EUSKAL
ZUZENBIDE
ZIBILAREN
BATZORDEA

COMISIÓN DE
DERECHO
CIVIL
VASCO

Nº EXPTE. TRAMITAGUNE : DNCG_LEY_2823/19_04

En mi calidad de Secretario general de la Comisión de Derecho civil vasco (CDCV), me complace poder expedir y remitirles el presente informe, elaborado en el seno del Comité Técnico de la CDCV en respuesta a las cuestiones que a este órgano se han planteado:

INFORME DEL COMITÉ TÉCNICO Nº 1/2022

INFORME RELATIVO AL ANTEPROYECTO DE LEY DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA Y SU GARANTÍA, PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN

I.- OBJETO.

El Departamento de IGUALDAD, JUSTICIA Y POLÍTICAS SOCIALES del Gobierno Vasco ha elaborado el ANTEPROYECTO DE LEY DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA Y SU GARANTÍA, PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN y ha solicitado informe de la Comisión de Derecho civil vasco en relación con la regulación que se contiene en el proyecto y su posible afectación con respecto a materias propias del orden civil y del Derecho de familia, en tanto que materias propias del Derecho civil vasco en el que la Comisión es el órgano consultivo especializado.

II.- INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN DE DERECHO CIVIL VASCO

La Comisión de Derecho civil vasco (CDCV), creada a través de la Disposición Adicional Primera de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, es (conforme al artículo 1 de sus Estatutos, aprobados por Decreto 140/2016, de 4 de octubre), "el órgano consultivo de naturaleza colegiada que tiene como misión impulsar el desarrollo del Derecho civil vasco por medio de la investigación, evaluación, discusión de propuestas y asesoramiento respecto al Parlamento y Gobierno vascos, incluida la función de proponer innovaciones y modificaciones legislativas en la materia".

La Comisión se encuentra adscrita al Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno, de conformidad con el artículo 2.2.h del Decreto 8/2021, de 19 de enero, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno, que a su vez tiene asignada, en virtud del Decreto 18/2020, de 6 de septiembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos, el área de actuación de "conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y Especial del País Vasco".

Entre las funciones de la CDCV destaca, en relación con la solicitud recibida, la de asesorar "a la persona titular del departamento competente en materia de Derecho civil, o en su caso al resto de departamentos de la Administración general, y asimismo al órgano parlamentario encargado de la interlocución con la Comisión, siempre que lo requieran" (artículo 5.a de los Estatutos de la CDCV).

Así mismo, dentro de la CDCV, esa función está encomendada, en concreto, al Comité técnico (artículo 13.f de los Estatutos de la CDCV) "integrado por letrados y letradas de los servicios jurídicos centrales o de las asesorías jurídicas de los diferentes departamentos de la Administración general de la Comunidad Autónoma", que "desempeñará su trabajo de modo permanente" bajo la dirección de la Secretaría general de la CDCV (artículo 12.1 de los Estatutos de la CDCV).

Debemos advertir que el presente informe, como no podría ser de otra manera, se circunscribe a los términos de la consulta planteada, desde la perspectiva de la competencia la Comunidad Autónoma en materia de "conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y Especial del País Vasco" y de la interacción del proyecto de Decreto con las normas del Derecho civil vasco que constituyen el objeto de análisis de la Comisión.

Por lo cual, quedan fuera de nuestra labor el realizar un análisis global o exhaustivo de la legalidad del proyecto de Decreto o del procedimiento de elaboración, que en su caso serán objeto de análisis por el órgano pertinente tomando en consideración lo previsto en la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General.

Finalmente, la respuesta a las cuestiones que, de esta manera y en estos términos, se hayan planteado a la CDCV, se remitirán por dicha Secretaría general a la dirección o departamento de la Administración general que haya cursado la consulta, por orden del Presidente de dicho órgano y de conformidad con los artículos 7.h y 11.3, apartados a) y g), de los Estatutos de la CDCV.

III.- JUSTIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN.

La exposición de motivos que acompaña al texto articulado que se ha sometido a nuestro análisis, en relación con la justificación de la regulación proyectada, aclara que:

> *Hasta la aprobación de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma habían limitado su actividad legislativa en el ámbito de la atención a los niños, niñas y adolescentes a la regulación de aspectos específicos en áreas de su competencia, tales como la educación o la salud. En contraposición, la protección a niños, niñas y adolescentes en situación de riesgo o de desamparo y la atención socioeducativa a personas infractoras menores de edad constituían ámbitos que carecían de un desarrollo normativo especifico en la materia, a pesar de resultar fundamentales para la promoción y protección de los derechos de un colectivo de la población infantil y adolescente especialmente vulnerable.*
>
> *Es por ello que el citado texto legal consiguió el hito importantísimo de dotar a la Comunidad Autónoma del País Vasco de un marco jurídico global de referencia en materia de atención y protección a la infancia y la adolescencia, y llenar ese vacío existente en el ordenamiento jurídico vasco. En especial, logró reunir, en un único texto, el conjunto de derechos básicos que otros instrumentos normativos, de carácter autonómico, estatal o internacional, reconocían en favor de niños, niñas y adolescentes, y, a su vez, estableció expresamente los principios que debían regir la actuación administrativa a fin de promover y defender el ejercicio efectivo de tales derechos. Además, definió el marco competencial e institucional que resultaba aplicable. De tal forma que la ley actuaba como un instrumento cohesionador de la materia, lo que contribuía a reforzar la seguridad jurídica.*
>
> *Durante los más de diecisiete años transcurridos desde la aprobación del texto legal, se han producido importantes cambios sociales, jurídicos y económicos que inciden en la situación de las personas menores de edad. Y, de forma especial, en su concepción de sujetos titulares de*

derechos, pero también de deberes y responsabilidades, y en la mayor exigencia de una participación activa en la vida democrática del siglo XXI.

Todos estos cambios han motivado, a su vez, importantes modificaciones e innovaciones normativas, que han dado lugar a un nuevo escenario legislativo que no tenía reflejo en la Ley de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia. Esta nueva realidad demandaba, necesariamente, una adecuación de su contenido, y, de forma particularizada, de sus instrumentos de protección jurídica, los cuales debían reformularse, para adaptarlos a las nuevas circunstancia y realidad imperantes en la sociedad, y, en último término, asegurar el cumplimiento pleno de las previsiones constitucionales y las normas de carácter internacional.

En este sentido, se debe avanzar en la articulación de medidas específicas de promoción y prevención, que actúen, de facto, como un verdadero instrumento de protección, en línea con los estándares internacionales de garantía de los derechos de la infancia y la adolescencia, y que se sitúen a la vanguardia del escenario internacional.

En coherencia con este contexto, resulta imprescindible una revisión y reforma integral de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, articulada en torno a un nuevo texto legal que la sustituya, y que, de acuerdo con el nuevo escenario legislativo estatal, instaure un nuevo marco jurídico de referencia, estable y de calidad, en relación con las personas menores de edad. Y, en los mismos términos, es necesario contar con una nueva regulación que, terminando con la fragmentación normativa existente, tanto en el ámbito estatal como autonómico, refuerce la seguridad jurídica.

IV.- MARCO LEGAL.

En coherencia con lo anterior, el Anteproyecto de Ley que nos ocupa, de conformidad con lo expresado en la exposición de motivos que lo acompaña, viene a resumir así el contenido que pretende abarcar y, por tanto, el marco legal y competencial en el que el mismo se habrá de desenvolver:

Siguiendo con la tendencia general apuntada a nivel internacional, y, en particular, con los postulados que derivan de las Observaciones Generales del CDN, la presente Ley de Infancia y Adolescencia reviste un carácter integral y apuesta por una ordenación completa y sistemática de la materia. Esto es, regula y desarrolla, en un único texto articulado, y dentro de las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma por el Estatuto de Autonomía del País Vasco, aprobado por la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, todas las cuestiones referidas a la infancia y la adolescencia; y, fundamentalmente, aquellas destinadas a asegurar y proteger el ejercicio de sus derechos.

A tal efecto, se aglutinan en una misma norma jurídica la legislación básica estatal sobre infancia y adolescencia, dispersa, a su vez, en distintos cuerpos legislativos, y las disposiciones normativas incluidas en leyes sectoriales autonómicas (en materia de sanidad, educación o vivienda, por ejemplo), que incidían sobre la población infantil y adolescente, y, en muchos casos, repercutían directamente en el ejercicio de sus derechos.

Partiendo de ese presupuesto, se proporciona un marco de referencia coherente con el resto del ordenamiento jurídico (estatal, de la Unión Europea e internacional), que facilite su conocimiento y comprensión. Y, consecuentemente con ello, facilite la actuación de las administraciones públicas vascas sobre las que recae la aplicación de la norma y clarifique la toma de decisiones de las personas, agentes y profesionales obligados a su cumplimiento, pero también de la propia sociedad en su conjunto, en especial, de la población infantil y adolescente.

En última instancia, se supera la precariedad que existía en la regulación de una materia tan sensible como la referente a la infancia y la adolescencia, provocada por la superposición de distintos regímenes jurídicos no siempre coherentes entre sí, además de por la dispersión de las normas que resultaban de aplicación, y que actuaba en detrimento del principio constitucionalmente garantizado de seguridad jurídica.

Así, la fragmentación normativa únicamente contribuía a generar confusión, dificultades o dudas de aplicación de la norma en situaciones concretas, dando lugar a interpretaciones y respuestas diversas, ante una misma cuestión, en función de si se tomaban en consideración determinadas disposiciones normativas de forma individual y exclusiva, o puestas en relación con disposiciones específicas conexas, insertas en otros cuerpos legislativos; circunstancias todas estas que han ocasionado incertidumbre y problemas de certeza e inseguridad jurídica.

Desde esas premisas, el contenido de la ley se aborda desde un enfoque global, de carácter multidisciplinar y transversal, y primando la acción preventiva, en especial, frente a cualquier forma de violencia, y fortaleciendo la participación infantil, no solo en el marco de los procedimientos, sino también en otros espacios de trabajo colaborativo.

En este contexto, el dictado de las disposiciones normativas contenidas en esta ley se enmarca dentro del artículo 9 del Estatuto de Autonomía, que atribuye a los poderes públicos vascos, en el ámbito de su competencia, el mandato de velar y garantizar el adecuado ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de la ciudadanía; impulsar particularmente una política tendente a la mejora de las condiciones de vida y trabajo; adoptar aquellas medidas que tiendan a fomentar el incremento del empleo y la estabilidad económica; adoptar aquellas medidas dirigidas a promover las condiciones y a remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean efectivas y reales, y, facilitarán la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social del País Vasco.

En el plano estrictamente competencial, la ley se sitúa, fundamentalmente, en el marco que define el artículo 10 del Estatuto de Autonomía. Dicho precepto otorga a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre un amplio abanico de materias, y, entre ellas, tiene una especial relevancia el «desarrollo comunitario, condición femenina y política infantil, juvenil y de la tercera edad» (apartado 39). Asimismo, destaca la competencia exclusiva que le atribuye en materia de «asistencia social» (apartado 12), «fundaciones y asociaciones de carácter benéfico asistencial (apartado 13) y «organización, régimen y funcionamiento de las Instituciones y establecimientos de protección y tutela de menores, penitenciarios y de reinserción social, conforme a la legislación general en materia civil, penal y penitenciaria» (apartado 14).

A todas la anteriores, se suman las siguientes materias relacionadas en el artículo 10: «cultura»; (apartado 17); «defensa del consumidor y usuario» (apartado 28, y en los términos del artículo 10.27 del Estatuto de Autonomía); vivienda (apartado 31); y, «deporte, ocio y esparcimiento» (apartado 36).

De otro lado, resulta especialmente trascendente la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma para la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia», al amparo del artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía, en relación con el artículo 149.8 de la Constitución.

Por último, es preciso resaltar que la presente ley se sitúa en la línea de los títulos competenciales autonómicos en materia de educación, sanidad, medios de comunicación social y medio ambiente.

Este reconocimiento de la especial trascendencia que, respecto de la regulación proyectada, tiene la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma para la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia», al amparo del artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía, nos sitúa ya en el marco del artículo 1.1 de la Ley 5/2015, en cuanto, como no podía ser de otra manera, apunta a la Ley como fuente del Derecho civil vasco, y el artículo 3.2 de la Ley 4/2022, de 19 de mayo, del Recurso de Casación Civil Vasco, conforme a la cual: "A estos efectos, se entenderá por tal derecho civil foral y especial propio del País Vasco o derecho civil vasco toda norma dictada en ejercicio de la competencia reconocida por el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco o que, sin serlo expresamente, haya sido considerada por la jurisprudencia civil como parte del derecho civil vasco, por provenir de las fuentes de ese derecho o porque su contenido sea propio de él".

Ahora bien, como ya nos advierte de inicio la propia exposición de motivos del texto objeto de análisis, en los párrafos que por su trascendencia con respecto a esta cuestión hemos transcrito en su integridad, en el proyecto se abordan, de una manera integral y desde diferentes títulos competenciales, una multitud de contenidos de muy diversa índole, no todos los cuales serán susceptibles de ser subsumidos en lo que, de acuerdo con las normas que acabamos de transcribir, han de ser comprendidos como Derecho civil vasco propiamente dicho.

