademiaren aldetik, epaileekin egindako lehen ekitaldia da eta, dudarik gabe, hauxe da lekurik egokiena honelako ekitaldi bat egiteko. Bigarren, Jody Guetta jaunak idatzi duen liburua foru prozedura-bermeei buruzkoa da, eta non aurkez daiteke mota horre-

tako liburua hemen ez bada? Hirugarren, gaurko ekitaldiak Jose Maria Lidón Corbí epaile eta irakaslearen irudia ekarri dit gogora eta azalduko dizuet zergatik. Orain dela urte batzuk, nire doktorego-tesia egiten ari nintzela, Jose Mari nire tutorea zen. Orduan, Euskal Herriko eskubide historikoak jorratzen ari nintzen eta haien artean, foru epai-sistema. Hilean behin-edo, nire aurrerapenen berri ematen nion nire tutore maiteari eta Jose Marik, zigor zuzenbidea eta oinarrizko eskubideak benebenetan maite zituenez, doktoregai batek egindako aldizkako ikerketak arreta osoz jarraitzen zituen. Ziur nago, gaur, zerutik entzuten ari dela hemen foru sistema judizialari eta oinarrizko bermeei buruz azalduko diren ideiak, argudioak, etab. Jose Mari Lidón Bizkaiko Probintzia Auzitegiko magistratua izan zen eta horrexegatik ere ospatu nahi izan dugu ekitaldi hau Justizia Jauregian, omenaldi xumea egiteko.

Este acto que nos reúne hoy aquí, supone un honor para los miembros de la Academia, pues es el primero que organizamos conjuntamente con el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y esperamos que sea el principio de una fructífera colaboración entre ambas instituciones. Además, da inicio a los actos conmemorativos de los más de 20 de años de la existencia del Tribunal. Por ello, en la Academia pensamos en un acto que tuviese un contenido referido al sistema procesal y judicial y al mismo tiempo versase sobre un derecho histórico vasco, poco difundido y que necesita ser mucho mejor conocido por todos: el viejo y entrañable sistema judicial foral vizcaíno y su mítico procedimiento “bajo -so- el árbol de Ger-nika”, y ¡ qué mejor que hacerlo en la sede del Tribunal que es la máxima instancia judicial en materia de derecho civil foral vasco!

Y hablando de este tema, y como les acabo de decir en euskera, me viene a la cabeza el emocionado recuerdo de mi querido tutor de Doctorado, José María Lidón Corbí, al que le encantaba que le contase mis progresos en la realización de mi tesi sobre los derechos históricos vascos y le fascinaba escuchar lo que le iba contando acerca de mis descubrimientos sobre el sistema judicial foral y la protección de los derechos fundamentales en el procedimiento procesal penal foral. Y estando donde

estamos, en la sede judicial donde él era magistrado, presentando un libro realizado en gran parte en una estancia de investigación en su querida Universidad de Deusto, de donde era catedrático de Derecho Penal y sobre un tema que le apasionaba y por el que estuvo dispuesto a sacrificarlo todo, incluso su vida, me emociono al pensar lo que le hubiera gustado estar aquí, junto a nosotros, y estoy firmemente convencido de que, desde el cielo, que es donde tiene que estar un buen profesor, un buen juez, un gran creyente, y una persona buena como él, estará viéndonos, disfrutando de este acto y con su habitual gracejo, estará sonriendo, contando algún chiste y diciendo “¡vamos, al grano...!”.

Pues vamos al grano, entonces. Y el grano, forma parte de la cosecha que recogemos hoy en forma de este libro de Jody Guetta, bajo el título *No excediendo sino moderando. Garantías procesales en la normativa vizcaína del Antiguo Régimen*. Jody Guetta, es un prometedor jurista italiano, nacido en Livorno, en la maravillosa Toscana. Licenciado en Derecho por la Universidad de Pisa, colaborador del Departamento de Derecho Privado de su Facultad de Derecho, se encuentra realizando actualmente sus Doctorado en Historia del Derecho en la Universidad de Macerata, donde está preparando su tesis doctoral relativa nada menos que al principio de la hidalguía universal recogido en el Fuero Nuevo de Bizkaia de 1526. Estudioso de la historia del Derecho y buen conocedor de la historia del Derecho Vasco, Jody Guetta ha publicado recientemente, concretamente en 2009 y en italiano, *Fueros de Vizcaya. Privilegios de foro y jurisdicción en la normativa vizcaína del Antiguo Régimen*.

Y todo esto procede de una semilla que fue sembrada en la Universidad de Deusto durante el Curso 2005-2006. Descubrí entonces que, entre mis alumnos de la asignatura “Historia constitucional y Sistemas Políticos Históricos del País Vasco”, se encontraba como estudiante “Erasmus”, un alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa que se llamaba Jody Guetta. Jody, que siempre ha sido un discípulo muy aplicado, se implicó a fondo en la asignatura, obtuvo unas excelentes calificaciones y me sorprendió totalmente cuando, cierto tiempo des-

pués, me dijo que quería dedicar su tesina de licenciatura (lo que en Italia llaman “tesi di laurea”) al sistema de garantías procesales en el régimen foral vizcaíno. Les aseguro que me quedé totalmente perplejo: ¿qué hacía un estudiante italiano queriendo dedicar su tesina de licenciatura – y ahora también su tesis doctoral-, al estudio de las garantías procesales, de la hidalguía universal y de nuestro sistema judicial foral? ¿Qué tienen nuestras viejas instituciones forales tan atractivo para que alguien que viene de fuera quiera dedicarles su labor de investigación y algunos de los mejores años de su vida?

Pero yo creo saber qué es lo que (aparte de su pasión por el País Vasco y, voy a revelarles un secreto, por el Athletic de Bilbao) le cautivó. Fue lo mismo que sedujo a Adrián Celaya, que me sedujo a mí, que tanto interesaba a Jose Mari, que espero que también les interese a ustedes, que tiene un irresistible atractivo para un jurista y que, sin embargo, es tan poco conocido: el enigma de cómo floreció en el Señorío de Bizkaia, en un territorio que hasta hacía bien poco había sido devastado por las luchas fratricidas entre bandos, un asombroso sistema garantista a partir del Fuero Nuevo de 1526. Ciertamente, algo nuevo surgió en Bizkaia entonces que, como ha escrito, el maestro Celaya, fue capaz de acabar con las devastaciones provocadas por sus mismos hijos para poder gozar del espíritu de la libertad, venciendo al odio y creando ilusiones comunitarias. Eso fue precisamente lo que ocurrió a partir de los últimos años del siglo XV, y su hito jurídico fue el Fuero Nuevo de 1526, el texto jurídico más importante de la historia de la foralidad vizcaína clásica, que Jody analiza detalladamente en su libro en una de sus vertientes menos conocidas: la procesal y penal. Quizá deberíamos tomar buena nota de lo que hicieron nuestros predecesores, y ser capaces de crear también nosotros ilusiones comunitarias, todos juntos, en pro de una sociedad, más justa, más igualitaria, más plural, más democrática, auténticamente reconciliada y en paz. No sé cuál podrá ser nuestra aportación como juristas a una nueva realidad que quizá esté más próxima de lo que creemos, pero por si acaso, y para no olvidar las lecciones del pasado, les invito a que lean con mucha atención el libro

de Jody Guetta y a que se fijan en su magnífico estudio del Fuero Nuevo de Bizkaia, desde la perspectiva del principio que late en sus entrañas: el respeto a la libertad, a la dignidad de la persona, el principio “pro reo”, o como se dice en la terminología del Fuero Nuevo, y más concretamente en la Ley IV del Título XI que Jody Guetta ha escogido como título para el libro, en la aplicación del derecho “no excediendo sino moderando”.

Descubrirán en su estudio un novedoso y documentado enfoque de la polémica institución de la “hidalguía universal vizcaína”, una hidalguía que, a diferencia de las concepciones de otros territorios, se entendió en Bizkaia de una forma diferente y llegó a aplicarse a todos los vizcaínos. Es muy esclarecedor leer a Jody Guetta explicarnos cómo una institución de suyo privilegiada y elitista se extendió por igual a la población vizcaína y constituyó el fundamento teórico del sistema foral, o parafraseando un conocido artículo de Juan Luis Ibarra, que preside hoy este acto, en el fundamento teórico “del factor foral”, y por ende, de su sistema garantista, tan avanzado para aquella época. Y resulta especialmente sugerente su teoría que enlaza este modelo foral vizcaíno con la búsqueda de los orígenes de la unificación del sujeto de derecho, que permitió la aplicación general y a todos por igual del ordenamiento jurídico.

Es también muy interesante ver cómo Jody Guetta disecciona pieza a pieza el sistema penal y de garantías procesales que se contiene en el Fuero Nuevo, un sistema totalmente novedoso para aquel tiempo. En la historia jurídica europea se citan a menudo los textos jurídicos británicos como el “habeas corpus”, como origen remoto de un proceso que conocería hitos fundamentales tales como las grandes declaraciones de derechos del siglo XVIII, pero existen también otros textos jurídicos en el derecho histórico español, como, por ejemplo, el recurso de manifestación de personas del derecho foral aragonés o las garantías procesales forales vizcaínas, con su procedimiento estrella: el procedimiento so (bajo) el árbol de Gernika, que resultan desconocidas para el gran público y aun para muchos juristas. Excepcionalmente, el legislador español se ha hecho eco de ellos (concretamente, en el párrafo tercero del

Preámbulo de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, de habeas corpus), y es nuestro deber darlos a conocer a las generaciones actuales y venideras porque forman parte de nuestro patrimonio jurídico, un patrimonio que nos cumple preservar y difundir.