En este sentido, a pesar de su extensión, consideramos que puede resultar revelador traer a colación los siguientes párrafos del primer informe de evaluación global o de situación del Derecho civil vasco, referente al periodo 2015-2018 y aprobado por el Pleno de la Comisión de Derecho Civil Vasco en su sesión de 30 de junio de 2021:

> *La identificación de aquellas normas que pueden subsumirse en el conjunto de las que conforman el Derecho Civil vasco no es ni ha sido una cuestión definitivamente cerrada. Ha habido una evolución a través del tiempo y es susceptible de diversos enfoques.*
>
> *Desde una vertiente competencial, es el art. 10.5 del Estatuto de Gernika el que reconoce como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Euskadi la "conservación, modificación y desarrollo del derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia". Y lo hace de conformidad con la previsión contenida en el art. 149.1.8 de la Constitución que dice: "El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8. Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde exista. En todo caso, [serán competencia exclusiva del Estado] las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial".*
>
> *La delimitación del alcance y contenido del Derecho civil foral ha sido abordada por la doctrina constitucional, con resultados dispares. El Tribunal Constitucional, en sus sentencias, ha tratado de acotar los conceptos constitucionales y estatutarios de "conservación", "modificación" y "desarrollo" de los Derechos civiles especiales y forales "allí donde existan". Y, particularmente, ha incidido sobre la necesidad de regular sobre "instituciones conexas" con aquéllas que estaban vigentes en el momento de la promulgación de la Constitución, dentro de lo que el Tribunal Constitucional ha entendido como la potestad de actualización o innovación del derecho civil propio. En tal sentido, tanto la noción de "instituciones conexas" y la identificación de las normas y fuentes sobre las que cabe construir esa actualización, como el grado de "conexidad" más o menos directa o tangencial que puede ser exigible a esas innovaciones, han sido cuestiones polémicas no exentas de diferentes interpretaciones.*

(…)

Sin necesidad de entrar en este momento en un análisis en profundidad de los diferentes vaivenes jurisprudenciales arriba citados, por no ser objeto del presente informe, baste ahora decir que, como ha admitido la jurisprudencia constitucional más reciente el concepto de desarrollo "debe referirse a todo el Derecho civil foral y especial y no solamente al derecho compilado", lo cual será necesario interpretar "a la luz de la tradición jurídica de la Comunidad Autónoma" (doctrina de las STC 88/1993, reiterada en la STC 95/2017, FJ 5) teniendo en cuenta su acervo jurídico completo.

Esta apertura a la tradición jurídica de la Comunidad Autónoma, incluida la relativa a la posibilidad de reformar, recortar o ampliar el Fuero[1], y la exclusión de la estricta vinculación a los textos compilados, en aplicación de la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional del inciso "allí donde existan", viene a marcar un nuevo capítulo en una larga polémica, que es especialmente relevante en el caso vasco, porque la Ley 42/1959, de 30 de julio, sobre Compilación de derecho civil foral de Vizcaya y Álava, se limitó a dar carta de naturaleza a la "selección" de determinadas costumbres civiles y normas previamente contenidas en el fuero, silenciando diversas partes del mismo. Este silencio en la Compilación de 1959 de algo que estaba vigente en la ley y la práctica foral inveterada y sostenida hasta aquel momento, está en la base de la errónea creencia de que las particularidades del Derecho civil vasco (y peculiarmente, centrando aquél en el de Bizkaia y Araba) se ciñen al ámbito matrimonial (o a su régimen económico), a la sucesión por causa de muerte y a la regulación de la troncalidad en sede del derecho de bienes. E implica la errónea creencia de que otros ámbitos del derecho civil hasta entonces en vigor, como los relativos al Derecho de la persona o la familia, los Derechos reales, los Derechos de obligaciones y contratos,

[1] Como una de las partes intrínsecas de la tradición jurídica foral, queremos especialmente llamar la atención a la propia capacidad para reformar el Fuero, añadiendo, modificando o derogando leyes, cuenta de la cual dan los propios Autos de Juntas, por ejemplo, en el caso de Bizkaia (la cursiva es nuestra):
"Como los Diputados para ordenar el Fuero parecieron delante del Corregidor, y juraron.
Y despues de lo susodicho en la Casa de Martin Saez de la Naja, que es fuera de la Noble Villa de Bilbao, á diez dias del mes de Agosto, año del Nacimiento de nuestro Señor Jesu-Christo de mil y quinientos é veinte é seis años. Estando ende el Muy Noble Señor Licenciado Pedro Girón de Loaysa, Corregidor de este dicho Noble Señorío de Vizcaya, en presencia de Nos Martin Ibañez de Zarra, y Pedro Ochoa de Galarza, Escrivanos de sus Magestades, é sus Notarios Publicos en la su Corte, y en todos los sus Reynos, y Señoríos, Escrivanos de la Junta, é Regimiento de este Noble Señorío de Vizcaya, é de los Testigos de yuso escritos; parecieron presentes el Bachiller Juan Saez de Ugarte, y el Bachiller Martin Perez de Burgoa, y el Bachiller Fortun Saez de Cirarrista, é Lope Ybañez de Ugarte, y Rodrigo Martinez de Velendiz, é Ochoa Urtiz de Guecho, é Ochoa de Velendiz, y Yñigo Urtiz de Ybargüen, é Martin Urtiz de Zarra, y Martin Saez de Oynquina, é Ochoa Urtiz de Guerra, y Pedro Martinez de Luno. *E dixeron al dicho Señor Corregidor, que su Merced les havia embiado á mandar, que viniesen ende personalmente á entender en la reformacion del Fuero de Vizcaya*; *y que ellos obedeciendo á su mandamiento estaban prestos de hacer todo lo que debiessen*. Y luego el dicho Corregidor les dixo: *Como en Junta General de Vizcaya, les havian dado poder á ellos, para que juntamente con el dicho Señor Corregidor entendiesen en la reformacion del dicho Fuero, y usos, y costumbres de Vizcaya, é hizo ver el dicho Poder, que su tenor es este, que de suso está incorporado; y les mandó, que ante todas cosas ficiessen el juramento, é solemnidad contenido en el dicho Poder, y aquel hecho, no partiessen de esta Villa de Bilbao durante el término de veinte dias, fasta acabar de reformar el dicho Fuero*, é que los dichos veinte dias comenzassen á correr de oy. Y luego el dicho Señor Corregidor hizo traer ante sí una Cruz, y un Libro de Evangelios, y abrió el dicho Libro, é sobre las Letras de un Evangelio puso la dicha Cruz, y hizo á todos los sobredichos poner sus manos derechas sobre la Cruz, é las palabras del Santo Evangelio, y les hizo jurar, diciéndoles. Vosotros, y cada uno, y qualquier de Vos jurais á Dios, é á Santa María, é á todos los Santos, é Santas de la Corte del Cielo, y á la señal de la Cruz, y á las palabras del Santo Evangelio, que con vuestras manos habeis tocado; que *de este poder, é comision, que la Junta, Cavalleros, Escuderos, Hijos-Dalgo, y Procuradores , y Concejos de este Noble, y Leal Señorío de Vizcaya vos ha dado para reformar el Fuero de Vizcaya, usos, costumbres, Privilegios, é Livertades de ella, usareis bien, fiel, é lealmente, y sin ningun ódio, ni parcialidad, ni algún dolo, ni fraude, entendereis en la dicha reformacion, y las cosas, que vieredes, que son utiles, y provechosas al servicio de Dios, y de sus Magestades, y á la buena governacion, y administración de la Justicia, y bien, é utilidad de los Moradores de este dicho Señorío de Vizcaya, aquellas ordenareis, y las que no fueren tales, y no fueren utiles, y provechosas quitareis*; y en todo como buenos, y Fieles Christianos, celosos del próximo, y bien de la República, usareis en todo lo que ordenaredes, como buenos Republicos?Y los sobredichos, é cada uno de ellos respondieron: Si juro".

no presentaban una especificidad foral y se habían regido siempre por Derecho castellano o Derecho común, que debía ser el que siguiera disciplinando esas materias.

Sin embargo, ello no implicó una derogación formal del Derecho previamente vigente. Es más, elocuentemente, la Compilación no contenía una cláusula formalmente derogatoria, sino dos cláusulas finales[2] que dejaron un notable margen para la interpretación sobre su alcance y, particularmente, en cuanto a su alcance sobre las leyes que el Código Civil declaraba vigentes y en cuanto a la pervivencia del derecho consuetudinario la práctica privada, como usos o costumbres.

Además, el Fuero siguió vigente, incluso después de la entrada en vigor de la compilación, y era directamente aplicado por los Tribunales[3], en tanto que Derecho transitorio en relación con todos los actos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la Compilación, por mandato expreso y remisión de las dos disposiciones transitorias de esta. Así mismo, en la medida en que el Derecho guipuzcoano no fue incluido en aquella compilación de 1959 y siguió siendo íntegramente aplicado, en tanto que costumbre, en dicho territorio, hasta la legalización de algunas de sus instituciones con su recepción formal en la Ley 3/1992 a través de la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa.

Por todo ello ha llegado a afirmarse por la doctrina[4] que, en el caso vasco, el franquismo no tuvo consecuencias en el ámbito del Derecho civil foral de los diferentes territorios del País Vasco, que siguió formalmente vigente, particularmente en forma consuetudinaria, en la situación en la que se encontraba desde finales del siglo XIX. La misma conclusión se destacaba en el dictamen 3013/2003, de 11 de diciembre, del Consejo de Estado en el asunto "adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y del Estatuto de Autonomía del País Vasco de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho".

Así mismo, a la hora de delimitar el alcance del Derecho civil vigente "al tiempo de entrada en vigor de la Constitución" en los términos en los que al mismo se refiere el Tribunal Constitucional y, en particular, en el caso del Derecho civil vasco, no pueden obviarse las consecuencias de la propia Constitución y, concretamente, de lo previsto por la disposición adicional primera y la disposición derogatoria segunda de la Constitución. A este hecho se ha referido la doctrina y la jurisprudencia con la expresión "plus de legitimidad foral"[5].

---

[2] Ley 42/1959: Disposiciones finales.
Primera. Todas las disposiciones civiles del Fuero de Vizcaya y del Fuero de Ayala quedan *sustituidas* por las establecidas en esta Compilación. Segunda: *En lo no previsto en esta Ley, y en tanto no se oponga a ella, se aplicarán directamente* en el Infanzonado de Vizcaya y en el territorio foral de Alava el Código Civil *y las Leyes que éste declara vigentes*".

[3] Refiriéndonos de nuevo sólo a las sentencias posteriores a la entrada en vigor de la Compilación de 1959, podemos citar todas estas sentencias que aplican directamente el Fuero Nuevo de Vizcaya de 1526 (y no la compilación de 1959), norma que el propio Tribunal Supremo afirmaba vigente como derecho transitorio en relación, al menos, con todos los actos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la Compilación (por remisión de las dos disposiciones transitorias de esta): STS 279/1960 de 19/05/1960 (ECLI: ES:TS:1960:279); STS 141/1960 de 14/10/1960 ECLI: ES:TS:1960:141; STS 2001/1961 de 27/05/1961 (ECLI: ES:TS:1961:2001); STS 2823/1962 de 20/03/1962 ECLI: ES:TS:1962:2823; STS 2448/1962 de 04/10/1962 (ECLI: ES:TS:1962:2448); STS 2603/1962 de 22/12/1962 (ECLI: ES:TS:1962:2603); STS 2670/1964 de 29/04/1964 (ECLI: ES:TS:1964:2670); STS 3433/1965 13/05/1965 (ECLI: ES:TS:1965:3433); STS 63/1969 de 02/06/1969- (ECLI: ES:TS:1969:63); STS 505/1970 de 17/02/1970 (ECLI: ES:TS:1970:505); STS 990/1971 de 20/11/1971 (ECLI: ES:TS:1971:990); STS 4216/1978 de 03/06/1978 (ECLI: ES:TS:1978:4216); STS 8898/1987 :de 07/04/1987 (ECLI: ES:TS:1987:8898); STS 2498/1987 de 07/04/1987 (ECLI: ES:TS:1987:2498).

[4] Urrutia Badiola, Andrés: Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco [1876-1992]". Academia Vasca del Derecho. 2013.

[5] A estos efectos, resulta ejemplo de lo que afirmamos, y particularmente elocuente, lo expresado en los siguientes párrafos del fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia 668/2018 de 28 de noviembre de la Audiencia Provincial de Alava (Roj: SAP VI 1135/2018 - ECLI: ES:APVI:2018:1135):
"...Una primera conclusión sería que la Ley 7/2015, de 30 de junio ni conserva, ni desarrolla, ni modifica el Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco. Pero no debemos olvidar lo que señala la Disposición Adicional

Por un lado, cuando la disposición derogatoria segunda lleva a cabo la derogación expresa "en tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia", de la Ley de 25 de octubre de 1839 y 21 de julio de 1876, la Constitución no excepciona el Derecho civil[6], *del mismo modo que ni una ni otra*