Pero aún hay más: para entender todo este sistema garantista, Jody Guetta ha entrado a fondo en el estudio del sistema judicial foral vizcaíno hasta hacérselo ver con una claridad nada frecuente en los estudios de los que disponíamos hasta ahora, con la complicación que ello supone, pues en Bizkaia convivían dos derechos distintos, dos lenguas distintas y un complejo sistema institucional. Ya ven que los vizcaínos, y los vascos en general, siempre hemos sido complicados, y así seguimos, y que éste es un país extraordinariamente plural y complejo, que exige hacer “encaje de bolillos” para que todos puedan sentirse cómodos en él, entonces como ahora. Pues Jody Guetta nos describe el entonces: las características generales del sistema judicial foral vizcaíno, cómo funcionaba en los distintos componentes territoriales del Señorío de Bizkaia (Tierra Llana, Ciudad y Villas, Encartaciones, Duranguesado y Valle de Orozko), sus órganos judiciales, los órganos auxiliares de la Administración de Justicia, sus instancias, recursos, etc, la implicación en el mismo del representante de la Corona y máxima autoridad judicial (el Corregidor), de sus ayudantes, de los Alcaldes de Villas y concejos, de los representantes de las instituciones forales vizcaínas (los Diputados Generales), la Sala de Bizkaia y el Juez Mayor en la Real Chancillería de Valladolid, etc. Y lo hace de una forma clarísima.

Es una auténtica delicia de libro: de una extensión ajustada (198 páginas), sistemático, exhaustivo, ameno, está primorosamente escrito y, como dice el profesor Montorzi, catedrático de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, que dirigió la “tesi di laurea” de Jody, es un libro que combina la lucidez, la precisión, el detalle crítico y la eficacia a la hora de reconstruir las instituciones jurídicas. Se lo aseguro: es uno de esos libros que hay que leer y que cuando uno lo empieza, no puede parar hasta acabarlo.

Pero como ustedes han venido a escucharle a él y no a mí, ya es hora de que termine esta presentación que, como solía decir sensatamente aquel gran intelectual y jesuita que fue Baltasar Gracián, “lo bueno si breve, dos veces bueno” y, teniendo en cuenta que vengo de una Universidad de los jesuitas y estamos en la sede de un Tribunal, tendré que aplicarme el cuento de aquello que también decía Gracián, aquello de que “a menos palabras, menos pleitos”. Así que me aplico el “cuento” y les dejo con Jody Guetta. Jody, tuya es la palabra y nuestro el honor.

Muchas gracias. Eskerrik asko.

Presentación del libro *No excediendo sino moderando*¹

JODY GUETTA

Colaborador del Departamento de Derecho Privado
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa

Las garantías procesales en la normativa vizcaína del Antiguo Régimen: éste es –como ustedes habrán advertido correctamente– el tema del que trata el libro que presentamos hoy. Hace precisamente 5 años, cuando llegué a Bilbao como estudiante Erasmus, tenía entre mis objetivos el de buscar, entre las asignaturas que la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto ofrecía, un tema al que dedicar mi tesis de licenciatura, la que en Italia llamamos *tesi di laurea*. Lo que iba buscando era un tema histórico y original. Algo que en Italia no se conociera – o que al menos no se conociera demasiado – y que pudiera despertar en cierto sentido la curiosidad de los profesores de la Universidad de donde yo procedía, la Universidad de Pisa. Lo que encontré cursando la asignatura que Santiago Larrazabal imparte a los estudiantes de Deusto, dedicada a la historia jurídica y política del País Vasco, fue un tema que además de cumplir estos requisitos, también tenía –a mi parecer– el valor de su gran actualidad. En efecto, el de las garantías y los derechos que los ordenamientos jurídicos y los poderes políticos reconocen a sus sujetos en el ámbito procesal – y en particular en el procesal penal – es un tema que, desafortunadamente, aún hoy en día es muy discutido. El hecho de en-

¹ Texto del discurso del Sr. Jody Guetta en la presentación de su libro *No excediendo sino moderando. Garantías procesales en la normativa vizcaína del Antiguo Régimen*. (Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Bilbao, 30 de septiembre de 2010).

contrar elementos sobre este tema en textos normativos –los Fueros– redactados entre la Edad Media y la primera Edad Moderna y propios de un territorio –el Señorío de Vizcaya– que en la historiografía europea suele quedar a la sombra de las grandes entidades políticas de aquella época, me pareció algo muy interesante. Algo a lo que dedicar un estudio más profundo y una inmejorable ocasión para concluir mi carrera universitaria: esta idea encontró de inmediato el interés, aquí, de Santiago Larrazabal y, en Italia, del Profesor Mario Montorzi, de la Universidad de Pisa que, primero dirigió, junto a Santiago, el trabajo; que luego también me dio la oportunidad de publicar mi tesis en la colección que él dirige (*Incontri di esperienza e di cultura giuridica*) y que, finalmente, escribió uno de los dos prólogos de ambas ediciones, la italiana y la española.

No excediendo, sino moderando es, por tanto, un libro que trata ante todo de legislación, de normas escritas. Hay que tenerlo muy en cuenta porque a la hora de hablar de fueros, y especialmente de fueros vizcaínos, no podemos olvidar que nos encontramos frente a un producto jurídico que, en principio, es de origen consuetudinario y jurisprudencial. Es decir, el derecho vizcaíno – y no solo él – nace de los comportamientos observados durante largo tiempo por los habitantes de la región, quienes, repetición tras repetición, reconocieron en ellos las reglas a las que someterse. En estos mismos usos fundaban sus decisiones los jueces antiguos que, juzgando un acto más o menos adecuado a las costumbres del lugar, y por ello más o menos conforme al derecho propio, realizaban una primera exteriorización formal de esta disciplina al utilizarla como regla en sus juicios. Se trata –como es fácil de entender– de un derecho intrínsecamente dinámico, sujeto a la continua evolución de sus contenidos y de sus estructuras, *aparentemente* incompatible de por sí con una fijación escrita, que podría obstaculizar su proceso evolutivo. Digo *aparentemente* porque, en efecto, cuando – aunque tardíamente – las necesidades y las instancias sociales, políticas e institucionales orientadas hacia una formulación escrita de los fueros vencieron estas resistencias, los textos normativos promulgados, a pesar de su intención estabilizadora del

derecho foral, mantuvieron desde algunos puntos de vista este carácter dinámico. A este respecto, pondré dos ejemplos: en primer lugar, se percibe cierto dinamismo en el desarrollo que el derecho penal y procesal penal foral (del que este libro trata principalmente) conoció a lo largo de los distintos y sucesivos textos forales vizcaínos: de manera no lineal, sino siguiendo las instancias y las exigencias del momento en el que cada uno de ellos fue elaborado, el Cuaderno de Juan Nuñez de Lara de 1342 (por cierto, conocido también como Cuaderno Penal), el Cuaderno de la Hermandad vizcaína de 1394 (las denominadas Ordenanzas de Gonzalo Moro), el Fuero Viejo de 1452 con su reforma de 1506 y hasta el modelo garantista que caracteriza el Fuero Nuevo de 1526, denotan un ordenamiento en continua evolución; en segundo lugar, en el Fuero Nuevo, que propone finalmente un cuadro procesal novedoso y mucho menos represivo con respecto a sus antecedentes, en cambio, muy pocas son las disposiciones de carácter sustancial dedicadas al ámbito penal, según el esquema normativo de la indicación del delito perseguido, seguida por la sanción consiguiente: casi parece que el “legislador”, una vez creado el nuevo marco procesal de naturaleza garantista, hubiese querido dejar al albedrío del juez –en el respeto de dicha tradición jurisprudencial de los fueros– la tarea de una ulterior atenuación sancionatoria en sus actos judiciales, sin restringir su actividad dentro de márgenes normativos demasiados estrechos.

Tras esta obligada premisa, vamos a ver, al menos brevemente, cuáles fueron estas garantías procesales que las redacciones forales, y sobre todo el Fuero Nuevo de 1526, introdujeron en el ordenamiento vizcaíno. Para su exposición, en el libro he decidido subdividir las instituciones en tres categorías: las garantías generales, el sistema procesal y el sistema judicial. Cada una de ellas representa – y por lo tanto nos puede ayudar a deducir – los aspectos más característicos del Fuero.

Las *garantías generales* representan lo que fue el estatuto civil del sujeto vizcaíno, es decir, un estatuto de naturaleza nobiliaria. En efecto, la prohibición de la tortura, la inviolabilidad del domicilio, la prohibición

de la prisión por deudas y, en todo caso, sin un específico mandato judicial, etc., junto a otras libertades e inmunidades no procesales también contenidas en el ordenamiento foral (fiscales, militares, etc.), son los derechos típicos de los que, aunque con las debidas matizaciones, gozaba cada uno de los nobles durante el Antiguo Régimen, tanto en Vizcaya como en Castilla, como más o menos en toda Europa. Se trata, por tanto, de derechos nobiliarios nada más y esto parece, a primera vista, reducir el alcance de y el interés hacia tales garantías: pero, ¿qué ocurre si esta nobleza hubiera sido generalizada? Este es, en mi opinión, el aspecto más atractivo de todo el sistema foral de las garantías: el famoso principio de hidalguía universal.

El Fuero Nuevo de 1526 adoptó esta solución ingeniosa de extender un *status* privilegiado y de por sí discriminatorio como el de hidalgo a todos los sujetos del ordenamiento, permitiendo a Vizcaya, al salir de la grave y violenta crisis bajomedieval, garantizar: a) desde el punto de vista puramente histórico, una distribución diferente y más amplia – aunque, evidentemente, no equitativa – de los recursos económicos y de los cargos directivos del Señorío, anteriormente monopolizados sustancialmente por la poderosa nobleza rural local, y b) desde el punto de vista jurídico, una aplicación *erga omnes* de aquellos derechos tradicionalmente reservados a la nobleza. Por poner un ejemplo de este sutil mecanismo jurídico podemos adoptar, como paradigma de dicha extensión aplicativa, la fórmula con la que en el Fuero Nuevo se proclama la prohibición de la tortura: la Ley XII del Título I, sin olvidar que esta garantía era una de las que generalmente se reconocían a todos los miembros de la clase noble, llega a decir que «a Vizcayno alguno – y no a hidalgo alguno – no se dé tormento alguno, ni amenaza de tormento directe ni indirecte».

En una realidad socio-jurídica caracterizada por la división estamental de la sociedad, donde los sujetos eran destinatarios de normas y titulares de derechos no individualmente, sino por ser miembros de un grupo (por ejemplo, el de la Nobleza), la búsqueda de instrumentos que permitiesen a las entidades políticas en pleno desarrollo institucional una aplicación

generalizada, para todos igual y sin distinción de sus específicos actos normativos, es un elemento que aparece durante todo el Antiguo Régimen: se encuentra, por ejemplo, en la constitución *Imperialem*, contenida en los *Libri Feudorum*, en materia de limitaciones a la enajenación de bienes feudales, que se autodefine *lex edictalis [...] perpetuo valitura*, lo que muy probablemente no tuvo un sentido sólo de extensión cronológica, como podría parecer en un primer momento, sino también subjetiva. Y se encuentra también a finales del Antiguo Régimen, en la época de la Ilustración y de la Revolución francesa, cuando se suprimieron los viejos estamentos sociales, dando una visión nueva de la comunidad como conjunto de individuos, todos formalmente idénticos, que en virtud de esta igualdad, gozaban de derechos y libertades. Un importante ius-filósofo italiano, Giovanni Tarello, habló de *unificación del sujeto de derecho*, al referirse a este proceso de transformación del sujeto jurídico, de miembro de un estamento en verdadero individuo, destinatario en cuanto tal de los actos normativos del ordenamiento jurídico y político al que pertenece.

No quiero introducir dogmas interpretativos, sino una simple propuesta historiográfica, casi - si me permiten la expresión - una “provocación”, que pueda dar lugar a un debate sobre este tema, al sostener que el principio de hidalguía universal introducido con el Fuero Nuevo de Vizcaya podría incluirse entre estos mecanismos de generalización en la aplicación de normas jurídicas. En definitiva, podríamos decir que quizá la hidalguía universal constituyó un primer intento - bajo muchos puntos de vista incompleto - de unificación del sujeto de derecho, pero - y aquí está la paradoja - apoyándose en el viejo sistema estamental: los vizcaínos no fueron todos ellos “descendidos” al nivel de individuos, sino elevados al rango de nobles, pudiéndoseles así garantizar el goce de los derechos, libertades, privilegios, o como queramos llamarlos, que correspondían a éstos.

Por lo que afecta las garantías generales, se trata de derechos y libertades nobiliarios astutamente extendidos. Podríamos decir que, parafraseando a Pablo Fernández Albaladejo y a José María Portillo Valdés, las garantías generales recogidas en el Fuero Nuevo - en cuanto formula-

ción completa y definitiva del derecho foral vizcaíno – «venían a ser meras transposiciones y territorializaciones del Fuero de los hijosdalgos castellano». Pero, estoy convencido de que el Fuero Nuevo nos propone algo más que esto. Me refiero a la segunda categoría de garantías, es decir, al sistema procesal penal; éste último nada tiene que ver con el estatuto civil nobiliario del vizcaíno, sino que es el mejor testimonio del valor técnico-jurídico alcanzado por el Fuero de 1526. Es en particular el proceso llamado *só el arbol de Guernica* (el proceso penal ordinario, contra-puesto al extraordinario *de oficio* reservado a los delitos más graves) el que mejor representa este ulterior aspecto del Fuero. En el libro he expuesto su *iter*, tratando cada una de sus fases según su orden lógico y cronológico: he empezado por la denuncia del hecho, siguiendo con la citación del acusado (es decir, el *llamamiento só el arbol*), pasando por el minucioso sistema de recopilación de pruebas, para llegar a la sentencia y a sus recursos, sin olvidar la particularidad del proceso en rebeldía. Me llevaría demasiado tiempo y estaría fuera de lugar en un acto como éste explicar, para cada uno de estos momentos procesales, los datos técnicos más interesantes de la – como diría Manuel de Lekuona – «actitud pro-reo» de este procedimiento. Más brevemente, me limitaré a decir que el denominado *só el arbol de Guernica* fue un proceso caracterizado por su carácter acusatorio y por la publicidad de sus actos, aspectos éstos no tan frecuentes en la época, y que fueron logrados mediante soluciones técnicamente avanzadas y normativamente bien detalladas.

La tercera y última categoría de garantías es la del sistema judicial propio del Señorío, en el que, más que en otros ámbitos, se puede comprobar el relieve constitucional del ordenamiento foral vizcaíno, dado por el mantenimiento de una estructura jurisdiccional (es decir, judicial y administrativa a la vez) separada de la general y común castellana y fruto de la evolución histórico-institucional de este territorio. El sistema judicial vigente en Vizcaya durante la Edad Moderna no fue un producto elaborado *ex novo* por parte del Fuero Nuevo. Este último, a pesar de algunas relevantes novedades, no hizo más que describir un esquema ins-

titucional que había venido formándose durante siglos. El sistema judicial durante el período de su madurez contenía en su seno las huellas de su historia, de su evolución: fue un concentrado de todas las instancias socio-políticas que durante siglos se habían movido a su alrededor y habían intentado su control. Como afirmaron muy acertadamente Javier y José Carlos Enríquez Fernández «los tres componentes básicos del entramado institucional – fueros, cartas municipales y Corregimiento [en representación, respectivamente, de la nobleza rural y banderiza, de las clases emergentes residentes en las villas y de la Corona] – surgen como instancias aisladas, descoordinadas entre sí, cronológicamente en tiempos diferentes y respondiendo a realidades diversas»: de las continuas fricciones entre estos centros de poder, con intervalos de acuerdos más o menos duraderos, tuvo que surgir una estructura judicial no lineal, sino más bien complicada. A este confusionismo contribuyó además la bien conocida subdivisión territorial del Señorío vizcaíno: los diferentes bloques – la Tierra Llana, a su vez dividida en merindades y ellas en anteiglesias, el Duranguesado, las Encartaciones, con sus concejos, y el cuerpo de villas y ciudad – defendieron enérgicamente las prerrogativas y las instancias judiciales de las que cada uno de ellos era titular. De todo ello salió un entramado institucional muy complejo, fuente de contradicciones y conflictos de jurisdicción tanto entre los grados judiciales de menor rango, reservados a las autoridades locales (Alcaldes de Fuero, Alcaldes de la Tierra, los ordinarios de las Villas y los de las Encartaciones), como entre éstas y las instancias superiores comunes a todo el Señorío (Corregidor y sus Tenientes) atribuidas a magistrados nombrados directamente por el Rey en su condición de Señor de Vizcaya.

Algunas palabras más hay que dedicar también a la figura que quizá destaca más en el sistema judicial vizcaíno, es decir, el Juez Mayor de Vizcaya. Este juez presidía la Sala de los hidalgos de Vizcaya, instituida dentro de la Real Chancillería de Valladolid, y tenía competencia, bajo algunos criterios y límites, sobre las apelaciones de las sentencias pronunciadas en el Señorío y, en exclusiva, sobre todos los procesos de vizcaí-

nos residentes en territorios de fuera del Señorío. Se trató, al fin y al cabo, de una instancia judicial que se ocupaba de materia, por decirlo así, vizcaína, aún quedando en el exterior del sistema propio de Vizcaya. Así, de un lado, el Señorío consiguió mantener inalterada la separación entre su jurisdicción y la común del resto del Reino de Castilla; de otro, la Corona tenía a su disposición un juez con competencia sobre vizcaínos pero geográfica e institucionalmente mucho más cercano a la corte castellana y, por ello, mucho más controlable.