Primera de la Constitución de 1978: "La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía."
Así se constitucionalizan los derechos históricos vascos, de modo que, integrados en la Norma fundamental, les alcanza su supremacía. Lo que, a su vez, produce, entre otros, un efecto de vinculación de los poderes públicos, también de los Jueces y Tribunales que constituyen el Poder Judicial, de modo que éstos vienen obligados a respetar el régimen foral y su actualización. Estaríamos, pues, ante lo que la doctrina ha llamado un "plus de legitimidad foral".
El techo competencial del régimen foral no está constituido por la combinación de los artículos 148 y 149 de la Constitución, máximo techo estatutario para las Comunidades de autonomía plena, sino que, en virtud del propio régimen foral, los territorios forales pueden superar en sus competencias históricas ese techo, hasta alcanzar el límite máximo del techo autonómico, que sería la unidad constitucional, criterio plasmado en el artículo 150.2 de la propia Constitución.
Señalemos que el Consejo de Estado, cuya doctrina se cita en el recurso de apelación, y que, como es conocido, apoyó los dos recursos de inconstitucionalidad que cita la parte recurrente, también ha dicho dos cosas:
A) En su Dictamen 1537/1992 sobre la Ley 3/1992, de 1 de julio del Derecho Civil Foral dijera que: "-El ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma no queda, así, rígidamente limitado por la Compilación, sino que podrá extenderse a: a) Las instituciones civiles que puedan identificarse históricamente en la tradición jurídica vasca, aún no compiladas, cuando mantengan su vigencia al margen de la Compilación por no haber sido recogidas en ella. b) Las instituciones conexas con las ya reguladas, que presenten posibles perfiles propios respecto del derecho general-."
B) En el Dictamen 3013/2003, éste sobre la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, que "-A la vista de las anteriores consideraciones es posible percibir una conexión suficiente entre la adopción y las instituciones reguladas por el derecho civil foral del País Vasco, siempre teniendo en cuenta que cualquier invocación del derecho foral no puede ser homogénea para todo el territorio del País Vasco, como resulta de la propia Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco-".
La promulgación por el Parlamento Vasco de la Ley 7/2015, de 30 de junio es, precisamente, efecto de ese "plus de legitimidad" al que hemos aludido más arriba, y para constatarlo cabe acudir a la doctrina constitucional, y dentro de ella a dos sentencias.
La primera es la STC 76/1988, de 26 de abril , que viene a señalar, en el contexto de un recurso sobre la Ley Vasca de Territorios Históricos que "- la actualización que se prevé resulta consecuencia obligada del mismo carácter de norma suprema de la Constitución", para añadir más adelante: "- La actualización, por tanto, como la Constitución dispone, ha de llevarse a cabo también en el marco de los Estatutos de Autonomía, y ello puede suponer (contrariamente a lo señalado por los recurrentes) que determinados derechos históricos incompatibles con el hecho autonómico deban suprimirse, o que deban atribuirse a unos nuevos sujetos, las Comunidades Autónomas, aquéllos que resulten imprescindibles para su misma configuración o funcionamiento."
La segunda es la STC 214/1989, de 21 de diciembre , en el contexto de un recurso contra la Ley de Bases de Régimen Local, que "- la garantía constitucional supone que el contenido de la foralidad debe preservar tanto en sus rasgos organizativos como en su propio ámbito de poder la imagen identificable de ese régimen foral tradicional-", pero, y al tiempo que esa garantía constitucional comporta un tratamiento normativo singular propio de ese régimen foral, incluso frente a los poderes centrales del Estado. Cabe concluir así que el propio Tribunal Constitucional reconoce la posibilidad de una actualización foral al margen del Estatuto de Autonomía, lo que puede comportar un tratamiento normativo distinto para los territorios forales, y, a su vez, podría llevar a afirmar que ni el marco constitucional ni, tampoco, el estatutario, conllevan una sujeción estricta de los regímenes forales al sistema general autonómico del Título VIII de la Constitución, lo que, a su vez, haría factible el reconocimiento de un elemento competencial y organizativo del régimen foral funcionando a modo de excepción del modelo general autonómico, y plenamente compatible con la Constitución. Se hace pues innecesario, al menos desde un punto de vista teórico, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad si existe una interpretación constitucional conforme de la norma discutida y no se aprecia claramente que exista un conflicto de competencia. Conflicto que, en su caso, correspondería plantear por otra vía, la del recurso de inconstitucionalidad, y con otros entes jurídicos legitimados, no las partes de un proceso en el que lo que se sustancia es una pretensión meramente civil".

[6] Al fin y al cabo, no es casual que, en el caso vasco, fuera la abolición de los fueros llevada a cabo por esas leyes de 1836 y de 1876 la que, en un primer lugar, allanó el camino al recorte a la aplicación del Fuero civil y su progresiva sustitución por el Código Civil, de tres maneras diferentes: (1) mediante la previa erradicación de los mecanismos legislativos propios (Juntas Generales) que hubieran permitido su actualización y desarrollo, precisamente en el momento de radical renovación de los derechos civiles en todo Europa (véase el propio ejemplo español, que hasta el proceso codificador iniciado precisamente entonces estuvo también basado en textos medievales que se habían mantenido invariablemente en vigor, con poco o ningún cambio); (2) mediante la abolición de los mecanismos de garantía (pase foral, en la forma recogida en la ley II del Título I del Fuero Nuevo en Bizkaia, y en otros territorios) que hubieran permitido encauzar la oposición a las distintas normas civiles que fueron recortando el contenido, las especificidades o el alcance de las instituciones civiles (Ley de enjuiciamiento civil, leyes especiales civiles, el propio Código civil, o finalmente, la Ley de la Compilación); y (3) mediante la supresión de los mecanismos jurisprudenciales que, hasta entonces, permitían la integración y la principal prueba de aplicación inmemorial y consuetudinaria de este Derecho, por medio de la avocación a tribunales no radicados en el País Vasco de los casos que previamente venían resueltos por los tribunales forales (Decreto de Espartero de 29 de octubre de 1841 erradicando los tribunales forales y la posterior introducción del recurso de nulidad ante el Tribunal Supremo, …). Es elocuente que, precisamente por ese motivo, los representantes de Vizcaya (únicos convocados, de entre los tres territorios) no aparecen en las actas de

de las leyes abolitorias derogadas, ni en la de 1839[7] ni en la de 1876[8], se hace distingos en su literalidad entre Derecho público y privado a la hora de proceder a "modificar" y "reformar" los fueros. Por otro, aunque conviniésemos en que la derogación no tiene como efecto automático la reviviscencia de la legislación anterior[9], en este caso dicha derogación viene acompañada no sólo de un reconocimiento competencial a la Comunidad Autónoma del País Vasco, para el desarrollo del Derecho civil y foral propio en el marco del artículo 149.1.8 de la Constitución española y 10.5 del Estatuto de Autonomía, sino también de un mandato de "actualización general de dicho régimen

---

las sesiones de la Comisión codificadora. Como refiere el propio Alonso Martínez no tomaron parte en los debates (Alonso Martínez, M. El Código Civil, en su relación con las legislaciones forales. Madrid, 1884-1885; Tomo II. Pág. 218), ni se les asignó ponencia alguna, porque la situación de los vocales correspondientes, en aquellas fechas inmediatamente posteriores a la definitiva abolición foral, y anteriores a la codificación en España "era por todo extremo comprometida; no tenían poderes de sus respectivas provincias, y temían cargar ante ellas con la abrumadora responsabilidad de sus queridas instituciones seculares" (Alonso Martínez, M. El Código civil en su relación con… Tomo I, pág. 184).

[7] Ley de 25 de octubre de 1839, de confirmación y modificación del fuero de las Provincias Vascongadas y de Navarra (Texto publicado en Gaceta 26 de octubre de 1839)

Preámbulo.

Doña Isabel II por la Gracia de Dios y de la Constitución de la Monarquía española, Reina de las Españas y durante su menor edad, la Reina viuda doña María Cristina de Borbón, su Augusta Madre, como Reina Gobernadora del Reino; a todos los que la presente vieren y entendieren sabed: que las Cortes han decretado y Nos sancionado lo siguiente:

Artículo 1. Se confirman los Fueros de las Provincias Vascongadas y de Navarra sin perjuicio de la unidad constitucional de la monarquía.

Artículo 2. El Gobierno, tan pronto como la oportunidad lo permita, y oyendo antes a las provincias Vascongadas y a Navarra, propondrá a las Cortes la modificación indispensable que en los mencionados fueros reclame el interés de las mismas, conciliándolo con el general de la Nación y de la Constitución de la Monarquía, resolviendo entretanto provisionalmente, y en la forma y sentido expresados, las dudas y dificultades que puedan ofrecerse, dando de ello cuenta a las Cortes.

Por tanto mandamos a todos los Tribunales, Jefes, Gobernadores y demás Autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas de cualquier clase y dignidad, que guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar, la presente Ley en todas sus partes.

Tendréis lo entendido, y dispondréis lo necesario a su cumplimiento.

Yo la Reina Gobernadora.

En Palacio a 16 de noviembre de 1839.

A D. Lorenzo Artazola. Ministro interino de la Gobernación de la Península.

[8] Ley de 21 de julio de 1876: Don Alfonso XIII, etc.

Art. 1.º Los deberes que la Constitución política ha impuesto siempre a todos los españoles de acudir al servicio de las armas cuando la ley los llame, y de contribuir en proporción de sus haberes a los gastos del Estado, se extenderán, como los derechos constitucionales se extienden, a los habitantes de las provincias de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava del mismo modo que a los de las demás de la Nación.

Art. 2.º Por virtud de lo dispuesto en el artículo anterior, las tres provincias referidas quedan obligadas desde la publicación de esta ley a presentar, en los casos de quintas o reemplazos ordinarios y extraordinarios del ejército, el cupo de hombres que les corresponden con arreglo a las leyes.

Art. 3.º Quedan igualmente obligadas desde la publicación de esta ley las provincias de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava a pagar, en la proporción que les correspondan y con destino a los gastos públicos, las contribuciones, rentas e impuestos ordinarios y extraordinarios que se consignen en los presupuestos generales del Estado.

Art. 4.º Se autoriza al Gobierno para que, dando en su día cuenta a las Cortes y teniendo presente la ley de 19 de septiembre de 1837 y la de 16 de agosto de 1841 y el decreto de 29 de octubre del mismo año, proceda a acordar, con audiencia de las provincias de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya si lo juzga oportuno, todas las reformas que en su antiguo régimen foral lo exijan, así el bienestar de los pueblos vascongados como el buen gobierno y la seguridad de la Nación.

Art. 5.º Se autoriza también al Gobierno, dando en su día cuenta a las Cortes:

Primero: Para dejar al arbitrio de las Diputaciones los medios de presentar sus respectivos cupos de hombres en los casos de quintas ordinarias y extraordinarias.

[9] Ciertamente, el principio general implica que la derogación de una norma derogatoria no conlleva sin más que la norma derogada en primer lugar recobre vigor (art. 2.2 del Código Civil: "Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado"). Desde una perspectiva estrictamente positivista, si se deroga una norma derogatoria que ha realizado su efecto, la norma derogada no vuelve sin más a entrar en vigor, salvo que ese efecto se ordene expresamente u otra norma posterior ordene expresamente dicha reviviscencia. En la medida en que una norma derogatoria ha realizado su efecto, la norma derogada deja de existir, deja de ser válida, y para que vuelva a serlo habrá de ser actualizada expresamente en esa vigencia. Por otro lado (siendo reiterada doctrina constitucional que sostiene que la selección de las normas aplicables, así como el análisis de su vigencia y derogación, corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con el art. 117 CE, y que el control por parte del Tribunal Constitucional de la selección de la norma aplicable solo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una decisión arbitraria, manifiestamente irrazonable o si ha sido fruto de un error patente ", como señala la STC 203/1994, de 11 de julio, FJ 3) nos encontramos también que la jurisprudencia ordinaria sostiene del mismo modo que, en determinadas circunstancias, el principio de seguridad jurídica y la necesidad de evitar un vacío normativo inaceptable, conllevan que con la anulación o derogación de la norma derogatoria queda nulo también el efecto derogatorio sobre la normativa anterior, que puede en tal medida recobrar vigencia. Más a más, si esa reviviscencia va acompañada de una confirmación del vigor de la norma por la legislación posterior

foral" (del que nadie duda forma parte el Derecho civil foral o especial) en el marco de la Constitución y el Estatuto de Autonomía, contenido en la disposición adicional primera de la Constitución, disposiciones estas que deben lógicamente incluirse entre las normas en vigor en ese momento, y tenerse en cuenta al juzgar la constitucionalidad de las normas preconstitucionales que restaran vigor a las instituciones propias del País Vasco[10].

Y ese ánimo por revitalizar el Derecho civil vasco, en su conjunto y sin circunscribirse al Derecho compilado, es expreso y constante también en las distintas leyes civiles vascas dictadas hasta la fecha, las cuales siempre han reiterado la urgente necesidad de estudiar sus textos y costumbres, para su desarrollo, actualización y modificación: "El inicio de un proceso"… de recuperación de un Derecho foral que "estuvo en vigor en su plenitud hasta la Compilación de 1959, que en muchos aspectos la recortó y limitó" y que "es indispensable actualizar, al modo que el viejo Derecho común español se modernizaba en el Código Civil y las numerosas leyes posteriores".

Este mandato y deseo de actualización del régimen foral encuentra pleno sentido a la hora delimitar el contorno de la tradición jurídica a la que puede válidamente apelarse por conexión de cara a regular "ex novo" instituciones de derecho civil que sean necesario actualizar o desarrollar, adecuando este Derecho a los nuevos tiempos y necesidades sociales.

Por lo expuesto, los contornos de la competencia legislativa civil autonómica del artículo 10.5 del Estatuto varían en función de la doctrina constitucional que en cada momento prevalezca, moviéndose la doctrina constitucional entre dos extremos. Por un lado, la doctrina más autonomista que defiende el carácter de ordenamiento autónomo y completo del derecho civil propio dotado de la sistematización y conexión interna y de la complitud propias de un ordenamiento que tiene además constitucionalmente reconocida la posibilidad de determinar sus específicas fuentes de producción normativa, lo que conlleva admitir la pluralidad legislativa en el Estado. Y, por otro, la doctrina más centralista, que persigue lograr el mayor grado de uniformidad posible, configurando estos derechos privados territorialmente localizados como una anomalía o una normativa de carácter residual.

Entre ambos extremos, podemos sintetizar, de momento, que la competencia en materia de derecho civil foral o especial se encuadra competencialmente en el art. 149.1.8 CE, en el inciso «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de las CCAA de los derechos civiles forales o especiales» y en el inciso «allí donde existan», debiendo respetar los ámbitos materiales que «en todo caso» se reserva el Estado. Para ejercer la competencia de «desarrollo» del derecho propio y

[10] A modo de ejemplo de este mismo efecto, véase Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 155/1987 de 14 Oct. 1987, Rec. 485/1985 FJ4 in fine (la cursiva es nuestra): "Pero es que, además, tampoco el tenor literal de la tantas veces citada Disposición se remite de modo inequívoco a una redacción determinada de la legislación sucesoria, sino, de modo genérico, a la legislación anterior, expresión que solo puede entenderse referida a la legislación vigente y que, por tanto, *no excluye, sino que incluye, los cambios que en el contenido del Código Civil produjo la entrada en vigor de la Constitución, cambios que, como es claro, está facultado para apreciar por sí el Juez ordinario*, como ha hecho el Tribunal Supremo en la Sentencia ya citada. Esta interpretación, de acuerdo con la cual *la remisión de la Disposición transitoria octava a la legislación anterior ha de entenderse referida al contenido de esta legislación en cada momento del tiempo* es, de otro lado, y más allá de las simples apariencias, la única lógicamente posible, de manera que ha de ser aceptada, no solo en aras del principio de conservación de la norma, sino también por exigencias de la lógica. Limitar a los viejos preceptos del Código Civil, en su redacción anterior a la Constitución, la remisión contenida en la Disposición transitoria, equivaldría en efecto a sostener que esos preceptos, que los Jueces pudieron y debieron inaplicar a las sucesiones abiertas a partir de la vigencia de la Constitución, en cuanto hubieran resultado derogados por ésta, habrían recobrado su vigor por mandato del mismo legislador que los derogaba expresamente *para acomodar el régimen sucesorio a la Constitución y servir al principio de seguridad jurídica que ésta (art. 9.3) consagra*. Como, según indicábamos en el fundamento 2.º de esta Sentencia, la inconstitucionalidad de la norma cuestionada era una inconstitucionalidad per relationem, *por remitir ésta a un derecho material cuya compatibilidad con la Constitución es prima facie harto dudosa,* al quedar rota, en virtud de lo dicho, la relación entre ambos preceptos, desaparece el defecto que se imputaba a la norma de remisión que, entendida de acuerdo con su propio tenor como *remisión a toda la legislación anterior, de la que en sentido lato forma parte también la Norma constitucional*, no puede ser juzgada contraria a la Constitución, ni en lo que se refiere a las sucesiones abiertas con posterioridad a la entrada en vigor de ésta, ni a fortiori, en lo que toca a aquellas en las que la muerte del causante se produjo antes de ese momento.

regular «ex novo» una institución jurídica, ha de probarse que posee conexión con alguna institución que estuviera vigente al tiempo de promulgarse la Constitución. Ello significa que este crecimiento no podrá impulsarse en cualquier dirección, ni sobre cualesquiera objetos, por no estar ante una competencia legislativa civil ilimitada ratione materia.

Por lo tanto, a la hora de proceder a esa actualización del Derecho civil propio podría resultar de gran utilidad tener en cuenta los antecedentes jurisprudenciales, notariales y los textos legales forales como exponentes de la tradición jurídica o de antecedentes históricos, de los que poder partir, por conexión, como base para actualizar la generalidad del régimen foral en el marco estatutario como ordena la Constitución.

Establecido así el marco general de la competencia de la Comunidad Autónoma Vasca en materia de derecho civil foral y especial de los territorios históricos, lo primero que tenemos que constatar es que las relaciones paterno-filiales y los derechos de los menores como una rama propia del Derecho de familia que, a su vez forme parte del derecho propio, es precisamente una de esas áreas que, en principio, fueron silenciadas por la compilación y quedaron fuera de una concepción restrictiva o reduccionista de lo que deba entenderse por derecho civil foral o especial. Y ello, aunque los antecedentes históricos, la conexión con otras normas como las sucesorias y el ejercicio material de la competencia y tutela por las instituciones vascas (y, particularmente, por las instituciones forales) ha sido pacíficamente ejercida.

Ya el Fuero nuevo de Bizkaia de 1526, contenía previsiones sobre la "administración de los hijos menores sin casar" en el caso de disolución matrimonial por premoriencia de uno de los cónyuges. Así, en la Ley primera del Título 22, intitulada "A quien pertenece la tutela y curadoría de los huérfanos", podemos ver que dicha "administración de los hijos" incluía la obligación y potestad de "administrar bien, fiel y legalmente las personas y bienes de ellos, y criarlos y alimentarlos, y enseñar a leer y todo lo que ha de hacer un buen padre". Y, todo ello, como facultades derivadas, pero diferenciadas, de la "patria potestad" o, en términos del fuero, "poderío paternal en los hijos" que aquel fuero del siglo XVI reconocía al padre, aunque no a la madre, si bien también se reconocía a la madre superviviente la facultad de "administrar a los hijos", es decir, "tener en su poder a los hijos y a sus bienes, gobernándolos y criándolos, y arrendando y aliñando sus bienes", lo que nuevamente debemos entender como diferente del citado "poderío paternal".

La regulación foral sobre figuras de guarda familiar relacionadas a la paternidad, la tutoría, la curadoría ejemplar y otro tipo de tutelas, continuaron existiendo, con posterioridad a la redacción del fuero, como ha demostrado la doctrina, desvelando procesos contenciosos sustanciados ante los Tribunales Históricos de Bizkaia, en los que, entre otros, se trataban temas como la remoción o elección entre dos tutores o el discernimiento del curador ejemplar y otras tutelas.

Por su lado, tanto la Ley 6/1988, de modificación parcial del Derecho civil foral, como la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco abordaban también, tangencialmente, el tema de la filiación y las consecuencias de la ruptura matrimonial, aunque lo hicieran esencialmente desde una perspectiva sucesoria. Así sucedía, al equiparar los hijos de procedencia matrimonial y extramatrimonial, lo que, por supuesto, tenía evidentes implicaciones patrimoniales con consecuencias sobre las relaciones entre padres e hijos con posterioridad al divorcio, separación o nulidad del matrimonio. Y sucedía también al prever las consecuencias sucesorias de la extinción (tanto por causa de muerte como inter vivos) de los matrimonios con hijos (por ejemplo, sobre las reservas o sobre los pactos sucesorios), o al regular los efectos patrimoniales de la eventual extinción del régimen económico patrimonial del matrimonio, lo que repercute también necesariamente en las relaciones paterno-filiales de índole personal.

Es por ello que, el propio informe que acabamos de reproducir, en su punto 3.4.4.1, incluía entre las Leyes que fueron objeto de análisis y evaluación por la Comisión de Derecho Civil Vasco, la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, en el marco del Derecho de familia y junto a la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, la Ley 2/2003, de 7 de mayo, de Parejas de Hecho y la Ley

7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuesto de separación o ruptura de los progenitores, dentro del apartado dedicado a las "Otras leyes autonómicas relacionadas", en el que también se incluyó la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar.

De hecho, del mismo modo que, como recuerda la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la primera Ley dictada a nivel estatal en materia de infancia de la democracia fue la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio, que suprimió la distinción entre filiación legítima e ilegítima, equiparó al padre y a la madre a efectos del ejercicio de la patria potestad e introdujo la investigación de la paternidad. Y, como ya hemos advertido, la primera Ley de Derecho civil foral dictada por el Parlamento vasco fue, precisamente, la Ley 6/1988, de 18 de marzo, de modificación parcial del Derecho Civil Foral, que entre otras materias abordaba la equiparación de hijos en materia sucesoria

Por otro lado, hecha la referencia a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debemos tener también en cuenta que la regulación proyectada se encuentra también fuertemente afectada por la legislación orgánica. Dicha Ley contiene tanto preceptos de rango orgánico como preceptos que sólo tienen carácter de Ley ordinaria, como claramente declaran su disposición final vigésima tercera (que detalla y discrimina, artículo por artículo, cuáles de los contenidos en la ley sólo tienen el rango de Ley ordinaria) como su disposición final vigésima primera (de la que interesa especialmente el apartado tercero que, por lo que atañe al desarrollo del Derecho civil vasco sobre el que tratamos en este informe, viene a reconocer abiertamente que:

> *"Los restantes preceptos no orgánicos de la Ley, así como las revisiones al Código Civil contenidas en la misma, se dictan al amparo del artículo 149.1.8.ª de la Constitución y se aplicarán sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil, Foral o Especial".*

Una primera consideración que debemos abordar, a la hora de considerar la incidencia de la legislación orgánica en esta materia, es la de no perder de vista su origen y la función que está llamada a desempeñar.

Como es de sobra conocido, "son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución" (art. 81.1 de la Constitución).

En este caso, la protección de la infancia no tiene, per se, el rango propio de los derechos fundamentales y libertades públicas a las que se refiere el artículo 81 y que son las recogidas, exclusivamente, en la sección primera del capítulo segundo del título primero de la Constitución y por las que (junto con el artículo 14) se puede reclamar la tutela preferente ante la jurisdicción y, en última instancia, pueden fundar un recurso de amparo, en los términos del artículo 53.2 de la Constitución. Si bien es cierto que tampoco deben perderse de vista las referencias expresas que en dicha sección primera referida a los derechos fundamentales y las libertades públicas se hacen en el artículo 20.4 a la protección de la juventud y la infancia como límite posible a la libertad de expresión, a la producción y creación literaria artística o técnica, a la libertad de cátedra o a la libertad de información; o la relación de esta materia con el derecho, este sí fundamental a la intimidad personal y familiar que se reconoce en el artículo 18.1 del texto constitucional.

Ahora bien, también es cierto que el artículo 39, dentro de los principios rectores de la política social y económica recogidos en la sección tercera de ese mismo capítulo segundo dedicado a los derechos y libertades, del título primero que versa sobre los derechos y deberes fundamentales, es mucho más explícito al ordenar que:

> *Artículo 39*
> *1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Lo que, por otro lado, nos lleva también al apartado segundo del artículo 10 del texto constitucional, que también ordena interpretar " de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España" las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce". Y, en esa medida, nos remite también a los textos internacionales que también cita la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1996:

"Esta preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección trasciende también de diversos Tratados Internacionales ratificados en los últimos años por España y, muy especialmente, de la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo.
Esta necesidad ha sido compartida por otras instancias internacionales, como el Parlamento Europeo que, a través de la Resolución A 3-0172/92, aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño".

Si la presencia de materias derivadas del ejercicio de diferentes títulos competenciales, y el abordaje de instituciones conexas con el Derecho civil foral y especial preexistente pero no siempre recogidas de forma previa en los textos forales o legales, puesto que se basan en la posibilidad de crear Derecho nuevo propia de todo sistema de fuentes como es el foral, siempre introduce cierta complejidad en ese análisis, en este caso, dicha complejidad es más intensa ya que existe además un debate jurídico añadido –todavía no zanjado-, derivado de la presencia de Leyes orgánicas que disciplinan gran parte de la materia abordada en el proyecto, y que versa sobre el alcance del alcance de la reserva de Ley orgánica y la posibilidad de que las leyes ordinarias puedan incluir medidas propias en dichas materias.

De forma resumida, se plantea la cuestión de si las comunidades autónomas cuyas autoridades pueden adoptar medidas especiales en materia de infancia, derechos fundamentales, u otras afectadas por la reserva (material y de rango) de Ley orgánica, pueden con base en sus competencias en materias conexas, abordar el "desarrollo" de dicha Ley orgánica e incluir en sus leyes medidas que no estén expresamente contempladas por remisión alguna del legislador orgánico al legislador ordinario.

Ha de tenerse en cuenta que las competencias autonómicas en los títulos citados por la exposición de motivos («desarrollo comunitario, condición femenina y política infantil, juvenil y de la tercera edad»; «asistencia social», «fundaciones y asociaciones de carácter benéfico asistencial»; «organización, régimen y funcionamiento de las Instituciones y establecimientos de protección y tutela de menores, penitenciarios y de reinserción social, conforme a la legislación general en materia civil, penal y penitenciaria»; «cultura»; «defensa del consumidor y usuario»; «vivienda»; «deporte, ocio y esparcimiento» y, por supuesto, la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia»), son muy amplias y permiten abordar la regulación desde muchas vertientes y perspectivas diversas.

En cualquier caso, el debate suscitado tiene sin duda muchas derivadas que en modo alguno pretenden estudiarse en este informe, cuyo objeto se contrae al examen de la concreta regulación propuesta desde la perspectiva ya expresada.

Por ello, a la vista de que la regulación contenida en el proyecto, tanto en su contenido civil como sobre otras materias, se encuentra intensamente afectada por legislación orgánica y, en concreto, por el contenido de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resulta procedente traer a colación la doctrina constitucional referida a las leyes orgánicas, según la cual, como ha señalado la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (entre otros DDCJA 2/2002; y 24/2003, entre otros):

(i) la reserva a la Ley orgánica del artículo 81.1. CE reclama una interpretación restrictiva al constituir una excepción dentro del sistema constitucional de las fuentes del derecho que "convierte a las Cortes Generales en `constituyente permanente´ (entre otras, STC 6/1982, 160/1987 y 127/1994) y que al ser "...complemento indispensable o necesario de la obra del constituyente se sustrae al sistema habitual de mayorías parlamentarias" (STC 173/1998);

(ii) la interpretación restrictiva se proyecta tanto sobre la propia categoría normativa como sobre las "materias" ("...desde la STC 5/1981, este tribunal ha destacado de forma ininterrumpida la necesidad de aplicar un criterio estricto para determinar el alcance de la reserva y ello tanto en lo referente al término "desarrollar" como a la "materia" objeto de reserva"),

(iii) se trata, dice el Tribunal en reiteradas resoluciones, de evitar petrificaciones del ordenamiento y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas (por todas, STC 173/1998, FJ 7)

(iv) requiere, así, Ley orgánica únicamente la regulación de un derecho fundamental o de una libertad que "desarrolle" la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero igualmente relativa a aspectos esenciales del derecho y, no por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho (STC 127/1994, FJ 3).