Pero la del Juez Mayor no fue la única figura judicial en la que se puede encontrar este entrelazamiento entre las estructuras y las instancias jurisdiccionales castellana y vizcaína. También el Tribunal compuesto por el Corregidor y los Diputados Generales constituyó un ejemplo de esta realidad, otro anillo de este entramado institucional. Este Tribunal, por juzgar sobre las apelaciones propuestas contra los autos y sentencias adoptados por el mismo Corregidor – a su vez como juez de alzada de jueces de rango más bajo –, constituyó la última instancia interna al Señorío a la que las partes podían recurrir antes de que el proceso, para sus eventuales recursos sucesivos, se dirigiese fuera de Vizcaya, hacia Valladolid, a la Sala del Juez Mayor. El contacto entre las voluntades yuxtapuestas de proteger, por parte vizcaína, su propio sistema separado del castellano y, por parte de la Corona, de desarrollar un control – esta vez por medio de la administración de la justicia – más eficaz sobre el Señorío, se expresó aquí con toda su evidencia en el modelo de nombramiento de las dos figuras que componían este Tribunal: de un lado, el Corregidor, el representante del Rey (o, mejor dicho, del Señor) de más alto rango en Vizcaya, vértice – la «piedra angular», dijeron Javier y José Carlos Enríquez Fernández – de la organización político-administrativa vizcaína y, por tanto, nombrado directamente por el Rey entre sujetos que, necesariamente, debían ser no originarios del Señorío; de otro, los Diputados Generales, elegidos por las Juntas Generales de Guernica y, por ello, expresión representativa de la comunidad vizcaína. Dos figuras, por tanto, de procedencia opuesta que colaboraban en el mismo lugar

institucional. Como pueden ver, lo complicado del sistema judicial vizcaíno vuelve a confirmarse una vez más.

En la introducción del libro me preguntaba si las garantías procesales que caracterizan el ordenamiento foral del Señorío de Vizcaya se aproximan a aquellas cartas normativas que han constituido hitos de la historia de los que hoy llamamos derechos humanos, desde la *Magna Carta*, el *Bill of Rights*, la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, etc., hasta la *Declaración universal de los derechos del hombre*. Bien contesta a esta pregunta Santiago Larrazabal en su prólogo, al hablar de «antecedentes históricos remotos de los que hoy en día denominamos derechos fundamentales». En mi opinión, se trata exactamente de eso: de precedentes técnicos de los actuales derechos humanos. Los fueros no adelantaron – y no hubiera podido ser de otra manera – los conceptos y los ideales ilustrados y democráticos que son propios de épocas muy posteriores. Respecto a aquella época, no podemos hablar de *derechos humanos* de la misma manera en que lo hacemos cuando nos referimos a la actualidad, ya que a la mayoría de las garantías – lo hemos comprobado al hablar de hidalguía universal – no se accedía por la propia condición de persona, sino por pertenecer a un grupo socio-territorial bien individualizado y por ello, privilegiado. Pero, por otra parte, también hemos visto cómo los fueros de Vizcaya, y especialmente el Fuero Nuevo de 1526, elaboraron soluciones y modalidades técnico-jurídicas muy avanzadas para la época, las mismas soluciones que, en muchos casos, las futuras declaraciones de derechos, por ejemplo las del siglo XVIII, utilizarán para tutelar libertades que, inevitablemente, serán ontológicamente diferentes de las amparadas por el ordenamiento foral.

ACTIVIDADES DE LA ACADEMIA
AKADEMIAREN JARDUNAK

Actividades de la Academia

JAVIER OLEAGA ECHEVERRIA
Secretario de la AVD-ZEA

Dada la irregularidad con la que se han publicado los últimos números de este boletín, actualmente denominado “JADO”, al que se le ha adoptado una nueva y mejor estructuración en todos los sentidos, como cabe comprobar de su visión y lectura, se ha producido una cierta discontinuidad en esta sección de “Noticias internas – Albistek” y así las hay aparecidas hasta el 31 de diciembre de 2009 (que constan en el boletín nº 18 fechado en diciembre de 2009), si bien el número 19 lleva una referencia necrológica para los asociados fallecidos en el correr de dicho año.

Por tal motivo, en el presente número 20, que lleva fecha de diciembre de 2010 (aunque se distribuirá en abril de 2011), se relacionan las *Noticias internas – Albistek* relativas a todo el año dos mil diez del modo siguiente:

1. La Junta Directiva celebró reuniones los días 16 de enero, 23 de febrero, 15 de marzo, 17 de mayo, 7 de julio, 15 de septiembre, 11 de noviembre y 27 de diciembre.-
2. El 23 de febrero se celebró la VII Asamblea General, y su desarrollo aparece en el Acta correspondiente.
3. Se dio forma al convenio con el Gobierno Vasco por medio de la consejería de Justicia, que se halla en la documentación de la AVD-ZEA.
4. Ya está desarrollada la página Web, de la Academia la que se irá ampliando en su contenido, en el que destaca la jurisprudencia sobre la Ley de Derecho Civil del País Vasco.

5. Como en años anteriores se han seguido manteniendo estrechas relaciones con Instituciones jurídicas cuales Colegio de Notarios, de Abogados, de Registradores, de Procuradores, Universidades, etc., habiéndose utilizado sus salones de actos, graciosamente, para diversos actos de esta Academia, habiéndose recibido subvenciones de varias de dichas entidades.

6. Se celebraron diversas JORNADAS CULTURALES, cuales las de los días:

30 de abril tuvo lugar en la Sociedad Bilbaína, la presentación del libro editado por esta AVD_ZEA, incluido en la colección “Abeurrea”, sobre varios aspectos de la vida y pensamiento de don José-Miguel Azaola, y titulado “*El genio personalista*”, edición cuidada por D. Adrián Celaya, y con textos escritos por él mismo y los señores don Juan Aguirre, don Alfonso Saiz-Valdivielso y don Mitxel Unzueta.

6 de Mayo, en la Sala de conferencias de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación, se pronunció una, expuesta por el miembro de esta AVD-ZEA, don Javier Dívar, en la que se presentó y repartió a los asistentes, el libro titulado “*El Consulado de Bilbao*” tema sobre el que versó la conferencia, y fue publicado e incluido en la citada colección “Abeurrea”.

30 de septiembre, en el Palacio del Justicia del TSJPV con una conferencia del don Jody Guetta, de quien se presentó el interesante libro “*No excediendo sino moderando; garantías procesales en le normativa vizcaína del Antiguo Régimen*”. Libro también publicado integrado en el colección “Abeurrea” como nº 7.

15 de noviembre, en el Hotel Ercilla, dirigió e intervino, dentro de la Quinta jornada de la sección de Derecho Público, cuyo contenido era *“El futuro del sistema autonómico tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de junio de 2010 sobre el Estatuto de Cataluña”*, don Javier Corcuera dirigiendo sendas conferencias, sobre la sentencia del recurso, relativo al Estatuto catalán, dictada por el Tribunal Constitucional. Las interesantes sendas conferencias fueron dictadas por los catedráticos de la Universidad de Barcelona don Xabier Arbós, y don Francesc de Carreras.

30 de noviembre, en el salón de actos del Colegio de abogados de Bilbao se desarrolló la Novena Jornada práctica sobre el Derecho Civil del País Vasco, con el programa que se remitió en su día a los miembros de la AVD-ZEA.

13 de diciembre, en el salón del mismo Colegio de Abogados se expusieron, en diversas conferencias, como en años anteriores, *“Jornada sobre Derecho Cooperativismo y defensa de los consumidores”*.

Igualmente se colaboró con la RSBAP el día 8 de mayo, en el salón de la Escuela de Música de Sestao, a un homenaje, muy sentido, celebrado en honor de nuestro presidente y gran gestor don Adrián Celaya

7. La apertura o iniciación del curso académico 2010 - 2011 de esta AVD-ZEA, tuvo lugar el 27 de octubre, en el salón de actos del Colegio Notarial del País Vasco, según el programa previamente repartido entre nosotros, teniendo por base la Lección pronunciada por nuestro compañero, don Javier Corcuera que llevó por título: *“Reflexión sobre el modelo autonómico español tras la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña”*. Al cierre de dicho acto, el mencionado Colegio obsequió con un cocktail.

8. Se han editado a lo largo del curso los libros ya mencionados El Consulado de Bilbao y sus ordenanzas de Comercio de 1737, de don Javier Divar, José Miguel de Azaola “El genio personalista” de don Adrián Celaya, don Juan Aguirre, don Alfonso Carlos Saiz de Valdivielso y don Mitzel Unzueta, y “No excediendo sino moderando; Garantías procesales en la normativa vizcaína del Antiguo Régimen”, de Jody Guetta.

En este Boletín y siguiente aparecen publicadas las conferencias enunciadas en el apartado anterior número 7.

Respecto a los BOLETINES ORDINARIOS se han editado tres números, con la nueva presentación y formato y dotación de todos los requisitos técnicos. Se trata de los Boletines número 17, 18 y 19, ya denominados “JADO”, que llevan fecha de septiembre de 2009, diciembre 2009 y mayo 2010.

9. Se han recibido diversas donaciones de libros jurídicos y ha adquirido auge el intercambio de publicaciones con otras entidades similares.

10. Hay que lamentar, encomendándoles en nuestras oraciones, a los socios fallecidos en el año, señores don Julián Arzanegui, don José-María Aycart, doña Idoia Irusta y don José María Finez.