(v) la lógica que preside la relación entre la Ley Orgánica y la ordinaria no es la característica del reparto de la regulación de una materia entre el Estado y las Comunidades Autónomas que preside el artículo 149.1 CE, sino la inherente a la distinta función constitucional que tienen encomendada cada una de esas leyes, pues como ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 76/1983, 160/1987, 101/1991 y 173/1998), la Ley orgánica es una prolongación o continuación del poder constituyente que se mueve en un plano diverso al de la Ley ordinaria y que se impone a ésta (sea estatal o autonómica) en su calidad de complemento indispensable de la CE como una garantía del derecho fundamental que desarrolla (STC 140/1986).

(vi) "…la reserva enunciada en el artículo 81.1. de la Constitución para el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es incompatible con la colaboración internormativa entre la fuente a favor de la cual la reserva se establece y otras fuentes de producción reconocidas en la Constitución, para alcanzar de este modo, una disciplina integral y articulada en el ámbito de que se trate" (STC 137/1986).

Conviene incidir en que, para el Tribunal Constitucional, desarrollar "no puede equipararse a simplemente afectar" (STC 129/1999). De ahí que, fuera del ámbito propio y específico de la Ley orgánica, es el legislador ordinario el competente para regular el ejercicio de los derechos fundamentales ("...la reserva de Ley Orgánica del art. 81 sólo cuando `desarrolle´ la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, si no entramos en la reserva de Ley ordinaria del art.53.1 CE" –STC 191/91-).

Es asimismo obligado recordar que no cabe hablar de una solución unívoca para resolver la cuestión de cómo se concreta en cada supuesto la delimitación entre el terreno propio y privativo de la ley orgánica y el de la ley ordinaria. Esa disección no es una tarea sencilla, sin que puedan encontrarse en la doctrina constitucional unos criterios de aplicación general: el Tribunal Constitucional realiza un análisis caso por caso, lo que parece adecuado pues los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional son de naturaleza distinta, como distinta es la forma y grado de concreción de sus elementos y garantías.

Sobre los criterios para delimitar la reserva a la Ley orgánica en un caso concreto, resulta interesante la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 53/2002 en la que se analizó si era necesaria una ley orgánica para establecer la permanencia obligatoria en unas dependencias habilitadas al efecto de la persona solicitante de asilo mientras se resolvía su solicitud (esto es, se trataba de la afección al capital derecho fundamental del artículo 17 CE).

El Tribunal consideró que no era necesaria la ley orgánica con el siguiente razonamiento:

"12. En lo razonado hasta aquí hemos concluido que el art. 5.7.3 LDA no es contrario a los límites materiales que la Constitución establece frente a toda posible restricción en el disfrute de la libertad personal ex art. 17.1 CE. Nos corresponde ahora abordar un segundo reproche, de carácter formal. A juicio del Defensor del Pueblo, el art. 5.7.3 LDA debía tomar la forma de ley orgánica, de ahí también la inconstitucionalidad del precepto impugnado. En relación con la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE) este Tribunal viene acogiendo, desde la STC 5/1981, de 13 de febrero, un criterio de interpretación estricto. Tanto en lo que se refiere al término "desarrollar" como a la "materia" objeto de reserva. Se trata, con ese criterio estricto, de evitar petrificaciones del ordenamiento jurídico y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas (entre otras, SSTC 173/1998, de 23 de julio, FJ 7; 129/1999, de 1 de julio, FJ 2). Precisando aún más esta doctrina, en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11, analizamos con detenimiento cuándo la imposición de límites a un derecho fundamental cae en la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE) y cuándo se puede considerar una regulación del ejercicio del derecho (art. 53.1 CE) no reservado a aquella forma legal. Dijimos entonces que los límites legales o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo, o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental. En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE.

13. Cierto es que en anteriores ocasiones este Tribunal ha considerado que determinadas privaciones de libertad debían calificarse como "desarrollo" del art. 17.1 CE y, por tanto, sólo podían establecerse en Ley Orgánica conforme al art. 81.1 CE. Así ha ocurrido en relación con la tipificación de ilícitos penales (SSTC 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5; 160/1986, de 16 de diciembre, FJ 3; 119/1992, de 18 de septiembre, FJ 2); también llegamos a dicha conclusión — aun no siendo ratio decidendi del caso— en relación con el internamiento de personas con trastornos psíquicos (STC 129/1999, de 1 de julio, FJ 2). Se trataba, en los casos enjuiciados, de normas que preveían privaciones de libertad especialmente gravosas: bien por su duración (dilatada, en el caso de las penas; indefinida, en el caso de internamiento del enajenado), bien porque la privación de libertad tenía lugar en régimen penitenciario. Se trataba, además, de privaciones de libertad que podían afectar a cualquier sujeto, con sólo concurrir el supuesto de hecho abstracto de la norma punitiva o de internamiento. Eran, en suma, privaciones de libertad cuya generalidad e intensidad las equiparaban a un tratamiento frontal o "desarrollo" del art. 17.1 CE; de ahí la exigencia de Ley Orgánica ex art. 81.1 CE. Ahora bien, nada lleva a concluir que también en el caso presente nos hallamos ante afectaciones de la libertad que, por su generalidad e intensidad, puedan ser

calificadas como "restricciones directas" del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE)".

En ese punto precisamente se sitúa el anteproyecto: es la ley ordinaria que, en ejercicio de la competencia autonómica, afronta la regulación general e integral en materia de infancia en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco. En este plano, la situación del legislador autonómico no difiere de la del legislador ordinario estatal, por cuanto la Ley orgánica –según lo expuesto- supone un límite para ambos. Ocurre aquí algo similar a lo que ocurría, en relación con la Ley 7/2007, de 22 de junio, de asociaciones de Euskadi, también afectada intensamente por el contenido de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación. No obstante lo cual, la Ley vasca realiza un complemento de la regulación orgánica, con la que la Ley vasca colabora de forma pacífica y sin problema alguno desde 12 de febrero de 1988 en que se aprobara por primera vez la Ley 3/1988 de Asociaciones de Euskadi, asumiendo incluso contenidos propios del derecho civil, sobre la base del principio de libertad civil, principio este "tan caro al Derecho foral vasco" al que ya expresamente alude la exposición de motivos de la vigente Ley 7/2007, de 22 de junio, de Asociaciones de Euskadi. Con la diferencia de que, mientras la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, no hace remisión expresa a la normativa que puedan dictar las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil, Foral o Especial, la Ley Orgánica 1/1996 sí lo hace, expresamente.

Por todo ello, en resumen, la Comisión considera que, sin perjuicio de las matizaciones que luego realizamos, la Comunidad Autónoma de Euskadi, en el ejercicio de su competencia en materia de «conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia» (junto con los demás títulos activados por este proyecto), puede incorporar en su Ley de los derechos de la infancia y la adolescencia y su garantía, prevención y protección, preceptos en los que se contemplen las materias sobre las que versa este proyecto. Y ello sin perjuicio de que, en esa operación, lógicamente, deberá respetar lo que señala la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor o LOPJM, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil –o, la norma orgánica que pudiera sustituirla-, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, así como los contenidos básicos (si los hubiera) de otras leyes estatales que puedan afectarla, como la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Por todo lo anterior, ya de entrada, debemos confirmar que, a nuestro juicio, existe título competencial suficiente (también desde la perspectiva del derecho civil vasco, además de la de los demás títulos competenciales invocados), para realizar una intervención legislativa como la proyectada, sin que para ello sea un obstáculo el que la materia regulada se encuentre fuertemente afectada por la legislación básica, que se ha de respetar en todo caso. Y entendemos plenamente acertada la referencia de la exposición de motivos del anteproyecto que se nos somete, en cuanto a la especial trascendencia que, respecto de la regulación proyectada, tiene la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma para la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia», al amparo del artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía, así como la consulta planteada a esta Comisión.

Todo ello, sin perjuicio de las consideraciones que a continuación verteremos en el presente informe, al entrar ya al detalle de la regulación planteada.

V.- REGULACIÓN PLANTEADA.

Una vez analizado el marco legal y competencial en el que se enmarca este texto, y tal y como se ha avanzado, entendiendo que el contenido del mismo se ajusta a dicho marco, la primera premisa de la que parte este informe es que este texto tiene una parte de contenido, principalmente el referido a instituciones relativas a las relaciones familiares y materno-paterno-filiales, que consideramos plenamente encuadrable en el derecho civil

vasco, existiendo suficiente conexión entre las instituciones que en materia de relaciones familiares y materno-paterno filiales existían en el Fuero y la costumbre foral, así como con otras Leyes aprobadas por el parlamento vasco al amparo de esta competencia en derecho civil foral o especial del País Vasco.

Históricamente, el País Vasco ha contado con uno de los ordenamientos forales más arraigados, tanto en materia pública como privada, con un acervo histórico innegable que cuenta incluso con un reconocimiento expreso y un mandato de actualización en la Disposición Adicional Primera de la Constitución, un exponente claro en textos escritos (Fueros) y una extensa interpretación y aplicación jurisprudencial, primero por órganos judiciales propios, hasta su erradicación por Decreto de 29 de octubre de 1841, y luego por los órganos jurisdiccionales propios de la planta judicial general del Estado, con cúspide en el Tribunal Supremo.

Algunos de los textos que pueden citarse, a la hora de referenciar los antecedentes históricos que sirven de exponentes de esa tradición histórica, podrían ser los siguientes:

- Fuero Viejo de Vizcaya (1.452)
- Fuero Nuevo de Vizcaya (1.526)
- Proyecto de Real Decreto Ley de la Diputación de Gipuzkoa de 1929 (del Caserío)
- Proyecto de Ley relativo a la adopción de expósitos elaborado entre 1936 y 1937 por la Subcomisión pro-adopción de expósitos de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi[11]
- Ley 32/1959, de 30 de Julio, sobre Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Alava

Como esta Comisión ya ha afirmado en otras ocasiones, el menor nivel de desarrollo escrito y codificación que hasta el momento ha alcanzado el Derecho civil vasco se debe, en gran medida, al corte radical que supuso la abolición foral a finales del siglo XIX, justo en el momento en que los diferentes derechos europeos, incluido el español, abordaban sus respectivos procesos de codificación. Pero, también, se debe a que, por diferentes razones históricas, no ha afrontado ni en el periodo republicano ni con posterioridad, procesos codificadores o de intenso desarrollo como los que han experimentado otros ordenamientos forales en diferentes momentos.

Pero ello, como veremos, no es óbice para que, tanto en los textos forales y la práctica y usos jurídicos propios del sistema foral, como en las Leyes posteriores que ya ha aprobado el Parlamento vasco, puedan encontrarse suficientes puntos de conexión como para justificar el desarrollo de los mismos mediante un texto como el que se nos presenta a análisis.

Como ya hemos dejado sentado, conforme a la propia exposición de motivos del anteproyecto, es objeto de este borrador garantizar a las personas menores el ejercicio de los derechos y libertades que les reconoce el ordenamiento jurídico. Lo que, además, quiere hacerse de una manera integral, desde diferentes perspectivas, y con el ánimo de facilitar a los operadores jurídicos un solo texto de referencia en el que poder buscar todos los instrumentos necesarios para la consecución del fin pretendido. Y, para ello, por un lado, el texto viene a determinar las acciones que deben desarrollar los poderes públicos para alcanzar dicho objetivo y, por otro lado, definir los principios de actuación y establecer el marco competencial correspondiente.

Siendo eso así, tal y como se establece a lo largo del texto, ante situaciones de desprotección, desamparo o riesgo de cualquier tipo para las personas menores, se prevé la intervención de las distintas administraciones y la asunción de la tutela de las personas menores por dichas administraciones, con privación de

[11] En relación con el mismo tiene especial interés el estudio específicamente elaborado, a resultas de la elaboración del proyecto normativo referido, en relación con las costumbres referentes al acogimiento y adopción de expósitos por familias u otras instituciones públicas o privadas, y el arraigo que esos usos pudieran tener en los distintos distritos, incluyendo la remisión de un cuestionario específico a diferentes personas e instituciones (entre ellas, multitud de consistorios del territorio sobre el que todavía mantenía el control el gobierno vasco) y la recepción de las correspondientes respuestas dando fe de los usos vigentes en esta materia.

la guarda a sus progenitores e incluso de la patria potestad a los mismos. Por tanto, es innegable que las medidas que se adoptan en dichos casos influyen en las relaciones familiares de dichos menores con su familia de origen.

Como ya se ha dicho, la intervención de las Administraciones Públicas en aras a procurar el ejercicio de derechos y libertades de la persona menor puede llevar a asumir por la Administración competente el ejercicio de la tutela de la persona menor. Por ello, en los términos del proyecto (como ya sucede con la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia) la referencia a la tutela se hace, primordialmente, a la tutela ejercida por instituciones públicas en sustitución de los progenitores que no pueden ejercerla (o por haberse declarado una situación de desamparo que lo requiera). Pero, aún así, nos seguimos encontrando ante una institución que tiene un origen y una base regulatoria propia del Derecho civil o Derecho privado.

La tutela, en este sentido, es una institución muy arraigada en el derecho foral, que ya se citaba dicha institución tanto en el Fuero Viejo de Vizcaya como en el Fuero Nuevo de Vizcaya (ver Anexo I al Informe, Conexión del borrador de Anteproyecto de Ley con instituciones forales escritas preexistentes).

Por tanto, las referencias que se hacen a la **tutela** en el texto y que tienen un carácter regulador de la propia institución o de su forma de ejercicio se deben considerar, a todos los efectos, derecho civil vasco, de esa forma podemos considerar respecto a dicha institución que constituyen derecho civil vasco los arts.: 2, 6, 23, 50, 129, 138, 150, 156, 158, 159, 168, 170, 173, 174, 184, 185, 190, 191, 192, 193, 194, 195 y 196.

También en relación a la tutela, pero con proyección también sobre los límites de la patria potestad y de la guarda y custodia, nos encontramos en el texto que se nos presenta la figura de la persona menor emancipada. Al igual que sucede con la tutela, la emancipación era una situación que ya tenía prevista el Fuero Nuevo de Vizcaya referida a los mayores de 14 años a los cuales les reconocía la capacidad para elegir curador.