FINALMENTE es oportuno recordar que se notifiquen, lo más rápidamente posible, los cambios de las señas para la recepción de la correspondencia, así como los de modificación de la cuenta bancaria, al objeto de que los envíos postales o “e-mail” sean lo más rápidos posibles y se eviten mal gastos.

También cabe agradecer de antemano y solicitar a los asociados, el envío de trabajos para su publicación en los Boletines, así como las notas o noticias que pueda ser interesante hacer constar en los “blogs” de la página WEB.

Akademiaren jardunak

JAVIER OLEAGA ECHEVERRIA
AVD-ZEAren idazkaria

Akademiaren “Noticias internas-Albisteak” atalean eten bat egon da. Akademiaren buletinaren berregituratze-lanak izan dira eten horren arrazoi; izatez, buletinaren azken zenbakiak irregulartasun osoz argitaratu ziren. Berregituratze-lan horretarik sortu da egun JADO izenarekin ezagutzen dugun aldizkaria, eta sortu ere, egitura berri-berriarekin, arlo guztietatik begiratuta, itxuran eta irakurtzean ikus daitekeen moduan. Arestian esan bezala, “Noticias internas-Albisteak” atalak ez du izan jarraitutasunik azken urteotan, izan ere, 2009.urteko abenduaren 31ra arteko albisteak 18 zenbakidun alean, 2009ko abenduan argitaratu zen aldizkarian agertzen dira. 19 zenbakiak, aldiz, urte horretan hildako bazkideen hilberri-txostenak biltzen ditu.

Hori dela bide, 20 zenbakidun ale honek, 2010ko abenduko datarekin 2011ko uztailean banatuko denak, bi mila eta hamarreko urtean gertatukoaren albisteak biltzen ditu, modu honetara:

1. Zuzendaritza batzordeak bilerak egin zituen egun hauetan: urtarrilaren 16an, otsailaren 23an, martxoaren 15ean, maiatzaren 17an, uztailaren 7an, irailaren 15ean, azaroaren 11an eta abenduaren 27an.-
2. Otsailaren 23an egin zen VII. Batzar orokorra, horren nondik norakoak bilerari dagokion aktan jasotzen direla.
3. Eusko Jaurlaritzarekin hitzarmena moldatu zen, Justizia Sailaren bitartez, hitzarmena akademiaren agirien artean dagoela.

4. Akademiaren web orria gauzatu da, eta arian-arian edukia handitzen joango da. Euskal Herriko Zuzenbide Zibilari buruzko legearen Jurisprudentzia da azpimarratzekoa edukiari dagokionez.

5. Aurreko urteetan bezala, harreman estuak izan ditugu beste erakunde juridikoekin, besteak beste, Notario, Abokatu, Erregistrarzaile, Prokuradore Elkargoekin, Unibertsitatearekin eta abar. Esan dezagun, orobat, Akademiak erakunde horien aretoak erabili izan dituela bere ekintzak egiteko eta horietako batzuegandik diru-laguntzak ere jaso dituela.

6. Hainbat kultura-jardunaldi egin dira, jarraian aipatzen diren legez:

Apirilaren 30ean, *Sociedad Bilbaina* delakoan, Akademiak, “Abeurrea” izeneko bildumaren barruan argitaratutako liburua aurkeztu zen, *El genio personalista* izenburupean. Liburuan José Miguel Azaola zenaren bizitza eta pentsaera aztertzen dira. Egilea Adrian Celaya jauna da, Celayaren testu propioez at, Juan Aguirre, Alfonso Saiz-Valdivielso eta Mitxel Unzueta jaunek ere euren testuak argitaratu dituzte liburuan.

Maiatzaren 6an Akademiaren bazkide den Javier Dívar jaunak hitzaldi bat eman zuen Bilboko Merkataritza, Industria eta Nabigazio Ganberaren batzar aretoan. Eta hantxe aurkeztu eta bertaratutako guztiei banatu egin zitzairen *El Consulado de Bilbao* liburua, hark egina. Bilboko Kontsulatua izan zen, hain zuzen ere, mintzagai hitzaldian, eta Akademiaren “Abeurrea” bilduman sartu eta argitaratu da liburua.

Irailaren 30ean, Jody Guetta jaunak hitzaldi bat eman zuen EAEko Auzitegi Nagusiaren Justizia Jauregian, eta bertan aurkeztu zen *No excediendo sino moderando; garantias*

procesales en la normativa vizcaína del Antiguo Régimen liburua, hark egina. Ohi denez, liburua “Abeurrea” bilduman argitaratu zen, 7 zenbakiarekin.

Azaroaren 15ean, Ercilla hotolean Javier Corcuera jaunak parte hartu zuen Zuzenbide publikoaren atalaren bosgarren jardunaldian. Hitzaldia Kataluniako estatutuari buruz izan zen, zehatz esateko Konstituzio Auzitegiak, 2010eko ekainaren 28an, estatutuaren inguruan emandako epaiaren ondoren zehaztutako autonomia-sistemari buruz mintzatu zen. Esan bezala, hitzaldia, Javier Corcuera jaunak zuzenduta, Kataluniako estatutuari buruz izan zen, Konstituzio Auzitegiak emandako epaiari buruz, errekurtsua dela eta. Barzelonako unibertsitateko Xabier Arbós eta Francesc de Carreras katedradunak parte hartu zuten hitzaldi banatan.

Azaroaren 30ean, Euskal Herriko Zuzenbide zibilari buruzko bederatzigarren jardunaldi praktikoa egin zen Bilboko Abokatuen Elkargoko areto nagusian. Jardunaldiaren egitaraua AVD-ZEAren kide guztiei bidali zitzairen, bere garaian.

Abenduaren 13an, Abokatuen Elkargoko areto berberean eta aurreko urteetan bezala, hainbat hitzaldi eman ziren *Jornada sobre Derecho Cooperativismo y defensa de los consumidores* lemapean.

Halaber, EAE, Euskal Herriaren Adiskideen Elkartearekin ere harremanak izan dira. Izan ere, maiatzaren 8an, Adrian Celaya jaunari, gure lehendakaria eta kudeatzailea handi den Adrian Celayari, omenaldi hunkigarria egin zaion, Sestaoko Musika eskolan

7. AVD-ZEAren 2010-2011 ikasturtea irekitzeko ekitaldia urriaren 27an egin zen Euskal Herriko Notario Elkargoko areto nagusian. Egitaraua aurretik banatu zen gure artean. Hitzaldia gure kide den Javier Corcuera jaunak eman zuen *Reflexión sobre el modelo autonómico español tras la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña* izenburupean. Ekitaldia amaitu ondoren aipatu elkargoak kopa bat eskaini zuen.

8. Kurtsoan zehar jada aipatu ditugun hainbat liburu argitaratu dira, besteak beste, Javier Divar jaunaren *El Consulado de Bilbao y sus ordenanzas de Comercio de 1737*; Adrian Celaya, Juan Aguirre, Alfonso Carlos Saiz de Valdivielso eta Mitxel Unzueta jaunek partekatu duten *José Miguel de Azaola “El genio personalista”*, eta Jody Guettak idatzitako *No excediendo sino moderando; Garantías procesales en la normativa vizcaína del Antiguo Régimen*.

Buletin honetan eta hurrengoan daude argitaratuta aurreko atalean, 7 zenbakia duen horretan, gorago aipatutako hitzaldia.

OHIKO BULETINAK direla eta, hiru atera dira eta hiruek betetzen dituzte beharrezko baldintza teknikoak, itxura, formatu eta hornidurari dagokionez. Hiru buletinek 17, 18 eta 19 zenbakia daramate, “JADO” izendatzen dira eta 2009ko irailean, 2009ko abenduan eta 2010eko maiatzean atera ziren.

9. Hainbat liburu juridiko hartu du akademiak dohaintzan, izan ere, antzeko erakundeen artean argitalpenak trukatzekak garrantzi handia hartu du.

10. Gogoan izango ditugu urtean zehar hil diren bazkideak: Julian Arzanegui jauna, José María Aycart jauna, Idoia Irusta andrea eta José María Finez jauna.

AZKENIK, gogoratu nahi dizuet zein garrantzitsua den jakinaraztea ahalik eta arinen, edozein helbide-aldaketa, gutunak jasotzeko garaiz; edota bankuko kontu zenbakiaren aldaketak, horrek errazten baitu posta bidalketa edo posta elektronikoa, eta gainera gastuak murriztu.

Aurrez aldetik eskerrak eman nahi dizkizuegu eta bide batez bazkideei eskatu bidali ditzaten euren lanak buletinetan argitaratzeko, eta baita interesgarriak izan daitekeen edozein aipamen edo albiste web orriko blogean bistaratzeko.

JADO

NORMAS DE PUBLICACIÓN
ARGITALPENERAKO ARAUAK
PUBLICATION STANDARDS

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Las personas interesadas en publicar materiales en la Revista *JADO-Boletín de la Academia Vasca de Derecho / Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria* deben tener en cuenta las observaciones siguientes a la hora de preparar los originales:

1. Los materiales deben ser originales e inéditos. Deben dirigirse al director de la Revista y hay que presentarlos por correo electrónico a la dirección siguiente: secretaria@avd-zea.com.