En el borrador encontramos algunas referencias a los **menores emancipados** en los arts.: 2, 195, 202, 231, 233, 235, 252, 294, 311 que, por ello, guardan conexión con el Derecho civil vasco.

De conformidad con lo establecido en el artículo 194. 1 del borrador, relativo al ejercicio de la tutela por la Diputación Foral, para garantizar la cobertura de las necesidades de la persona menor se debe establecer la guarda por parte de la institución foral competente, en dicho caso, por la que corresponda según el territorio en el que resida la persona menor. En dicho artículo distingue dos modalidades de guarda: el acogimiento familiar y el acogimiento residencial.

Pues bien, entendemos que al igual que hemos señalado con respecto a la tutela, la guarda también es una institución con un profundo arraigo en el derecho civil vasco, tanto en el consuetudinario como en el escrito. Tanto es así, que recientemente la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores ya reguló al respecto de la guarda y custodia de los hijos e hijas en los supuestos de ruptura de la pareja de progenitores. Dicha Ley, como bien sabemos, es parte del derecho civil vasco más reciente.

Y, en dicho sentido de igual modo las previsiones que el borrador de ley contiene referidas a la **guarda** se deben considerar derecho civil vasco. Nos referimos a los arts.: 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222 y 223.

En pura lógica, dado que, tanto el acogimiento familiar, como el residencial son modalidades del ejercicio de la guarda, debemos entender que las referencias a dichas medidas se deben considerar a su vez derecho civil vasco. Aún es más, a ese respecto ya en el artículo 7 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho se hace mención al acogimiento de menores, y como sabemos y expresamente indica la Exposición de Motivos de dicha Ley 2/2003 el Derecho civil foral es uno de los títulos competenciales al amparo del cual se dictó la norma.

Atendiendo a todo lo manifestado, las referencias al **acogimiento**, al efecto de su consideración como derecho civil vasco las encontramos en arts.: 24, 124, 138, 145, 146, 158, 162, 170, 194, 197, 200, 206, 207, 209, 211, 212, 213, 215, 217, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 311, 316 y Disposición Adicional 7ª.

Siguiendo con el análisis del borrador, otra de las instituciones familiares que es objeto de alguna regulación en el borrador es la adopción.

Al igual que las instituciones que hemos mencionado previamente, la adopción, sin ser una institución que, en su acepción literal, sea mencionada con profusión en los Fueros, sí que subyace en el sentido y objeto de dichas normas, tanto en el Fuero Viejo De Vizcaya (Cap. CXXXI. Título de la guarda de los menores) como en el Fuero Nuevo De Vizcaya (Título 22, Ley I y II: De los menores y de sus bienes, y gobierno).

Curiosamente, siendo el derecho foral guipuzcoano el más consuetudinario y el menos profuso en normas escritas, encontramos en el mismo, concretamente en el Proyecto de Real Decreto Ley de la Diputación de Gipuzkoa de 1929 (del Caserío), una expresa referencia a la adopción en el artículo 17, cuarto. Como podemos observar, dicho proyecto de norma es bastante más reciente que las normas forales citadas, de ahí que se citara expresamente la institución de la adopción, en lugar de referirse a la tutela o al prohijamiento, o al acogimiento.

Todas estas figuras daban cobertura a auténticas adopciones, como práctica que desde antiguo se ejercitaba como forma de protección y salvaguarda de las personas menores desamparadas. Lo cual permitía la existencia de usos o costumbres que, en términos ya modernos y con vistas a regular expresamente la institución, fueron estudiadas y sirvieron de base para el Proyecto de Ley relativo a la adopción de expósitos, elaborado entre 1936 y 1937 por la Subcomisión pro-adopción de expósitos de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, motivado por la perentoria necesidad que conllevaba el gran número de huérfanos y expósitos que la guerra dejaba.

En este sentido, tanto en los textos legales como en las prácticas civiles encontramos referencias a la protección de menores huérfanos y cómo los mismos deben ser amparados por la sociedad del momento, como sucede en la actualidad con las personas menores necesitadas de protección que son las que se pretende proteger mediante este borrador de ley.

No podemos tampoco olvidar, en este sentido, las referencias a la adopción en la legislación y normativa más reciente, aprobada ya por las instituciones autonómicas del País Vasco.

Tales son la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, que concretamente se refiere expresamente a la adopción en su artículo 8 (Ley respecto de la cual guardan especial interés las consideraciones que fueron vertidas, precisamente en relación con la adopción, por el Dictamen 3013/2003 del Consejo de Estado), o el Decreto 114/2008, de 17 de junio, por el que se regula el procedimiento de actuación que deberán seguir las diputaciones forales en materia de adopción de personas menores de edad. Este último decreto fue dictado, precisamente, en desarrollo de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, ley que el presente proyecto viene a sustituir.

Por lo demás, el citado Decreto 114/2008 ha sido modificado en dos ocasiones: por Decreto 245/2012, de 21 de Noviembre, y por Decreto 50/2014, de 8 de Abril, lo que, por otro lado, nos permite remitirnos al análisis del marco jurídico y competencial aplicable realizado con ocasión de la tramitación de ambos proyectos por la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi.

Por tanto, de entrada, resulta pacífico el que las normas contenidas en materia de **adopción** guardan suficiente conexión con la tradición jurídica y el Derecho civil foral o especial preexistente.

No obstante, llegados a este punto hay que diferenciar, tal y como lo hace el borrador de ley, entre la adopción nacional y la adopción internacional.

Consideramos, así, que la regulación de la primera sí puede ser considerada íntegramente como propia del derecho civil vasco o, cuando menos, susceptible de desarrollo en cuanto conexa con el mismo, al contrario que la regulación de la adopción internacional que, al menos en una parte importante, se considera derecho civil común, de conformidad con lo previsto en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, y en el Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción Internacional.

Al respecto del marco jurídico competencial aplicable a la adopción internacional se pronunció la STC 36/2021, de 18 de febrero, manifestando que esa materia debe entenderse comprendida entre las competencias exclusivas de la Administración General del Estado, por entender que afecta a la política exterior la decisión de iniciar, suspender o limitar la tramitación de adopciones con determinados países, así como la acreditación de los organismos para actuar como intermediarios en las adopciones internacionales.

Por consiguiente, únicamente puede abordarse como parte de los desarrollos que caben dentro de la competencia autonómica el control, inspección y seguimiento de los organismos acreditados en cuanto a sus actuaciones en su territorio, siempre que no se venga a cuestionar que la Administración General del Estado sea la competente para el control y seguimiento respecto a la intermediación que el organismo acreditado lleva a cabo en el extranjero. Y sólo respecto a ese ámbito limitado puede entenderse que pueda mantener algún sentido la remisión que la disposición final quinta del texto que se nos somete a informe hace a la legislación estatal en materia de adopción internacional como derecho supletorio ya que, en todo lo demás, la legislación estatal no será únicamente supletoria de esta Ley, sino la que debe entenderse como directamente y primeramente aplicable.

En conclusión, que en lo referente a la institución de la adopción únicamente la nacional puede considerarse derecho civil vasco, ya que la internacional al ser de competencia exclusiva del Estado se rige por el derecho común, salvo en el limitado sentido que ya hemos expresado.

Una vez aclarado lo cual, y vista la estructura de la ley con respecto a esta materia (**adopción**), se puede claramente señalar que, del capítulo relativo a la adopción (Capítulo V del Título VI del Anteproyecto), la Sección I (artículos 251 a 263) y la III (artículos 272 a 275) se pueden considerar derecho civil vasco. Pero no así la Sección II que se refiere a la adopción internacional (artículos 264 a 271), y sólo limitadamente, y en tanto no interfiera con las competencias estatales, la proyección sobre las adopciones internacionales de la Sección III sobre la fase post adoptiva que sí es Derecho civil vasco respecto de las nacionales.

A lo largo del borrador hay más referencias a instituciones de derecho civil vasco, que también debemos señalar, como pueden ser las **parejas de hecho** mencionadas en los artículos 228 y 253, y que como se ha visto integran el derecho civil, no sólo por su carácter de institución preexistente, sino también por la existencia de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora, precisamente, de las parejas de hecho, que como hemos manifestado es una norma de derecho civil vasco.

Nos encontramos asimismo con referencias a los alimentos, institución que no se ha mencionado previamente, pero de la cual encontramos en derecho foral una referencia directa en el Título 23, Ley I: De los alimentos y mantenimiento de los padres y abuelos, del Fuero Nuevo de Vizcaya y que guarda también conexión con otras normas de derecho civil vasco vigente, que hacen referencia a los mismos, como es la propia Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, que cita la materia en conexión con otras en los artículos 6.1.a, 38, 85.2, 107.3 y 134. Así pues, con respecto a la pensión de alimentos, existe ya derecho civil vasco, concretamente, la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores que ya regula en varios artículos al respecto de los alimentos.

En conclusión, las escasas referencias que en este borrador de ley se contienen a los **alimentos** se pueden considerar igualmente derecho civil vasco. Nos referimos, en concreto, a los artículos 190 y 200 del texto analizado.

Finalmente, la patria potestad también es parcialmente objeto de regulación en el borrador de la ley.

En pura lógica, considerando que el objeto de la ley es la protección de las personas menores, y que, en algunos casos, previa declaración de situación de desamparo, se puede privar a los progenitores o a los representantes legales de la misma, la regulación del ejercicio de la patria potestad y de la limitación de la misma, e incluso la privación de la misma resulta del todo necesaria.

Siendo eso así, la patria potestad o poderío paternal, en términos del Fuero Nuevo de Vizcaya, es una institución del derecho foral preexistente, y, en consecuencia, la regulación de la misma en el borrador de la ley guarda perfecta relación con los antecedentes históricos y la tradición jurídica en conexión con la cual puede llevarse a cabo el desarrollo del Derecho civil vasco.

De hecho, la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores regula el ejercicio de la patria potestad en varios de sus artículos, con lo cual no cabe duda de su contenido como derecho civil vasco.

Pues bien, sobre la **patria potestad** en el borrador de ley nos encontramos las referencias siguientes: arts. 6, 23, 31, 129, 150, 158, 184, 185, 191, 193, 195, 199, 210, 213, 231, 251, 253, 258, 259, 262 y 316.

Llegados a este punto hay que señalar que las referencias concretas que se realizan a los artículos que contienen la regulación y forma de ejercicio de las instituciones de derecho civil vasco no tienen la pretensión de ser exhaustivas y, por tanto, se realizan sin perjuicio de que pueda haber otros artículos que a su vez regulen dichas instituciones, pero que no figuran citados expresamente.

Del mismo modo, se puede observar que hay artículos que son coincidentes por su conexión con dos instituciones distintas, pero ambas de derecho civil vasco (por ej. Art. 2: tutela y emancipación). Lo cual, evidentemente, no plantea ningún problema, al contrario, refuerza la conexión que dicho precepto tiene con el derecho civil vasco preexistente.

En atención a ello, pueden advertirse en el texto otros artículos cuyo contenido material cae en el campo del Derecho civil y que, en la medida en que vienen reguladas por una ley especial emanada del Parlamento vasco y guarden conexión con cualquiera de los apartados anteriores o con otras instituciones de Derecho civil vasco, son susceptibles de integrarse en el Derecho civil foral o especial del País Vasco como desarrollos del mismo.

En tal sentido, un criterio particularmente relevante y útil a la hora de discriminar entre los contenidos civiles (vinculados al ejercicio de la competencia en materia de derecho civil foral o especial del País Vasco reconocida en el artículo 10.5 del Estatuto de autonomía) y los propios de cualquiera de los otros títulos competenciales accionados por esta Ley integral para la protección de la infancia, es el contraste con los contenidos de las leyes especiales que disciplinan esta misma materia a nivel estatal y la calificación civil o no de los que esas leyes especiales realizan expresamente y artículo por artículo, a la hora de declarar el título competencial ejercitado en cada caso por el Estado.

Así, la lectura conjunta de la **disposición final vigésima tercera** y **el apartado 3 de la disposición final vigésima primera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil**, o LOPJM se sigue que los siguientes artículos de la Ley orgánica son preceptos con carácter de Ley ordinaria y materia civil que se deben aplicar *sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil, Foral o Especial* como la que ahora se proyecta: 1; 9 bis; 9 ter; 9 quater; 9 quinquies; párrafo f del apartado 2 y apartados 4 y 5 del artículo 10; 14; los apartados 1,3,4,5 y 6 del artículo 18; 19; 19 bis; 20; 20 bis; apartados 5, 6 y 7 del artículo 21; 21 bis; 22 bis; 22 ter; 22 quáter; 22 quinquies; 24; disposición derogatoria, y las disposiciones finales primera a vigésima segunda y vigésima cuarta.

Lo que nos lleva a concluir que los artículos del anteproyecto que regulan esas mismas materias, en la medida en que vienen a reiterar, matizar, completar, o directamente sustituir cualquiera los contenidos declarados civiles de esos artículos de carácter ordinario, se erigen precisamente en ese mismo Derecho civil foral o especial de la Comunidad Autónoma al que remite el apartado 3 de la disposición final vigésima primera de la LOPJM.

Así sucede, por ejemplo, con los siguientes artículos del anteproyecto:

- artículo 41 del anteproyecto (en relación con el artículo 9 bis de la LOPJM);
- artículo 42 del anteproyecto (en relación con el artículo 9 ter de la LOPJM)
- artículo 43 del anteproyecto (en relación con el artículo 9 quater de la LOPJM);
- artículo 44 del anteproyecto (en relación con el artículo 9 quinquies de la LOPJM);
- los artículos 167, 168, 204 y 205 del anteproyecto (en relación con el artículo 14 de la LOPJM);
- los artículos 186 a 197 del anteproyecto (en relación con los apartados 1, 3, 4, 5 y 6 del artículo 18 de la LOPJM);
- los artículos 198 a 205 del anteproyecto (en relación con el artículo 19 de la LOPJM);
- los artículos 206 a 219 del anteproyecto (en relación con el artículo 19 bis de la LOPJM);
- los artículos 222 a 231 del anteproyecto (en relación con los artículos 20 y 20 bis de la LOPJM);
- los artículos 206 y 207 del anteproyecto (en relación con el artículo 21 bis de la LOPJM);
- el artículo 219 del anteproyecto (en relación con el artículo 22 bis de la LOPJM)
- el artículo 301 del anteproyecto (en relación con el artículo 22 ter de la LOPJM)
- el artículo 18 del anteproyecto (en relación con el artículo 22 quater de la LOPJM)
- el artículo 3 del anteproyecto (en relación con el artículo 22 quinquies de la LOPJM) o
- los artículos 251 a 263 del anteproyecto (en relación con el artículo 24 de la LOPJM);

Lo mismo sucede con cualquiera de los contenidos del Anteproyecto que coincida materialmente con cualquiera de los artículos de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cuya disposición final decimoquinta reconoce que dicha ley estatal, al proceder a modificar el Código civil en determinados preceptos, se dictó al amparo de la competencia exclusiva para dictar la legislación civil atribuida al Estado por el artículo 149.1.8.ª de la Constitución Española, "sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan".

En conclusión, a la vista de lo manifestado se puede afirmar que existe una conexión muy importante entre el borrador analizado y el derecho foral preexistente, y con el contenido material de normas incontestablemente civiles, con lo que ello deriva en la consideración de muchos de los preceptos de la ley como derecho civil vasco. Y con las consecuencias que ello conlleva en orden a la competencia para proceder a su

regulación y la determinación del órgano judicial a quien deba de corresponder unificar la doctrina en sede del recurso de casación civil correspondiente.

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES

A. CONSIDERACIONES GENERALES.

El informe de evaluación global o de situación del Derecho civil vasco, referente al periodo 2015-2018, que ya hemos citado y que fue aprobado por el Pleno de la Comisión de Derecho Civil Vasco en su sesión de 30 de junio de 2021, en relación con la aplicación e incidencia de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, puso especial énfasis en los siguientes aspectos:

- Las competencias en esta materia se distribuyen entre las áreas de servicios sociales municipales y forales con distintas atribuciones que, en la práctica, generan una forma de actuación dispar entre territorios, **afectando de forma significativa a la igualdad de los ciudadanos** -de forma particular a los menores y sus familias, sean estas de origen, de acogida o adopción- **y a la seguridad jurídica**, que tanto nuestra Ley 3/2015 como la LO 1/1996, de 15 de enero y su legislación de desarrollo -incluida la contenida en el Código Civil - son incapaces de garantizar, ello a pesar de ser otra la intención expresada en su Exposición de Motivos.

- La **Administración monopoliza la protección a la infancia, con todas las prerrogativas** propias de un ente público, sin que de forma correlativa se hayan articulado garantías suficientes para proteger los intereses de las personas implicadas (menores, familias biológicas, acogedores, adoptantes). A su vez, esta opción, que terminó imponiéndose frente a las tesis más garantistas, ha terminado por dificultar la defensa de las personas afectadas por una medida de protección de la infancia, que se ven enfrentadas a la autoridad, la (a veces teórica) neutralidad y la presunción de legalidad de los actos de la Administración.

- Ese hecho refuerza el que la suerte que corren los menores, sus familias de origen, acogedores y adoptantes quede marcada, no por la legislación civil, sino por los **criterios o prejuicios técnicos o de tramitadores, así como por preferencias de política social aplicadas en la Entidad Pública correspondiente.**

- El "interés superior del menor" tiende a estandarizarse y definirse, en realidad, de acuerdo a parámetros diferentes. De forma que -en el ámbito de la protección de la infancia- encaje en los intereses políticos y sociales de cada momento, **apartándose así de las necesidades de los menores sujetos a protección y de sus familias,** habiendo quedado el cumplimiento de tan larga lista de derechos y obligaciones relegada a una simple cuestión de oportunidad y voluntarismo político.

- Se ha incrementado la **"administrativización**" de la constitución del acogimiento familiar, **suprimiendo la constitución judicial** del acogimiento en caso de oposición o incomparecencia de los progenitores, recogida en el antiguo 172.3 del Código civil.

- Pese a la enorme importancia de los intereses en liza, **no se articula un mecanismo ágil para la revisión de la legalidad e idoneidad de la actuación de la Entidad Pública,** y ello cuando sí se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil o LEC de cara a introducir dos procedimientos ágiles y sumarios, uno (778bis LEC) para el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos y otro (778ter LEC) para la entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores.

- Sería interesante determinar con carácter previo las posibilidades de actuación desde la legislación vasca y, particularmente, desde el ámbito civil del sistema de protección en su configuración actual, de cara a **introducir**

elementos que, o bien **permitan reconsiderar aquellos aspectos menos sobresalientes del actual sistema** o, cuando menos, atenuar sus efectos menos deseables, reforzando en cambio sus virtudes.

Puede decirse que el Anteproyecto de Ley acoge la gran mayoría de las observaciones recogidas en el informe de la Comisión de Derecho Civil Vasco respecto de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia.

Así, reconoce a las personas menores de edad como **sujetos titulares de derechos**, y no sólo como sujetos merecedores de protección. Les reconoce como sujetos legitimados para participar, activamente, en la construcción de la sociedad; especialmente, en lo que se refiere a su participación en todos los asuntos que les conciernen, dentro de los cuales encajan las políticas públicas que afectan a los derechos de los que son titulares.

De forma especial, en su concepción de sujetos titulares de derechos, pero también de deberes y responsabilidades, y en la mayor exigencia de una participación activa en la vida democrática del siglo XXI.

Merece una consideración positiva en la nueva regulación el avance en el derecho de las personas menores a ser oídas y escuchadas (art. 25) y a su participación (arts. 27 y 53). En ese sentido, tal y como señala el Informe Anual de la Oficina de la Infancia y la Adolescencia del año 2020:

> *"El derecho a ser escuchado/a, junto al interés superior del niño y de la niña materializan el gran cambio de paradigma que la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada en 1989 proclama y que no es otra cosa que la consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos"*[12]*.*

Por otra parte, destacar que se articula como uno de los grandes ejes de actuación del texto la prevención, detección, protección y, en su caso, recuperación y restitución de derechos vulnerados, en **situaciones de violencia contra niños, niñas y adolescentes**. Asimismo, introduce como principio rector "el amparo de las personas menores de edad contra toda forma de violencia, así como la obligación de todos los poderes públicos de desarrollar actuaciones de sensibilización, prevención, asistencia y protección frente a cualquier forma de maltrato infantil".

Para ello, el anteproyecto de Ley vasca de la Infancia y Adolescencia incluye un título entero dedicado precisamente a la prevención, detección y protección frente a situaciones de violencia contra la infancia y la adolescencia (Título V).

Se trata precisamente de una cuestión que el Ararteko viene subrayando de forma reiterada en sus informes y recomendaciones. A modo de ejemplo, en la Recomendación general 2/2021, de 18 de mayo[13], el Ararteko recomendaba a los Departamentos de Seguridad, Educación, Salud e Igualdad, Justicia y Políticas Sociales del Gobierno Vasco aplicar las medidas recogidas en las "Pautas de actuación en casos de abuso y explotación sexual de niños, niñas y adolescentes en Euskadi". El proyecto de ley aborda la obligatoriedad de adoptar, entre otros, en los centros educativos de cumplimiento de medidas privativas de libertad y de convivencias en grupo educativo, planes y protocolos específicos de prevención, detección e intervención de posibles casos de violencia, con especial incidencia en situaciones de abuso y explotación sexual (art. 145).

También reconoce el anteproyecto que es necesario contar con una nueva regulación que, **terminando con la fragmentación normativa existente,** tanto en el ámbito estatal como autonómico, **refuerce la seguridad jurídica.** En este sentido, el Anteproyecto reviste un carácter integral y apuesta por una ordenación completa y

[12] Ararteko. Informe anual al Parlamento Vasco 2020. Informe de la Oficina de la Infancia y la Adolescencia. [https://www.ararteko.eus/sites/default/files/2021-10/4_5113_3.pdf]

[13] Recomendación General 2/2021, de 18 de mayo, del Ararteko, sobre abuso sexual infantil. [https://www.ararteko.eus/en/node/91337]

sistemática de la materia. Regula y desarrolla, en un único texto articulado, y dentro de las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma de Euskadi por el Estatuto de Autonomía, todas las cuestiones referidas a la infancia y la adolescencia; y, fundamentalmente, aquellas destinadas a asegurar y proteger el ejercicio de sus derechos.

No está centrado únicamente en la protección de las personas menores de edad, sino que avanza en el reconocimiento, la promoción, la prevención y la restauración o restitución de sus derechos, en los distintos ámbitos de la vida, tanto de la esfera pública como privada, en los que se desarrollan (educativo, sanitario, familiar, social, judicial, etc.).

La infancia y la adolescencia se conceptúa como un ámbito material propio. Avanza en el reconocimiento de las personas menores de edad como sujetos titulares de derechos, y no sólo como sujetos merecedores de protección. Especial atención merece el derecho a la **prevalencia del interés superior del niño, la niña o adolescente**, y que se recoge como primer derecho de la infancia y la adolescencia. Se erige en el derecho supremo de referencia, en el sentido de que, frente a cualquier otro derecho o interés legítimo concurrente, deberá primar siempre, en último término, el interés superior de la persona menor de edad.

Entre otros aspectos más concretos del **derecho de las y los menores a una familia**, el Ararteko recomienda lo siguiente: "Continuar impulsando medidas que favorezcan la conciliación familiar y laboral, así como la corresponsabilidad de mujeres y hombres en el cumplimiento de las responsabilidades familiares, no sólo mediante ayudas económicas, sino propiciando también mediante estímulos de toda índole un cambio de valores y una adaptación de las estructuras económicas y de empleo a las necesidades de cuidado de las personas".

Si bien el anteproyecto incluye en su articulado la **promoción de la coparentalidad y de la conciliación de la vida familiar y laboral** (entre otros, artículos 5, 56, 157), en el Informe Anual de la Oficina de la Infancia y la Adolescencia del año 2021[14], el Ararteko destaca como **área de mejora la integración, en todas las políticas públicas, de "la perspectiva de apoyo a las familias,** adaptando dicho apoyo a las variadas necesidades que se derivan de sus diferentes circunstancias y composición, y fortaleciendo una mirada transversal que permita evaluar el impacto de las distintas políticas sociales y económicas en las familias vascas".

En la línea de velar por la **seguridad jurídica de la norma**, se introduce, como novedad en el marco legislativo autonómico, una definición acerca de qué ha de entenderse «vulnerabilidad a la desprotección».

Por otro lado, y en la línea de delimitar y controlar el poder de la administración en el ejercicio de sus competencias, se exige el escrupuloso cumplimento y respeto al trámite consistente en oír y escuchar al niño, niña y adolescente, aún en el caso del procedimiento de urgencia.

Este régimen excepcional demanda, imperiosamente, y en garantía de la seguridad jurídica y de los derechos de las personas afectadas, establecer límites temporales lo más breve posibles a su ejercicio, evitando así que la situación perdure en el tiempo «sine die». En coherencia con ello, se determina, para estos casos, un plazo máximo de tres meses para proceder a la declaración de la situación de desamparo y la consiguiente asunción de la tutela o la proposición de la medida de protección procedente.

Por último, habría que poner especial atención en la atribución de **condición de agente de la autoridad** que el Anteproyecto prevé para el personal funcionario que desarrolla su actividad profesional en los servicios sociales, para facilitarle y asegurarle poder desarrollar eficazmente sus funciones en materia de protección de menores, y ante la posibilidad de verse expuestos a actos de violencia o posibles situaciones de alta conflictividad.

Si bien esta atribución busca la máxima protección del funcionario que desarrolla su actividad profesional, se trata de una previsión que, quizás, pueda ahondar en la "administrativización" de la actividad profesional de los

[14] Ararteko. Informe anual al Parlamento Vasco 2021. Informe de la Oficina de la Infancia y la Adolescencia. [https://www.ararteko.eus/es/informe-al-parlamento-vasco-2021]

servicios sociales en materia de protección de menores (administrativización de la constitución del acogimiento familiar denunciada en el informe de la Comisión), que pueda llegar a estar exenta de control judicial (como ocurre con la **supresión del control judicial** del acogimiento en caso de oposición o incomparecencia de los progenitores), y eso puede ir en sentido contrario a lo recomendado por la Comisión (mayor control, regulación y sujeción a la legalidad de la actividad administrativa).

Con las salvedades expuestas, podría decirse que el Anteproyecto sometido a examen merece una consideración positiva.

B. CONSIDERACIONES PARTICULARES

En cuanto al ámbito de aplicación y los puntos de conexión de la norma, creemos que la determinación de la ley aplicable habrá de ajustarse a lo dispuesto en el artículo 9 del Código Civil que remite al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Concretamente, entendemos debe respetarse lo dispuesto en los artículos 5, 7, 11.1, 12.1 y 15.1 del referido Convenio, y todo ello sin perjuicio del reconocimiento de las resoluciones adoptadas por las autoridades administrativas competentes, en los términos de los artículos 20 y siguientes del mismo texto legal.

En consecuencia, creemos que no resulta posible que el **artículo 172 del Anteproyecto** de Ley que nos ocupa establezca criterios de determinación de autoridad competente o legislación aplicable distintos de los que resultan de los citados preceptos, entre los que no se encuentra, en ningún caso, el domicilio de los progenitores o representantes legales.