2. La extensión recomendada para los materiales, en el caso de los estudios, es de 10 a 25 páginas ISO A4 (es decir, aprox. de 21.500 a 56.000 caracteres), a 1,5 de interlínea, en soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable. En el caso de las notas, es de 5 a 10 páginas ISO A4 (es decir, aprox. como máximo 21.500 caracteres), a 1,5 de interlínea, en soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable.

3. Los plazos de presentación de originales finalizan habitualmente:

- el 31 de marzo, para el número que se publica en mayo;
- el 30 de junio, para el número que se publica en septiembre;
- y el 30 de octubre, para el número que se publica en diciembre.

Los materiales se publicarán, preferentemente, en castellano y en euskera. Todo ello sin perjuicio de la publicación de números especiales y extraordinarios, cuya periodicidad se ajustará a la convocatoria correspondiente.

4. Los autores/ras deben indicar el título del texto, su nombre y apellidos, y el cargo o la profesión con que quieren aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.

5. Es necesario que los autores/ras aporten con el texto los datos suficientes para que la revista JADO se pueda poner en contacto con ellos de forma rápida (dirección, teléfonos y correo electrónico).

6. La revista JADO incluye un resumen de los textos publicados en la sección de estudios, que deben elaborar los autores/ras y presentar a la vez que el texto. La extensión máxima del resumen es de 1.000 caracteres (es decir, aproximadamente media página ISO A4, a 1,5 de interlínea). También hay que incluir una lista de palabras clave o descriptores de la materia (máximo 5).

7. Los textos deben ir precedidos de un breve sumario de los diferentes apartados en que se estructuran.

8. Se recomienda la utilización de notas a pie de página a fin de que los lectores de los textos puedan localizar las fuentes de las afirmaciones que se hacen o puedan ampliar el estudio de un punto determinado del artículo.

9. Se recomienda la inclusión de un apartado final de bibliografía, en que se recojan las obras utilizadas en la elaboración del texto o las que se consideran de referencia sobre la materia de que trata el texto.

10. Es necesario que los autores/ras organicen el contenido del texto con una introducción que defina el objeto, un desarrollo que incluya los datos y los argumentos que el autor considere oportuno aportar y una conclusión que presente una propuesta, una valoración o una reflexión final.

11. Se recomienda seguir el siguiente sistema en cuanto a la bibliografía citada:

Apellidos, Nombre, «Título del artículo», *Título de la Revista o del libro* (si el título de la revista es una sigla, no se debe escribir en cursiva), volumen, nº, ciudad de edición, editorial, año de publicación, páginas afectadas.

12. Las citas de las leyes deben seguir el modelo siguiente (o el modelo de citación usual en cada ordenamiento jurídico):

Ex.: Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.

Ad.: Hizkuntza Politikari buruzko urtarrilaren 7ko 1/1998 Legea.

13. Las siglas se tienen que escribir sin puntos, p.ej. LPL. La primera vez que aparezca en un artículo una sigla poco difundida, se tiene que escribir el nombre completo seguido de la sigla entre paréntesis.

14. La revista JADO publica los textos en la lengua original, si se trata de artículos escritos en castellano o euskera. Igualmente, se aceptarán textos en francés o inglés. Las palabras, expresiones y citas que aparezcan en una lengua diferente de la del texto deben escribirse en cursiva.

Los ejemplares de la revista se encuentran a disposición del público, en formato digital, en la siguiente dirección: <http://www.avd-zea.com>.

15. El autor o autores del texto ceden en exclusiva a la Academia los derechos de reproducción de los artículos publicados, incluidos soportes CD-rom, en Internet o por cualquier otro medio informático, así como su inclusión en bases de datos. Los textos publicados serán remunerados en la cuantía que se establezca por la Academia y cada autor recibirá 5 ejemplares de la Revista.

16. El Consejo de Redacción decidirá la publicación de los trabajos sobre la base de una evaluación, que en el caso de los estudios se realizará por evaluadores externos desconociendo la identidad del autor o autores. La evaluación tendrá en cuenta los siguientes criterios: la calidad y rigor de los argumentos presentados; la oportunidad y relevancia del artículo; y la creatividad, metodología, propuestas y aportaciones.

Se comunicará a los autores la decisión sobre publicación (en su caso, condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original) o no de los trabajos enviados, en un plazo inferior a 6 meses. Los

trabajos serán publicados como “Estudios” o como “Notas” según su naturaleza y extensión. Los autores de textos aceptados para su publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 10 días. Los originales enviados que no se considere conveniente publicar no serán devueltos al autor, ni se mantendrá correspondencia con ellos.

ARGITALPENERAKO ARAUAK

Norbaitek interesa baldin badu *JADO* aldizkarian, hau da, *Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkarian* materialak argitaratzeko, honako ohar hauek kontuan hartu beharko ditu, jatorrizkoak prestatzeko orduan:

1. Materialak jatorrizkoak eta argitaragabeak izan behar dira. Aldizkariaren zuzendariari helarazi behar zaizkio, eta, gainera, posta elektronikoz bidali behar dira honako helbide honetara: secretaria@avd-zea.com

2. Materialen neurriari dagokionez, gomendatzen da azterlanek 10-25 orrialde izatea; orrialdeok ISO A4 motakoak izan behar dira eta lerro-arteak 1,5ekoa izan behar da (beste modu batera esanda, azterlanek 21500-56000 karaktere izan behar dituzte, gutxi gorabehera). Azterlanak euskarri informatikoan eman behar dira, ahal bada, Word formatuan edo berrikusteko moduko antzeko formaturen batean. Gomendatzen da, bestalde, oharrek 5-10 orrialde izatea; orrialdeok ISO A4 motakoak izan behar dira eta lerro-arteak 1,5ekoa izan behar da (beste modu batera esanda, oharrek, gehienez ere, 21.500 karaktere izan ahal dituzte, gutxi gorabehera). Oharrak euskarri informatikoan eman behar dira, ahal bada, Word formatuan edo berrikusteko moduko antzeko formaturen batean.

3. Jatorrizkoak aurkezteko epeak data hauetan bukatu ohi dira:

- martxoaren 31n, maiatzean argitaratzen den zenbakiari dagokionez;
- ekainaren 30ean, irailean argitaratzen den zenbakiari dagokionez;
- eta urriaren 30ean, abenduan argitaratzen den zenbakiari dagokionez.

Materialak gaztelaniaz eta euskaraz argitaratuko dira, batik bat. Horri guztiari kalterik egin gabe, zenbaki berezi eta ezohikoak argitara daitezke; deialdi egokiak argituko du zenbaki berezi eta ezohiko horien aldizkakotasuna.

4. Egileek adierazi behar dute zein den testuaren izenburua, zein diren haien izen-abizenak, eta zein kargu edo lanbiderekin identifikatu nahi duten euren burua, artikuluaeren goiko aldean.

5. Egileek, testuarekin batera, zenbait datu eman behar dituzte (helbidea, telefonoak eta helbide elektronikoa), JADO aldizkaria ahalik azkarren eurekin harremanetan jar dadin.

6. JADO aldizkariak, azterlanei dagokien atalean, argitaratutako testuen laburpena jasoko du; laburpen hori egileek eurek prestatu behar dute, eta testuarekin batera aldizkariari helarazi behar diote. Laburpenak, askoz jota, 1000 karaktere izan ditzake (beste modu batera esanda, lerroartea 1,5ekoa izanik, laburpena ISO A4 motako orrialde erdikoa izan behar da, gutxi gorabehera). Orobat gaineratu behar dute egileek gaiari buruzko gako-hitzen zerrenda (gehienez ere, 5 gako-hitz izan daitezke).

7. Testuaren barruko atalak zein izan eta atal horiei buruzko aurkibide laburra jarri behar da testuaren hasieran.

8. Testuen irakurleei erraztu behar zaie egileek egindako baieztapenen iturriak bilatu ahal izatea, eta, orobat, artikuluaeren puntu zehatz bati buruzko ikerketa sakontzea. Hori dela eta, oin-oharrak erabiltzea gomendatzen da.

9. Berebat gomendatzen da azken atala bibliografiari buruzkoa izatea. Atal horretan jaso behar dira testua prestatzeko erabili diren lanak edota testuaren gaiari buruz eredarri izan daitezkeenak.

10. Egileek, testuaren edukia antolatzen dutenean, sarrera idatzi behar dute, testuaren xedea definitzeko; ondoren, gaia garatu behar dute, eta, garatze horretan, egileak egoki ikusten dituen datuak eta argudioak jaso behar dira; eta, bukatzeko, ondorioetan, proposamena, balorazioa edo azken hausnarketa egin behar da.

11. Bibliografia aipatzeko orduan, honako sistema hau erabiltzea gomendatzen da:

Abizenak, Izena, «Artikuluaren izenburua», *Aldizkariaren edo liburuaren izenburua* (aldizkariaren izenburua siglaren bidez eman bada, hori ez da etzanez idatzi behar), liburukia, zenbakia, argitaratze-hiria, argitaletxea, argitaratze-urtea, aipatu beharreko orrialdeak.

12. Legeak aipatzeko orduan, honako eredu hau bete behar da (edo, bestela, kasuan kasuko antolamendu juridikoan ohiko den eredu):

Ex.: Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.

Ad.: Hizkuntza Politikari buruzko urtarrilaren 7ko 1/1998 Legea.