Igualmente, la determinación que el meritado artículo 172 realiza de distintos puntos de conexión simultáneos, atendiendo a la vez a criterios subjetivos de la persona digna de protección, de quien ha de ejercer la misma, objetivos en cuanto a situación, etc. puede dar lugar a una indeterminación de la autoridad competente y de la legislación aplicable cuando cada uno de esos puntos de conexión determine la aplicación de una norma diferente, toda vez que no se ha establecido un criterio de prioridad entre los distintos propuestos.

En relación con el ámbito subjetivo de aplicación, se deben realizar diversas observaciones relativas a la pretensión de que la norma proyectada resulte de aplicación al concebido, tal y como se prevé en el **artículo 2.b**.

Partiendo de que con ello se introduce una regulación más amplia que la realizada a nivel estatal, pues se añade la protección desde la concepción hasta el nacimiento, se ha de poner de manifiesto la dificultad de la regulación en esta materia, porque todo lo que no suponga la supresión del concebido como sujeto digno de protección, o la inclusión del mismo con sujeto titular de la totalidad de derechos comprendidos en la norma, da lugar a lagunas legales o incongruencias que, en algunos casos, son inevitables, debiendo elegirse entre cuál es la mayor protección deseada entre las dos opciones posibles; y que, en otros casos, podrían y deberían evitarse o, al menos, se debería ser consciente de su existencia.

Así, por ejemplo, en cuanto al concebido en sí mismo, si bien el texto proyectado incluye alguna referencia a los mismos como sujeto de derechos, concretamente en los preceptos relativos a la situación de las gestantes, se omite, sin embargo, una referencia a los mismos como tales sujetos en el resto del articulado, limitándose el reconocimiento de los derechos y de las actuaciones de protección a los niños, niñas y adolescentes contemplados en el artículo 2.a. Podría así concluirse que cuando no se cita a los concebidos, la norma no les será aplicable, privándoseles así de la mayoría del contenido previsto. Lo que, entendemos, no es la intención del anteproyecto.

Por otro lado, en cuanto a la utilización misma del término, y en relación al necesario equilibrio que debe mantenerse con la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, creemos que, al no ser empleado el término concebido en dicha ley en ninguna ocasión, desde el punto de vista lingüístico, ello posibilita a la legislación civil vasca hacer suyo y emplear el término y determinar la legislación aplicable a él libremente. Dicha libertad de regulación queda, asimismo, reafirmada ante la ausencia de regulación alguna sobre el nonato o concebido a nivel estatal, lo que permite que, mientras no se restrinjan los derechos de la mujer regulados en la normativa estatal, pueda llevarse a cabo el desarrollo de la regulación y el establecimiento de mecanismos de protección del concebido en los términos previstos en el Anteproyecto de Ley que nos ocupa.

Sin embargo, sería deseable la revisión o aclaración de algunos preceptos del texto proyectado:

El **artículo 29** reconoce a las personas menores de edad el derecho a decidir sobre su maternidad, en función de su edad y madurez, de acuerdo con la legislación específica vigente; reconociendo, además, en garantía del mismo, el derecho que asiste a las menores gestantes de acceder a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los términos que detalla.

Para el ejercicio de este derecho a decidir sobre su maternidad, es esencial que primeramente se permita el ejercicio libre e informado de su derecho; libertad que conecta con la exigencia, establecida como tal en el propio contenido de la norma proyectada, de que los menores sean informados de forma inteligible de los derechos que les asisten, así como de todas las circunstancias concernientes a su situación sanitaria, jurídica, asistencial…

Por consiguiente, se sugiere que se introduzca en este precepto, junto a los derechos que les asisten en caso de interrupción voluntaria del embarazo, el reconocimiento del derecho de elección que asiste a tales gestantes en relación a la continuación o no de la gestación. Y, por ende, el derecho a ser informada no solo del derecho de interrupción sino también de las medidas asistenciales y de ayuda a la infancia y a la protección de menores prevista a lo largo del propio texto proyectado, citando como **ejemplo los artículos 54, 56, 124 y 164 del borrador**.

En tal sentido, la introducción del reconocimiento del derecho de elección en esos términos permitiría hacer efectivo, tanto el derecho a la libre elección y la interrupción informada y el cumplimiento de todo su estatuto jurídico legalmente reconocido en el borrador, como, en el caso de optar por completar la gestación, otorgar al concebido la protección real prevista en el proyecto. Pues, según el mismo, también éste tiene derecho a que se concedan a la madre los derechos de información sobre medidas de apoyo, así como las ayudas mismas.

El **artículo 104.3** restringe la protección detallada en el mismo, en aquellos casos en que concurra una situación de posible riesgo prenatal asociada a la conducta de la futura madre o a sus circunstancias particulares y de vulnerabilidad que pudieran afectar al normal desarrollo o a la salud del concebido, a la edad de la gestante, limitándola a gestantes menores de 25 de años de edad. Pues bien, creemos que procede mostrarnos críticos con esta limitación, señalando que circunscribirlo a las gestantes menores de 25 años puede suponer una situación de desigualdad y desprotección de los concebidos y nacidos de madres que superen dicho límite de edad pero que, sin embargo, presenten idénticas conductas. En consecuencia, en aras de mantener la protección prevista en el artículo 2.b, se sugieren dos posibles soluciones: suprimir ese límite de edad materna o contemplarlo en la referencia genérica del apartado 5 de ese mismo precepto.

En materia de igualdad de niños, niñas y adolescentes, se debe poner de manifiesto la existencia de varios preceptos (arts. 141.3, 174.2.k…) que, aun siendo reproducción del contenido de la norma estatal, se consideran contrarios al principio de igualdad de niños, niñas y adolescentes. Si bien se ha de señalar igualmente que, en la medida en que se quiera respetar el principio, la redacción de los mismos pudiera ser objeto de mejora autonómica, sin que esa separación de la literalidad de los preceptos estatales sea un problema, en tanto la eventual mejora no suponga contradicción alguna con el marco general y el espíritu de normativa estatal.

En ese sentido, **el artículo 174.2.k** establece como indicador de riesgo la identificación de las niñas y adolescentes como víctimas de violencia de género, en los términos establecidos en el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Sin embargo, no debe obviarse que también los menores varones son considerados víctimas de violencia de género en los apartados 2 y 4 del artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. En consecuencia, la protección a la infancia podría ser mayor si se excluyera la referencia que el texto proyectado realiza al apartado primero del citado artículo 1 y se ampliara a todos los sujetos que, según dicho precepto, son objeto de protección.

El artículo 141.3, relativo a las actuaciones de los servicios de salud, establece la obligación de prestar atención a las necesidades específicas de las siguientes víctimas:

> *"a) Las víctimas de la ablación o la mutilación genital, que recibirán el apoyo necesario para evitar los daños físicos o psíquicos que pueden derivarse de las mismas, o, si procede, para repararlos.*
>
> *b) Las víctimas de violencia, cuando la misma tenga como motivación su diversidad funcional.*
>
> *c) Las víctimas de violencia cuando la misma tenga como motivación la identidad de género o la orientación sexual."*

Ello, a nuestra forma de ver, y en la medida en la que ordena prestar atención únicamente a las necesidades específicas de las mismas, puede suponer prever una categoría especial de víctimas, en perjuicio de las restantes.

Frente a esta diferencia con otras víctimas, a fin de mejorar su alcance sin dejar de asegurar la efectividad de la norma, sería más correcto establecer que se deberá prestar atención a las necesidades específicas de las víctimas, en atención a las especiales circunstancias concurrentes, para luego establecer o concretar circunstancias específicas como hace el anteproyecto. Pues, al fin y al cabo, podrían ser igualmente específicas y merecedoras de distintas medidas otras circunstancias que el anteproyecto silencia, como pudieran ser: la edad, la autoría de la agresión, si proviene de su entorno familiar o escolar, las circunstancias sociales o familiares… A título de ejemplo, carece de lógica que no se deba prestar atención a víctimas menores de 3, 5 o 7 años o a quienes se encuentren en situación de marginalidad, o a aquellas que padecen especiales circunstancias por razón de salud.

En contraste con ello, si estuviera prevista esa adaptabilidad para toda actuación desarrollada por los servicios sociales o asistenciales competentes, la expresión general a las circunstancias específicas sería suficiente para asegurar la efectividad de la norma y para poner de manifiesto el propósito del artículo.

El artículo 149, relativo a las actuaciones en el ámbito judicial, regula la asistencia que ha de prestarse en dicho ámbito a los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia. En relación con ello, estamos disconformes con el hecho de que la misma se circunscriba únicamente a los supuestos de violencia, poniendo de relieve que este derecho debe asistirles en todo procedimiento judicial. Puesto que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir la misma información, asistencia y acceso a los principios indicados en tal precepto en todos los procesos en que sean parte o deban de ser oídos, en cualquier procedimiento y orden, aunque no concurra violencia. Así debe suceder, por ejemplo, en los relativos a la patria potestad, guardia y custodia o designación de tutores, lo que sí se prevé en la Ley 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en su artículo 11.1 y 12 h, 154.6 del Código Civil y en la Ley de Protección Jurídica del Menor, así como en el artículo 18.2.4 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

En el ámbito de los restantes derechos y libertades fundamentales se advierte la necesidad de **que determinadas actuaciones se efectúen o regulen con mayor precisión**, de manera que la adopción de aquellas decisiones que conllevan consecuencias drásticas, como son **las relativas a los menores en materia de**

protección, declaración de situaciones de riesgo, desprotección y actuaciones administrativas, no se realicen en contravención de derechos esenciales de los seres humanos, como son la libertad de asociación, de expresión, de ideología, religiosa…

Concretamente, se identifica esa necesidad de regulación más precisa en relación con el indicador de riesgo previsto en el **artículo 174.2q** "La pertenencia, individual o conjunta, del padre y de la madre, o, en su caso, de las personas que ejerzan las funciones de tutela, guarda o acogimiento, o la del propio de niño, niña o adolescente, a una asociación que impida o perjudique al desarrollo integral de éste".

A los efectos señalados, para que esa pertenencia pudiera ser lícitamente considerada como un indicador de riesgo, sin que ello afectase a la libertad de asociación, sería necesario que la asociación fuera ilícita o que legalmente haya sido declarada su inhabilidad para el acogimiento o recepción en sus instalaciones o actos de menores; o deberían establecerse los criterios que hagan que objetivamente sea perjudicial, debiendo conjugarse con la libertad de ideología y credo, así como con la libertad de expresión y el derecho de los ejercientes de la patria potestad y de los centros educativos a la educación de los menores.

En materia de cese de la tutela ostentada por la Diputación Foral, **el artículo 195.1.g** del texto proyectado prevé como causa por la que podrá cesar dicha tutela el "Transcurso de doce meses desde que la persona menor de edad ha abandonado voluntariamente el centro de protección y se encuentra en paradero desconocido, sin perjuicio de que la Diputación Foral interponga la correspondiente denuncia con anterioridad al cese de la tutela".

Respecto a ello, se recuerda que la asunción de las funciones de guarda y protección de menores se adoptada por la Diputación Foral en última instancia, cuando ninguna de las alternativas previas contempladas en la ley son viables, bien por no entenderse adecuadas, por las circunstancias del necesitado de protección o porque, una vez intentadas, no han resultado efectivas. En consecuencia, se ha señalar que dicha causa de cese de la tutela conlleva, *ope legis* y por manifestación del órgano responsable, un abandono e inaplicación del estatuto jurídico que, por el propio texto proyectado, les es aplicable a las personas menores de edad. Toda vez que se trata de niños, niñas y adolescentes que, careciendo de la capacidad jurídica prevista en el Código Civil y en tanto no se decrete judicialmente su emancipación, si dejan de estar bajo responsabilidad y protección de los organismos públicos competentes, no tienen capacidad para la defensa de su persona y derechos, y carecen de todo amparo.

Así las cosas, partiendo de la necesidad de prever la regulación jurídica de los sujetos respecto de los que se hace física y jurídicamente imposible el ejercicio de su protección y cumplimiento de los deberes impuestos por el borrador, sería deseable la articulación de un procedimiento en que, cuando menos, y con intervención de la autoridad judicial y Ministerio Fiscal en defensa de la posición del sometido a protección fugado voluntariamente y desaparecido, de forma simultánea al cese de la tutela se decrete su emancipación, atribuyéndoles la responsabilidad sobre sus propia persona y consecuencias de sus actos. Esa declaración de emancipación serviría pues de base para la correlativa liberación de los entes públicos hasta entonces competentes, sin que esta liberación pueda producirse tan solo por una situación de hecho o declaración unilateral por parte del obligado a la guarda y protección.

Por último, en materia de ejercicio de atención inmediata en el ámbito de los servicios sociales se considera necesario realizar una aclaración de la redacción efectuada **en el artículo 168.5** del Anteproyecto de Ley que nos ocupa, por entender que la redacción actual podría dar lugar a entender que no existe procedimiento regulado en estos supuestos, no habiéndose establecido tampoco con carácter previo regulación del procedimiento ordinario. Cuando, sin embargo, los artículos 186 y siguientes realizan una profusa regulación de los mismos en los que se contempla igualmente los procedimientos de atención inmediata.

En consecuencia, la solución más adecuada pudiera ser realizar una remisión a tales preceptos, con expresión de que se tramitarán con las especialidades pertinentes cuando se aprecie necesidad de atención inmediata y evitar así la inseguridad jurídica que la redacción actual de dicho precepto provoca al desconocerse el procedimiento a que ha de ajustarse.

No obsta a lo anterior el que la redacción prevista sea la misma para el artículo 14 bis de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, como ya se ha dejado sentado en este informe, la misma puede ser mejorada y favorecerlo además con una regulación quizás más ordenada de los tipos de procedimiento y actuaciones que pueden llevarse a cabo.

Secretaría General de la Comisión de Derecho Civil Vasco

Vitoria-Gasteiz, 21 de junio de 2022.