13. Siglak punturik gabe idatzi behar dira; esate baterako, HPL. Erabilera urriko siglaren bat artikuluan lehen aldiz agertzen denean, izen osoa idatzi behar da, eta, ondoren, sigla jarri behar da kakotzen artean.

14. JADO aldizkariak jatorrizko hizkuntzan argitaratzen ditu testuak, baldin eta artikulua gaztelaniaz edo euskaraz idatzita badaude. Era berean, frantsesez nahiz ingelesez idatzitako testuak onartuko dira. Testuan hizkuntza zehatza erabilia, zenbait hitz, esamolde edo aipamen beste hizkuntza batean agertzen badira, horiek letra etzanez idatzi behar dira.

Aldizkariaren aleak jendearen esku jarriko dira, formatu digitalean, honako helbide elektroniko honetan: <http://www.avd-zea.com>.

15. Testuaren egileak edo egileek modu eskusiboan lagatzen dizkiote Akademiari argitaratutako artikuluen gaineko erreproduzio-eskubideak; lagatze horrek bere barruan hartzen ditu CD ROM euskarriak, Internet nahiz bestelako baliabide informatikoak, baita datu-baseetan sartzeko aukera ere. Argitaratutako testuak ordaindu egingo dira, Akademiak berak ezarritako kopuruarekin, eta egile bakoitzak aldizkariaren 5 ale jasoko ditu.

16. Erredakzio batzordeak erabakiko du zein lan argitaratzen den, eta, horretarako, lanen gaineko ebaluazioa egingo du; azterlanen kasuan, kanpoko ebaluatzaileek egingo dute hori, eta ebaluatzaileok ez dute jakingo nor diren egileak. Ebaluazioak kontuan hartuko ditu honako irizpide hauek: aurkeztutako argudioen kalitatea eta zorroztasuna; artikulua egokitasuna eta garrantzia; eta, halaber, sormena, metodologia, proposamenak eta ekarpenak.

Egileei jakinaraziko zaie, askoz jota 6 hileko epean, haiek bidalitako lana argitaratuko den (hala denean, jatorrizko bertsioan zenbait aldaketa eginez eta horren baldintzapean) edo ez den argitaratuko. Lanen izaera eta neurria aintzakotzat hartuta, lanok “azterlanak” edo “oharrak” izango dira. Behin testuen argitaratzea onartuta, egileei eskatu ahal zaie inprimatze-probak zuzentzea; proba horiek 10 eguneko epean itzuli beharko dira zuzenduta. Jatorrizkoak bidali arren, ez bada egokitzen jo horien argitalpena, ez zaizkio jatorrizko horiek egileari itzuliko, eta ez da egileekin posta-harremanik abiaraziko.

PUBLICATION STANDARDS

Those persons interested in publishing articles in the *JADO Review of the Basque Academy of Law / Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria* magazine must take into account the following points when drafting the original:

1. The articles must be original and unpublished. They should be addressed to the editor of the magazine and must be submitted by email to the following address: secretaria@avd-zea.com.

2. The recommended article length is, in the case of field studies that of 10-25 A4 pages (that is, approx. 21,500-56,000 characters), 1.5 spacing between lines, on electronic format, preferably in Word or Revisable Form Text. In the case of explanatory notes, 5- 10 A4 pages (that is, approx. a maximum of 21,500 characters), 1.5 spacing between lines, on electronic format, preferably in Word or Revisable Form Text.

3. The submission deadlines of original papers customarily ends on:

- 31 March, for the issue published in May;
- 30 June, for the issue published in September;
- and 30 October, for the issue published in December.

The articles will be published, preferably in Spanish and Basque that is, notwithstanding the publication of special and extraordinary issues, whose frequency is adapted to the corresponding tender.

4. The authors should indicate the manuscript title, name and surnames, and the job title or profession with which they wish to be identified by in the heading of the article.

5. It is necessary that authors furnish with the manuscript sufficient information so that the JADO magazine may get into touch with them quickly (address, telephone numbers and email)

6. The JADO magazine includes an abstract of all manuscripts published in the field studies section, which must be drafted by the authors and submitted at the same time as the manuscript. The maximum length of the abstract is 1,000 characters (that is, approximately half an A4 page, 1.5 spacing between lines). It must also include a list of key words or subject descriptors (max. 5).

7. The texts are preceded by a brief summary of the different sections which the article is structured.

8. The use of footnotes is recommended so that the readers of the manuscripts may locate the sources of the statements made or to broaden the scope of the field study of a specific point of the article.

9. The inclusion of a final bibliography is recommended, where the sources used in the drafting of the manuscript or those that are considered as references concerning the subject matter of the manuscript are compiled.

10. It is necessary that the authors organise manuscript contents with an introduction defining the purpose, and a chronology which includes the information and arguments that the author considers appropriate to do so and a conclusion that proffers a proposal, an assessment or a final deliberation.

11. The use of the following system in terms of the aforementioned bibliography is recommended:

Surnames, Name, «Article title», *Magazine or Book title* (if the title of the magazine is an acronym, it must not be written in italics), volume no., city of publication, publisher, year of publication, affected pages.

12. The citing of laws should follow the following model (or the usual model of citation in each legal framework):

Ex.: Law 1 /1998, of 7 January, on Political Linguistics.

Ad.: Hizkuntza Politikari buruzko urtarrilaren 7ko 1/1998 Legea.

13. The acronyms should be written without dots, e.g. LPL. The first reference to an acronym that appears in an article even if it is a little known acronym should always be written in full, followed by the abbreviation in parentheses after that first full reference,

14. The JADO magazine publishes the texts in the original languages, if it deals with articles written in Spanish or Basque. Likewise, texts in French or English are accepted. Words, phrases and quotations which appear in a different language to that of the text should be written in italics.

Copies of the magazine are available to the public, in digital format at the following address: <http://www.avd-zea.com>.

15. The author or authors of the text assign to the Academy the exclusive reproduction rights of the published articles, including CD-ROMs, on the Internet or by any other IT medium, as well as its inclusion into databases. The published texts will be paid an amount that is set by the Academy and each author will receive five copies of the Magazine.

16. The Publishing Committee will decide which papers are published on the basis of an evaluation system that in the case of studies shall be a blind evaluation carried out by external reviewers who are unaware of the identity of the author or authors. The evaluation shall take into account the following criteria: quality and precision of the arguments raised; the timeliness and relevance of the article; and the creativity, methodology, proposals and contributions.

Authors will be notified of the decision with regards to publication (where appropriate, subject to the introduction of changes with respect to the original version) or otherwise of the papers submitted, within a period of less than 6 months.

The papers will be published as “Field Studies” or as “Explanatory notes” according to its nature and length. The authors of the texts accepted for publication may be required to correct the printing proofs, which must be returned within 10 days. Submitted originals that are rejected as not suitable for publication will not be returned to the author, nor will correspondence be entered into with same.

PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA
VASCA DE DERECHO*
ZUZENBIDEAREN EUSKAL
AKADEMIAREN ARGITALPENAK*
PUBLICATIONS LIST OF THE
BASQUE ACADEMY OF LAW

* El catálogo de publicaciones de la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia se halla disponible, igualmente, en www.avd-zea.com.

Zuzenbidearen Euskal Akademiaren argitalpen-katalogoa eskura dago, halaber, www.avd-zea.com webgunean.

PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA

VASCA DE DERECHO

BOLETÍN

- Boletín nº 0, junio de 2003, 47 págs. Contiene los Estatutos de la Academia.
- Boletín nº 1, noviembre de 2003, 72 págs.
- Boletín nº 2, junio de 2004, 88 págs.
- Boletín nº 3, septiembre de 2004, 100 págs.
- Boletín nº 4, diciembre de 2004, 110 págs.
- Boletín nº 5, marzo de 2005, 120 págs.
- Boletín nº 6, junio de 2005, 120 págs.
- Boletín nº 7, septiembre de 2005, 152 págs.
- Boletín nº 8, diciembre de 2005, 176 págs.
- Boletín nº 9, marzo de 2006, 184 págs.
- Boletín nº 10, noviembre de 2006, 188 págs.
- Boletín nº 11, diciembre de 2006, 198 págs.
- Boletín nº 12, marzo de 2007, 224 págs.
- Boletín nº 13, septiembre de 2007, 232 págs.
- Boletín nº 14, diciembre de 2007, 192 págs.
- Boletín nº 15, junio de 2008, 254 págs.
- Boletín nº 16, septiembre-diciembre de 2008, 336 págs.
- Boletín nº 17, septiembre de 2009, 330 págs.
- Boletín nº 18, diciembre de 2009, 324 págs.
- Boletín nº 19, mayo de 2010, 420 págs.
- Boletín extraordinario nº 1, diciembre de 2004, 222 págs. Jornada sobre el poder testatorio y el artículo 831 del Código Civil.

- Boletín extraordinario nº 2, junio de 2006, 112 págs. Jornada sobre la implantación del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea.
- Boletín extraordinario nº 3, diciembre de 2006, 192 págs. Jornada sobre la Ley vasca para la igualdad de mujeres y hombres.
- Boletín extraordinario nº 4, junio de 2007, 254 págs. Jornada “Hacia la primera Ley Civil Vasca”.
- Boletín extraordinario nº 5, marzo de 2008, 144 págs. Jornada “El proyecto de Ley Civil Vasca: cuestiones prácticas”.

COLECCIÓN ABEURREA

1. *Señores de Bizkaia. De Don Diego López de Haro V a Isabel la Católica.* Por Adrián Celaya Ibarra. 500 págs.
2. *Así nació Bizkaia. De Arrigorriaga al Fundador de Bilbao.* Por Adrián Celaya Ibarra. 344 págs.
3. *El Derecho Vasco.* Por Jesús Galíndez; con introducciones de Adrián Celaya Ibarra y Santiago Larrazabal Basañez. XXVI + 232 págs.
4. *Los Fueros de Bizkaia.* Por Adrián Celaya Ibarra. 285 págs.
5. *José Miguel Azaola. El genio personalista.* Por Adrián Celaya Ibarra, Juan Aguirre, Miguel Unzeta Uzcanga y Alfonso C. Sanz Valdivieso. 272 págs.
6. *El Consulado de Bilbao y sus ordenanzas de Comercio de 1737.* Por Javier Divar Garteiz-Aurrecoa, 136 págs.
7. *No excediendo sino moderando.* Por Jody Guetta. 198 págs.

COLECCIÓN CLÁSICOS DE DERECHO VASCO (REPRODUCCIÓN EN FACSIMIL)

1. *Derecho Civil de Vizcaya*, por Rodrigo Jado y Ventades, reproducción de la segunda edición publicada en 1923, con una introducción de Adrián Celaya Ibarra, XXX + 676 págs.
2. *Actas de las sesiones celebradas por la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya (1902)*, con una introducción de Andrés Urrutia Badiola, XXVI + 277 págs.

3. *La Troncalidad en el Fuero de Vizcaya* (1898), por Luis Chalbaud con una introducción de Javier Chalbaud, XIX + 137 págs.
4. *Estudios Jurídicos del Fuero de Vizcaya* (1918), por José Solano y Polanco, con una introducción de José Miguel Gorostiza Vicente, XXXII + 376 págs.
5. *Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya en lo civil dentro y fuera del Señorío de aquel nombre* (1899), por Carlos de la Plaza y Salazar, dos tomos en un volumen, con una introducción de Adrián Celaya Ibarra, XXXI + 250 + 288 págs.
6. *Derecho Privado de Vizcaya* (1903), por Diego Angulo Laguna, con una introducción de José M^a Arriola Arana, XXVIII + 275 págs.
7. *El Derecho Civil de Bizkaia antes del Código Civil*, con textos de Antonio de Trueba, Miguel de Unamuno, Ángel Allende Salazar, Manuel Lecanda y la Sociedad de Economía Social de París. Con una introducción y comentarios de Adrián Celaya Ibarra, 232 págs.
8. *Fuero de las M.N. y L. Encartaciones* (1916), por Fernando de la Quadra Salcedo, con una introducción de Adrián Celaya Ibarra y una semblanza biográfica por Ángel M^a Ortiz Alfau. 2^a edición, 1899. XX + 264 págs.
9. *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, por Álvaro Navajas Laporte, con una introducción de José María M. Aycart Orbegozo, XIX + 290 págs.

COLECCIÓN LANBIDEAK

1. *Becas: Una cuestión de contornos*, por Francisco Javier Arrieta Idiákez. 135 págs.
2. *El respaldo europeo al Concierto Económico Vasco*, por Iñaki Alonso Arce, 454 págs.

OTRAS OBRAS EN LAS QUE HA COLABORADO LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO

- *Dufau bi anaiak*, por Henri Duhau, con una introducción de Andrés Urrutia, publicado por Elkar, 356 págs.

ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIAREN ARGITALPENAK

ALDIZKARIA

- 0. zk., 2003ko ekaina, 48 or. Akademiaren barne-araudia dakar.
- 1. zk., 2003ko azaroa, 72 or.
- 2. zk., 2004ko ekaina, 88 or.
- 3. zk., 2004ko iraila, 100 or.
- 4. zk., 2004ko abendua, 110 or.
- 5. zk., 2005eko martxoa, 112 or.
- 6. zk., 2005eko ekaina, 120 or.
- 7. zk., 2005eko iraila, 152 or., euskaraz oso-osorik.
- 8. zk., 2005eko abendua, 176 or.
- 9. zk., 2006ko martxoa, 184 or.
- 10. zk., 2006ko azaroa, 188 or., euskaraz oso-osorik.
- 11. zk., 2006ko abendua, 198 or.
- 12. zk., 2007ko martxoa, 224 or.
- 13. zk., 2007ko iraila, 232 or., euskaraz oso-osorik.
- 14. zk., 2007ko iraila, 192 or.
- 15. zk., 2008ko ekaina, 254 or.
- 16. zk., 2008ko iraila-abendua, 336 or.
- 17. zk., 2009ko iraila, 330 or.
- 18. zk., 2009eko abendua, 324 or.
- 19. zk., 2010eko maiatza, 420 or.
- 1. zenbaki berezia, 2004ko abendua, 222 or. Gaia: Oinordetza-zuzenbidea: Testamentu-ahalordea eta Kode Zibilaren 831. artikuluko arauketa berria.

- 2. zenbaki berezia, 2006ko ekaina, 112 or. Gaia: Europako Kooperatiba-Sozietatearen Estatutua ezartzea.
- 3. zenbaki berezia, 2006ko abendua, 192 or. Gaia: Emakumezkoen eta gizonezkoen arteko berdintasunari buruzko euskal legea.
- 4. zenbaki berezia, 2007ko ekaina, 254 or. Gaia: Euskal Lege Zibil Berria.
- 5. zenbaki berezia, 2008ko martxoa, 144 or.; gaia: Euskal Lege Zibilaren proiektua: arazo praktikoak.

ABEURREA BILDUMA

1. *Señores de Bizkaia. De Don Diego López de Haro V a Isabel la Católica.* Egilea: Adrián Celaya Ibarra, 500 or.
2. *Así nació Bizkaia. De Arrigorriaga al Fundador de Bilbao.* Egilea: Adrián Celaya Ibarra, 342 or.
3. *El Derecho Vasco.* Egilea: Jesús Galindez; sarrerak: Adrián Celaya Ibarra eta Santiago Larrazabal Basañez, XXVI + 232 or.
4. *Los Fueros de Bizkaia.* Egilea: Adrián Celaya Ibarra. 285 or.
5. *José Miguel Azaola. El genio personalista.* Egileak: Adrián Celaya Ibarra, Juan Aguirre, Miguel Unzeta Uzcanga eta Alfonso C. Sanz Valdivieso. 272 or.
6. *El Consulado de Bilbao y sus ordenanzas de Comercio de 1737.* Egilea: Javier Divar Garteiz-Aurrecoa, 136 or.
7. *No excediendo sino moderando.* Egilea: Jody Guetta. 198 or.

EUSKAL ZUZENBIDEAREN KLASIKOAK BILDUMA (FAK-SIMIL ITXURAN ARGITARATUAK)

1. *Derecho Civil de Vizcaya.* Egilea: Rodrigo Jado y Ventades; 1923an agertutako bigarren edizioaren berrargitalpena; sarrera: Adrián Celaya Ibarra; XXX + 676 or.
2. *Actas de las sesiones celebradas por la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya (1902);* sarrera: Andres Urrutia Badiola, XXVI + 277 or.

3. *La Troncalidad en el Fuero de Vizcaya* (1898). Egilea: Luis Chalbaud; sarrera: Javier Chalbaud, XIX + 137 or.
4. *Estudios Jurídicos del Fuero de Vizcaya* (1918). Egilea: José Solano y Polanco; sarrera: José Miguel Gorostiza Vicente, XXXII + 376 or.
5. *Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya en lo civil dentro y fuera del Señorío de aquel nombre* (1899). Egilea: Carlos de la Plaza y Salazar; liburuki bi ale bakar batean; sarrera: Adrián Celaya Ibarra, XXXI + 250 + 288 or.
6. *Derecho Privado de Vizcaya* (1903). Egilea: Diego Angulo Laguna; sarrera: José M^a Arriola Arana, XXVIII + 275 or.
7. *El Derecho Civil de Vizcaya antes del Código Civil*; Testuak: Antonio de Trueba, Miguel de Unamuno, Ángel Allende Salazar, Manuel Lecanda eta “Sociedad de Economía Social de París”; Sarrera eta iruzkinak: Adrián Celaya Ibarra, 232 or.
8. *Fuero de las M.N. y L. Encartaciones* (1916). Egilea: Fernando de la Quadra Salcedo; Sarrera: Adrián Celaya Ibarra; Biografia laburra: Ángel M^a Ortiz Alfau. 2, argitaraldia, 1899. XX + 264 or.
9. *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*. Egilea: Álvaro Navajas Laporte; sarrera: José María M. Aycart Orbeago, XIX + 290 or.

LANBIDEAK BILDUMA

1. *Becas: Una cuestión de contornos*. Egilea: Francisco Javier Arrieta Idiákez. 135 or.
2. *El respaldo europeo al Concierto Económico Vasco*. Egilea: Iñaki Alonso Arce, 454 or.

AVD-ZEA-REN LAGUNTZAZ ARGITARATUTAKO LANAK

- *Dufau bi anaiak*. Egilea: Henri Duhau; sarrera: Andres Urrutia; argitaletxea: Elkar, 356 or.

